



m eum

Journal of Constitutional History

Giornale di Storia Costituzionale

25 years of Constitutional History
25 anni di storia costituzionale

50
 25
 years

Sabino Cassese
 Lorenzo Castellani
 Giovanni Chiodi
 Giacomo Alberto Donati
 Marco Fioravanti
 Dieter Grimm
 Luigi Lacchè

Giuseppe Mecca
 Leone Melillo
 Marcel Morabito
 Gian Marco Sperelli
 Giulio Stolfi
 Martin Sunnqvist
 Michel Troper

2nd semester 2025

II semestre 2025

Giornale di
Storia
costituzionale

n. 50 / II semestre 2025



eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 50 / II semestre 2025 Issue No. 50 / 2nd semester 2025

Chief Editors

Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

International Board

Bruce Ackerman (University of Yale), John Allison (Queens' College, University of Cambridge), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Nick W. Barber (Trinity College, University of Oxford), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Francis Delperée (University of Leuven), Horst Dippel (Univesität Kassel), Alfred Dufour (Université de Genève), Thomas Duve (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main), Ignacio Fernández Sarasola (Universidad de Oviedo), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), Jean-Louis Halperin (École normale supérieure, Paris), Jacky Hummel (Université de Rennes 1), Martti Koskeniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Dag Michalsen (University of Oslo), Heinz Mohnhaupt (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main), Marcel Morabito (SciencesPo, Paris), Ulrike Müßig (Universität Passau), Peter S. Onuf (University of Virginia), Carlos Manuel Petit Calvo (Universidad de Huelva), Cristiano Paixão (Universidade de Brasília), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Scheffold (Universität zu Bremen), Martin Sunnqvist (University of Lund), Gunther Teubner (Goethe Universität, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), Wim J.M. Voermans (Leiden University), Armin von Bogdandy (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

Board of Editors

Ronald Car, Ninfa Contigiani, Giuseppe Mecca, Monica Stronati

Editors' Assistant

Antonella Bettoni

Address

Giornale di Storia costituzionale, c/o Dr. Antonella Bettoni, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata
Piaggia dell'Università, 2 – 62100 Macerata, Italy
giornalestoriacostituzionale@unimc.it
www.storiacostituzionale.it

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.

The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind peer review), who are chosen by the Chief Editors on the basis of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, in copia cartacea o digitale, vanno inviati alla Segreteria di redazione.

Books for review should be submitted (paper or digital version) to the Editors' Assistants.

Il Giornale di Storia costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:

Scopus – Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts – EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal/since 01.01.2005); Google Scholar; Index Copernicus International World of Journals; DoGi (Dottrina Giuridica) – ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)–CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici);

Catalogo Italiano dei Periodici – ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

Il *Giornale di Storia costituzionale* è una rivista inserita dall'ANVUR nella fascia A dell'Area 12/H2 (Scienze giuridiche) e nella fascia A dell'area 14/B1 (Storia delle dottrine e delle istituzioni politiche) / *The Journal of Constitutional History* is in the section A of the Area 12/H2 (Law) and section A of the Area 14/B1 (History of political doctrines and institutions) according to the assessment of the National Agency for the Evaluation of Universities and Research Institutes

Direttore responsabile

Angelo Ventrone

Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

Editore / Publisher

Edizioni Università di Macerata

Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 – 62100 Macerata

T (39) 0733 2586080

info.ceum@unimc.it

https://eum.unimc.it

Distributed by Messaggerie

ISBN 979-12-5704-074-1 (print)

ISBN 979-12-5704-075-8 (online)

ISSN (print) 1593-0793

ISSN (online) 1827-7950

La rivista è pubblicata con fondi dell'Università di Macerata.

In copertina: Claude Niquet, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, acquaforte a colori, 1789

Finito di stampare nel mese di dicembre 2025

Printed in December 2025

Progetto grafico

+ studio crocevia

La versione cartacea del Giornale è disponibile a pagamento / The print version of the Journal is available for a fee

Prezzo di un fascicolo / Single issue price. euro 40

Arretrati / Back issues: euro 40

Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues): Italy, euro 65; European Union, euro 75; U.S.A. and other countries, euro 100

Gli abbonamenti debbono essere rinnovati annualmente / Subscriptions must be renewed annually.

Per ulteriori dettagli si prega di contattare / For further information, please contact: ceum.riviste@unimc.it; T (+39) 0733 258 6080

Copyright © 2025 Autore/i. Gli autori mantengono tutti i diritti sull'opera originale senza alcuna restrizione.

Copyright © 2025 Author(s). The authors retain all rights to the original work without any restrictions.

Accesso libero. Questo numero è distribuito secondo i termini della licenza internazionale Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 (CC-BY-SA 4.0) che consente la ridistribuzione e il riutilizzo di un'opera a condizione che il creatore sia opportunamente accreditato e che qualsiasi opera derivata sia resa disponibile con "la stessa licenza o una licenza simile o compatibile".

Open Access. This issue is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution ShareAlike 4.0 International License (CC BY-SA 4.0) which allows re-distribution and re-use of a licensed work on the conditions that the creator is appropriately credited and that any derivative work is made available under "the same, similar or a compatible license".

Sommario /

Contents

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 50 / II semestre 2025
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 50 / II semester 2025

25 anni di storia costituzionale / *25 years of Constitutional History*

- 5 Introduction / *Introduction*
LUIGI LACCHÈ

Fondamenti

- 13 La formazione del diritto amministrativo in Europa: la prospettiva comparata/ *The Formation of Administrative Law in Europe: A Comparative Perspective*
SABINO CASSESE
- 21 La storia costituzionale e la scienza storica. La Legge fondamentale e la giurisprudenza costituzionale nella storiografia sulla Repubblica Federale Tedesca / *The Constitutional History and the Study of History. The Basic Law and the Constitutional Court Ruling in the Historiography of the Federal Republic of Germany*
DIETER GRIMM

- 37 La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et le droit naturel / *The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen and Natural Law*

MICHEL TROPER

- 55 Pratiques inconstitutionnelles françaises à la lumière de l'histoire / *Unconstitutional French practices in the light of the history*

MARCEL MORABITO

- 67 Una Costituente sovrana investita di tutti i poteri? Filippo Vassalli interprete della transizione democratica: appunti, osservazioni, consulenze per gli Alleati (1944-1945) / *A Sovereign Constituent Invested with All Powers? Filippo Vassalli Interpreter of the Democratic Transition: Notes, Observations, and Legal Advice for the Allies (1944-1945)*

GIOVANNI CHIODI

- 101 The Swedish Instrument of Government 50 years (1975-2025). Popular Sovereignty and Separation of Powers. An overview of Swedish Constitutional History / *I 50*

anni dello Strumento di Governo (1975-2025). Sovranità popolare e separazione dei poteri. Una panoramica della storia costituzionale svedese

MARTIN SUNNQVIST

Ricerche

- 123 *La Nazione libera ed armata, tra istruzione ed educazione secondo Carlo Pisacane / The free and armed Nation, between instruction and education according to Carlo Pisacane*

LEONE MELILLO

- 141 *Agli albori della imperial presidency: trame del West, habeas corpus e poteri impliciti (1890) / The dawn of imperial presidency: Western plots, habeas corpus and implied powers (1890)*

GIACOMO ALBERTO DONATI

- 159 *Incunaboli d'Europa. Parte II: Nicola Catalano, tra Tangeri e Lussemburgo (1950-1953) / Incunabula of Europe. Part II: Nicola Catalano, between Tangier and Luxembourg (1950-1953)*

MARCO FIORAVANTI

- 177 *Il paradigma della politica burocratica. Il caso del Segretario generale della Presidenza della Repubblica (1948-1955) / The paradigm of bureaucratic politics. The case of the Secretary General of the Presidency of the Republic (1948-1955)*

LORENZO CASTELLANI, GIAN MARCO SPERELLI

- 197 *La dissolvenza dell'Alta Corte per la Regione siciliana (1946-1957): un (altro) caso di spontaneità costituzionale? / The waning of the High Court for Sicily (1946-1957): a case of constitutional spontaneity?*

GIULIO STOLFI

- 217 *«Dare concretezza alla Costituzione». 1971: il diritto all'assistenza attraverso un'indagine conoscitiva del Parlamento italiano / «Giving substance to the Constitution». 1971: The Right to Assistance through parliamentary Hearings in Italy*

GIUSEPPE MECCA

Librido

Primo piano / *In the foreground*

- 237 *Diego Nunes legge / reads Thomas Duve and Tamar Herzog (eds.), The Cambridge History of Latin American Law in Global Perspective*

- 243 *Marco Fioravanti legge / reads Gabriele Magrin, Dispotismo democratico e autoco-scienza della rivoluzione. Percorsi di ricerca*

- 247 *Oscar Vergara legge / reads G. Vicente y Guerrero, Constitución y Revolución en los inicios del Estado nacional noruego*

- 251 *Andrea Caligiuri legge / reads James Kraska and Hayoun Ryou-Ellison (eds), Cultural Influences on the Law of the Sea: History, Legacy, and Future Prospects*

- 255 *Diciassette proposte di lettura / Seventeen reading proposals*

- 277 *Autori / Authors*

- 279 *Abstracts*

Introduzione /

Introduction

LUIGI LACCHÈ

E siamo giunti al traguardo dei venticinque anni e del cinquantesimo numero! Il quarto di secolo è un traguardo dall'indubbio valore simbolico che non può non suscitare prima di tutto un sentimento di soddisfazione. Più di una volta, in passato, ci siamo fermati un attimo per volgere lo sguardo all'indietro: non solo per "celebrare" staticamente quanto fatto ma, soprattutto, per trasformare in senso dinamico il nostro "capitale" in un trampolino di lancio per il futuro, cercando di intravedere nuove idee e se possibile disegnare nuove prospettive. Alla breve cronistoria del Giornale presentata nel 2021¹ potremmo aggiungere, ora, ulteriori fascicoli e numeri monografici, saggi, recensioni.

In particolare però vogliamo segnalare una dimensione che appena cinque anni fa non era ancora pienamente definita. Mi riferisco al nuovo sito in costruzione e alla completa digitalizzazione di tutti i 50 fascicoli del Giornale che saranno resi disponibili al pubblico, in libero accesso, da gennaio 2026. La completa metadazione della

rivista consentirà di fare ricerche sui ricchissimi contenuti del Giornale (più di 700 articoli; 1300 recensioni; centinaia di autori) con la possibilità di ricostruire percorsi tematici, storie nazionali, e intrecciare, in chiave interdisciplinare, i materiali messi a disposizione. L'applicazione dell'intelligenza artificiale consentirà, in futuro, di potenziare tutto ciò. Tuttavia, la qualità, anche estetica del Giornale – ampiamente apprezzata dai lettori – potrà continuare ad essere goduta anche nella versione cartacea che l'editore Eum provvederà a stampare per gli abbonati, le biblioteche o i singoli studiosi, che amano vedere la variopinta rivista nel più classico degli scaffali.

Mi piace anche ricordare un altro aspetto. Nel settembre 2023 organizzammo a Macerata un Seminario sull'insegnamento della storia costituzionale in Italia invitando alcuni degli studiosi² che, da varie angolazioni e diversi retroterra disciplinari, guardano con interesse, forti aperture interdisciplinari³ e con importanti risultati allo sviluppo della storia costituzionale. In

quella sede emerse un'idea: dare vita ad un'associazione culturale per promuovere questo campo di studi. Dopo la necessaria riflessione, il 7 ottobre 2025 si è tenuta presso il Senato della Repubblica la prima riunione con la partecipazione dei primi cinquanta soci che hanno eletto il direttivo⁴. Il Giornale guarda a questa iniziativa con grandissimo interesse e si propone, per quanto sarà possibile, di sostenere la nuova "Associazione per la storia costituzionale"⁵.

Per segnare il traguardo dei 25 anni con un fascicolo speciale abbiamo pensato, come già accadde nel 2020, di pubblicare contributi di autorevolissimi membri del Board internazionale e di illustri studiosi ai quali siamo particolarmente grati per la generosità dimostrata. Come si può vedere dall'indice – che comprende anche un'ampia sezione di Ricerche – emergono temi e tagli disciplinari molteplici, mostrando ancora una volta – se ce ne fosse bisogno – quella vocazione *polifonica* del Giornale che ci appare la via maestra per cercare di cogliere, più in profondità e ampiezza, il *polimorfismo* del fenomeno costituzionale.

Se siamo giunti sino a qui, con mezzo secolo di vita, è perché molti colleghi e amici – a cominciare dai membri del Board internazionale e dagli autori – ci hanno costantemente supportato con intelligenza e impegno. C'è però un piccolo *team* maceratese – la nostra redazione – che merita un plauso speciale: mi riferisco a Antonella Bettoni, Monica Stronati, Ninfa Contigiani, Ronald Car, Giuseppe Mecca e, *dulcis in fundo*, Carla Moreschini, la nostra insostituibile *editor*. Grazie!

So we have reached the milestone of twenty-five years and our fiftieth issue! A quarter of a century is a milestone of undoubted symbolic value that cannot fail to arouse, first and foremost, a feeling of satisfaction. More than once in the past, we have paused for a moment to look back: not only to "celebrate" in a static sense what has been done but, above all, to dynamically transform our "capital" into a springboard for the future, trying to glimpse new ideas and, if possible, to delineate new perspectives. To the brief history of the Journal presented in 2021⁶, we could now add further issues, essays, and reviews.

In particular, however, we would like to point out a dimension that was not yet fully defined just five years ago. I am referring to the new website under construction and the complete digitization of all 50 issues of the Journal, which will be made available to the public, in open access, from January 2026. The complete metadata of the Journal will allow research into the rich contents of the Journal (more than 700 articles; 1300 reviews; hundreds of authors) with the possibility of reconstructing thematic paths, national histories, and interweaving, in a cross-disciplinary key, the materials made available. The application of artificial intelligence will make it possible to enhance all this in the future. However, the quality, including the aesthetic value of the Journal – widely appreciated by readers – can continue to be enjoyed also in the paper version that the publisher Eum will print for subscribers, libraries or individual scholars, who love to see the colourful magazine on the most classic of shelves.

I would also like to mention another aspect. In September 2023, we organized a seminar in Macerata on the teaching of con-

stitutional history in Italy, inviting some of the scholars⁷ who, from various angles and disciplinary backgrounds, look with interest, with a great openness to interdisciplinary approaches⁸, and with significant results, at the development of constitutional history. At that time, an idea emerged: to create a cultural association to promote this field of study. After due consideration, the first meeting was held on October 7, 2025, at the Senate of the Republic, attended by the first fifty members, who elected the first board of directors⁹. The 'Journal' views this initiative with great interest and intends, to the extent possible, to support the new "Association for Constitutional History"¹⁰.

To mark the 25th anniversary with a special issue, we decided, as we did in 2020, to publish contributions from highly respected members of the International Board and distinguished scholars, to whom we are particularly grateful for their generosity. As can be seen from the index—which also includes a large section devoted to new researches—multiple themes and discipli-

nary perspectives emerge, demonstrating once again — if there were any need — the Journal's *polyphonic* vocation, which appears to us to be the best way to grasp, in greater depth and breadth, the *polymorphism* of the constitutional phenomenon.

If we have got this far, completing a quarter of a century, it's because many colleagues and friends —starting with the members of the international board and the authors — have consistently supported us with intelligence and commitment. However, there's a small team from Macerata — our editorial staff — that deserves special praise: I'm referring to Antonella Bettoni, Monica Stronati, Ninfa Contigiani, Ronald Car, Giuseppe Mecca, and, last but not least, Carla Moreschini, our irreplaceable editor. Thank you!

¹ L. Lacchè, *Il «Giornale» e la sua storia costituzionale*, «Giornale di storia costituzionale / Journal of Constitutional History», 41, 1, 2021, pp. 11-17.

² Al Seminario parteciparono Francesco Bonini, Ronald Car, Paolo Colombo, Giovanni Di Cosimo, Francesco Di Donato, Romano Ferrari Zumbini, Marco Fioravanti, Massimiliano Gregorio, Sandro Guerrieri, Luigi Lacchè, Anna Gianna Manca, Giuseppe Mecca, Michela Minesso, Sonia Scognamiglio, Francesco Soddu, Bernardo Sordi.

³ Nell'Introduzione al numero che

contiene gli atti del Seminario, abbiamo osservato, io e Giuseppe Mecca, che «La storia costituzionale, lungi dall'essere un'analisi statica del passato, si presenta come una disciplina in continua evoluzione, capace di fornire strumenti interpretativi per comprendere sia lo sviluppo delle norme costituzionali sia il loro impatto sulle istituzioni politiche e sociali. È, dunque, un luogo di incontro e di attraversamenti. Lo storico costituzionale — anche quando opera per dare e consolidare identità al suo conoscere il fenomeno costituzionale — è sem-

pre meno propenso, così ci pare, a praticare uno sport accademico in cui noi italiani eccelliamo: alzare steccati, costruire fortezze, segnare confini, sezionare un campo di indagine considerandolo pressoché esclusivo. Certo, il costituzionalista, lo storico del diritto, lo storico delle istituzioni, lo storico delle dottrine politiche, lo storico politico o sociale devono inevitabilmente portare la storia costituzionale verso la propria disciplina accademica. E, tuttavia, uno dei risultati più interessanti e incoraggianti del Seminario è stato proprio quello di vedere

come la storia costituzionale sia pensata e insegnata sempre più in maniera cooperativa e con massima attenzione all'ascolto delle diverse esperienze. Ci è parso di cogliere l'esistenza di un "lessico familiare" che si è formato nel corso dei decenni, grazie a grandi Maestri – alcuni scomparsi di recente – e al contributo di un buon numero di studiosi» (*Introduzione*, «Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History», *Insegnare la storia costituzionale in Italia: problemi, sfide e opportunità / Teaching constitutional history in Italy: issues, challenges and opportunities*, 48, II, 2024, p. 6).

⁴ Formato da Elena Bindi, Romano Ferrari Zumbini, Luigi Lacchè, Anna Gianna Manca, Marco Olivetti. L'incontro è stato aperto dal Segretario Generale del Senato della Repubblica dott. Federico Silvio Toniato.

⁵ «L'Associazione è apolitica, aconfessionale e non ha fini di lucro. Essa ha lo scopo di promuovere e valorizzare la storia costituzionale, a livello universitario e non, attraverso l'insegnamento, la ricerca e la divulgazione, sia sul piano nazionale che internazionale. Per il perseguimento delle proprie finalità e nel rispetto dei principi democratici e del pluralismo culturale, l'Associazione pone in essere ogni attività ritenuta opportuna al perseguimento delle finalità di cui sopra, tra cui, a titolo esemplificativo e non esaustivo: - promuove e coordina attività di carattere scientifico, didattico e culturale, favorendo in particolare le occasioni di incontro tra studiosi italiani e stranieri, anche tramite l'organizzazione di convegni, seminari, tavole rotonde, conferenze, presentazione di libri e ogni altra occasione di formazione e di divulgazione; - sostiene attività di ricerca, studio e didattica partecipando ad iniziative e progetti di istituzioni italiane e straniere; - promuove e diffonde le riviste che trattano

tematiche e seguono metodologie riconducibili alla storia costituzionale; - cura un proprio sito internet tramite il quale promuove e diffonde le attività sociali e le pubblicazioni scientifiche; - cura un blog [...]» (art. 3 dello Statuto). L'associazione è aperta a «[...] tutti coloro che professionalmente o per interesse culturale ritengono di poter contribuire alla promozione e allo sviluppo della storia costituzionale» e intende favorire il dibattito pubblico «su questioni di rilevanza storico-costituzionale utili a comprendere in profondità e in maniera critica i fenomeni contemporanei [...]».

⁶ L. Lacchè, II «*Giornale*» e la sua storia costituzionale, «Giornale di storia costituzionale / Journal of Constitutional History», 41, I, 2021, pp. 11-17.

⁷ The participants were Francesco Bonini, Ronald Car, Paolo Colombo, Giovanni Di Cosimo, Francesco Di Donato, Romano Ferrari Zumbini, Marco Fioravanti, Massimiliano Gregorio, Sandro Guerrieri, Luigi Lacchè, Anna Gianna Manca, Giuseppe Mecca, Michela Minesso, Sonia Scognamiglio, Francesco Soddu, Bernardo Sordi.

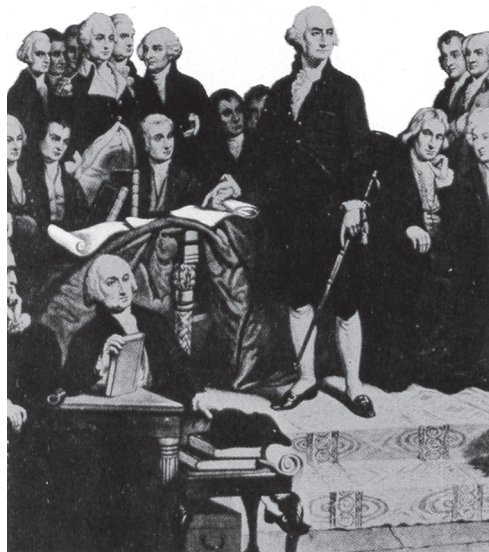
⁸ In the Introduction to the issue containing the proceedings of the Seminar, Giuseppe Mecca and I observed that «Far from being a static analysis of the past, constitutional history is a constantly evolving discipline capable of providing interpretative tools for understanding both the development of constitutional norms and their impact on political and social institutions. It is therefore a place of encounters and intersections. The constitutional historian - even if he strives to give an identity to, and consolidate his knowledge of the *constitutional phenomenon* - is less and less inclined, it seems to us, to practise an academic sport in which we Italians excel: putting up fences, building fortresses, marking

boundaries, dissecting within a field of study, considering it to be almost exclusive. Of course, the constitutionalist, the historian of law, the historian of institutions, the historian of political doctrines, the political or social historian must inevitably bring constitutional history into their own academic discipline. And yet, one of the most interesting and encouraging results of the seminar was precisely that of seeing how constitutional history is increasingly being thought of and taught in a cooperative manner and with the utmost attention to listening to different experiences. We seemed to grasp the existence of a 'familiar lexicon' that has been formed over the decades, thanks to great masters - some recently deceased - and the contribution of a good number of scholars» (*Introduzione*, «Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History», *Insegnare la storia costituzionale in Italia: problemi, sfide e opportunità / Teaching constitutional history in Italy: issues, challenges and opportunities*, 48, II, 2024, p.8).

⁹ Made up of Elena Bindi, Romano Ferrari Zumbini, Luigi Lacchè, Anna Gianna Manca, Marco Olivetti. The meeting was opened by the Secretary General of the Senate of the Republic, Dr. Federico Silvio Toniato.

¹⁰ «The Association is apolitical, nondenominational, and non-profit. Its purpose is to promote and enhance constitutional history, at the university and non-university level, through teaching, research, and dissemination, both nationally and internationally. In pursuit of its goals and in accordance with democratic principles and cultural pluralism, the Association undertakes any activity deemed appropriate to achieve the aforementioned objectives, including, but not limited to: - promotes and coordinates scientific, educational, and cultural activities, particularly encourag-

ing opportunities for encounters between Italian and foreign scholars, including through the organization of conferences, seminars, round tables, lectures, book presentations, and any other training and dissemination opportunities; - supports research, study, and teaching activities by participating in initiatives and projects of Italian and foreign institutions; - promotes and disseminates journals that address topics and follow methodologies related to constitutional history; - maintains its own website through which it promotes and disseminates social activities and scientific publications; - maintains a blog [...]» (Article 3 of the Statute). The association is open to «[...] all those who, professionally or through cultural interest, believe they can contribute to the promotion and development of constitutional history» and intends to foster public debate «on issues of historical-constitutional relevance that are useful for understanding contemporary phenomena in depth and critically [...]».



La formazione del diritto amministrativo in Europa: la prospettiva comparata

SABINO CASSESE

1. *Una formazione divergente*

Nel 1835 Alexis de Tocqueville, nella prima «Democrazia in America», parte prima, alla fine del capitolo VI, facendo riferimento ai suoi colloqui con gli interlocutori americani, scrive

But when I tried to make them understand that the Conseil d'État was not a judicial body at all, in the ordinary sense of the term, but an administrative body, whose members were dependent on the King; and that the King, as sovereign, after ordering one of his servants, called prefect, to commit a wrongful act, could order, as sovereign, another of his servants, called councillor of the Conseil d'État, to prevent someone from having the first punished; when I showed them the citizen harmed by the order of the prince, reduced to asking the prince himself for the authorization to seek justice, they refused to believe in such enormities and accused me of lying and of ignorance¹.

Settanta anni dopo, il grande giurista inglese Albert Venn Dicey, che aveva letto e studiato fin da giovane Tocqueville e l'ammirava, ritenendolo un uomo di genio stra-

ordinario, ebbe in Francia un colloquio con il suo omologo Berthelemy, così riferito da questo ultimo:

the French Professor Berthelemy writes that when he gave to Professor Dicey, about forty years ago, a copy of his *Traité de Droit Administratif*, Professor Dicey replied: "In England there is no *droit administratif*; we do not know what it can be", and smilingly added: "We prefer not to know, as we are afraid of regulations which appear to be less guarantees for citizens than privileges for officials"².

E altrove conclude, nel 1908: «there exist in England no true *droit administratif*».

Il resoconto di questi due colloqui mi consente di introdurre l'analisi storico-comparativa della formazione del diritto amministrativo in Europa.

2. *L'amministrazione in Francia e in Inghilterra tra antico e nuovo regime*

Come ha scritto Milan Kundera³, la storia può essere considerata nel piccolo contesto, come storia di una nazione, o nel grande contesto, come storia sovranazionale. L'esame della formazione del diritto amministrativo in Europa richiede un esame storico-comparativo che unisca le vicende francesi e quelle inglesi, considerato che queste nazioni, nel periodo che noi consideriamo, tra diciottesimo e ventesimo secolo, erano l'Europa.

Se si considerano separatamente la storia comparata dell'amministrazione, quella delle norme che la regolano, quella dei giudici che la controllano e quella del pensiero giuridico che la studia, si potrebbe pensare che queste quattro storie possano essere procedute di pari passo in Francia e in Inghilterra. Invece, mentre la prima e la seconda si sono svolte in modo parallelo nei due grandi Paesi europei, le altre hanno avuto un andamento divergente e questa divergenza costituisce il principale problema nella nostra analisi.

I due Paesi, nel corso del XVIII secolo, avevano dimensioni diverse. La Francia è passata da 21 a 28 milioni di abitanti, mentre l'Inghilterra è passata da 5 a 8 milioni nel corso di quel secolo. Tuttavia, ambedue avevano organismi amministrativi sviluppati.

La Francia aveva un complesso meccanismo amministrativo, di cui Tocqueville ci ha lasciato l'analisi. Più tardi, la rivoluzione ha prodotto una cesura politica, non una cesura amministrativa. La Francia post-rivoluzionaria e napoleonica, nonché quella della Restaurazione e poi del Monarchia di luglio hanno ereditato le strutture

amministrative dell'Antico regime, che erano robuste, e lo divennero ancora di più quando, con Napoleone, dovettero gestire potenti eserciti. Più tardi nel 1846, secondo la relazione di Tocqueville sul *Cours de droit administratif* di Macarel, questo dovette attingere a 80 mila fra leggi ed ordinanze per ricostruire il diritto amministrativo francese⁴.

L'Inghilterra, fin dal XVI secolo ha dovuto regolare materie come i fallimenti, le imposte, il regime delle acque, il pauperismo, i servizi pubblici locali, l'urbanesimo, la sanità, il commercio, l'industria⁵. Nel XVIII secolo ha iniziato a costruire, con i possedimenti d'oltremare, il più vasto impero di tutti i tempi, che nel periodo di massima espansione raccoglieva un quinto della popolazione mondiale. Anche se la madrepatria operava mediante l'"indirect rule", aveva funzioni ampie e importanti, affidate a ispettorati e commissioni⁶.

Quanto al personale pubblico, la Francia nel 1873 aveva 285 mila impiegati pubblici, ordinati in una piramide gerarchica, operanti specialmente nel settore dell'istruzione, delle poste e telegrafi, delle finanze e delle colonie; l'Inghilterra aveva 20 mila dipendenti pubblici nel 1832, che divennero 40 mila nel 1851 e 100 mila nel 1871.

Nelle due amministrazioni, quella inglese e quella francese, alla metà del XIX secolo si andò affermando il principio del merito: basta ricordare il Northcote-Trevelyan Report inglese e la battaglia di Tocqueville contro la "passion des places".

Se lo sviluppo complessivo fu parallelo, vi furono, tuttavia, differenze: l'amministrazione francese era accentrata, quella inglese fondata su "self government"; l'amministrazione inglese gestiva le colonie ricorrendo al criterio della "indirect rule",

quella francese seguiva anche per le colonie i criteri dell'uniformità e dell'accentramento; l'amministrazione francese era sottoposta a giudici speciali, quella inglese agli stessi giudici ordinari a cui erano sottoposti i privati.

Ma queste differenze non giustificavano la contrapposizione delle due amministrazioni e tanto meno la costruzione di due modelli divergenti.

3. *Francia e Inghilterra: uno sviluppo contrastivo*

Come spiegare, allora, l'idea tanto diffusa, secondo la quale vi sarebbero due modelli di sistemi giuridici, uno caratterizzato dalla presenza di un apposito sistema di norme relative all'amministrazione, l'altro contraddistinto da un unico diritto, comune ai privati e all'amministrazione?

L'affermazione di un diritto amministrativo in Francia e la negazione di esso in Inghilterra possono essere spiegati in due modi concorrenti: il primo riguarda lo sfondo cioè la storia di due nazioni e di due nazionalismi; il secondo riguarda l'influenza reciproca tra le due culture.

Ora illustrerò il primo aspetto nella forma tipica della linguistica contrastiva, che studia le relazioni tra le lingue e le influenze reciproche. Parto dall'ipotesi che, se nella storia due nazioni si oppongono – restano, ad esempio, a lungo in guerra – è probabile che la scienza giuridica ne risenta e che cerchi quindi diversità nei modelli.

I fatti che vanno considerati sullo sfondo di questa storia comparativa risalgono ad epoche lontane. Il primo è la guerra dei cento anni, durata in realtà 116 anni,

tra il 1337 e il 1453, per la rivendicazione della corona francese da parte degli inglesi. Shakespeare, nell'Enrico V, scritto nel 1599, ricorda che quel re, sovrano d'Inghilterra dal 1386 al 1422, vantava «legittime pretese» in forza di un vantato diritto di successione al trono di Francia⁷. Più tardi, tra il 1660 e il 1670 «è la Francia che regna, che domina, che trionfa. L'Europa è il resto»⁸.

Il secondo elemento di differenziazione è costituito dalle due rivoluzioni quella gloriosa del 1688 in Inghilterra, con la quale si affermò la nuova costituzione di quel Paese, incruenta, e quella del 1789 in Francia, cruenta. Il paragone fu fatto da Burke in Inghilterra e da Guizot in Francia. Quindi Inghilterra e Francia si fronteggiano ed osservano reciprocamente come oggi Stati Uniti e Cina.

Intanto, l'Inghilterra conquista l'egemonia dei mari e un grande impero coloniale, mentre la Francia incontra difficoltà nell'espansione coloniale (basta pensare ai viaggi ad Algeri di Tocqueville ed ai suoi rapporti su tali viaggi).

Quindi, accanto all'elemento comune costituito da uno sviluppo, in ambedue Paesi, dell'amministrazione, vi è il contrasto tra le vicende storiche e le culture dei due Paesi.

4. *La comparazione confina con la causazione*

Accanto allo sfondo plurisecolare che vede la contrapposizione tra i due grandi Paesi egemoni della storia europea, c'è, poi, la loro storia intellettuale, e in particolare il "dialogo" tra Tocqueville e Dicey.

Come osserva Kundera, «ognuno accede al mondo attraverso una porta diversa»⁹. Come vedremo, la comparazione confina con la causazione: la reazione degli americani a Tocqueville circa le istituzioni francesi del suo tempo divenne la causa della reazione di Dicey al modello del diritto amministrativo francese, ritenuto uno strumento illiberale. Dicey fece così un «fundamental mistake»¹⁰.

Anche in questo caso, bisogna fare un passo indietro e risalire alle lettere inglesi di Voltaire, scritte nel 1733¹¹. Nelle lettere, Londra è considerata come una moderna Roma. Il rispetto inglese per i talenti e per il merito, le libertà inglesi e il potere della Camera dei comuni sono oggetto di ammirazione.

Più tardi, la costituzione inglese è considerata come un modello da Montesquieu (1748) fino a Guizot¹². Seguiranno Taine¹³ e Boutmy¹⁴, i protagonisti della parigina "École libre de sciences politiques," poi "Institut d'études politiques", che esaminano e ammirano l'Inghilterra.

Su questo sfondo culturale si colloca il rapporto Tocqueville-Dicey. Il grande giurista oxoniense Albert Venn Dicey osserva, nel 1885, nel suo *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, considerato la viva voce dalla costituzione inglese, che

the nature and the very existence of administrative law has been revealed to many Englishmen, as certainly to the present writer, through the writings of Alexis de Tocqueville¹⁵.

Dicey è colpito dalle osservazioni rivolte dagli interlocutori americani a Tocqueville a proposito della cosiddetta giustizia amministrativa francese e dalle conseguenti critiche di Tocqueville alla giustizia amministrativa e nega che in Inghilterra vi

sia qualcosa che possa essere assimilato al "droit administratif": con questa modalità contrastiva si formano i due grandi modelli, Paesi a diritto amministrativo e Paesi a diritto comune. L'idea di differenziazione, sviluppata da Dicey, è ispirata da orgoglio nazionalistico e anche dalla critica francese alle proprie istituzioni.

Tocqueville, a conclusione dei suoi viaggi in Inghilterra (1833 e 1835) osserva che l'Inghilterra è felice di non avere il Consiglio di Stato, né la giustizia amministrativa. Nelle note sul secondo viaggio, osserva:

la necessità di introdurre il potere giudiziario nell'amministrazione è una di quelle idee centrali alle quali mi riportano tutte le ricerche che vado facendo su ciò che ha reso possibile e può rendere possibile la libertà politica¹⁶.

Nella relazione all'*Académie des sciences morales et politiques* sul *Cours de droit administratif* di Macarel parla di «una scienza tanto nuova e ancora tanto contestata come il diritto amministrativo», «oggetto delle più vive critiche»; sempre nello stesso scritto, parla di «due specie di giustizia ordinaria», la prima affidata a giudici inamovibili, la seconda riservata a tribunali eccezionali o allo stesso re. Poi osserva che si tratta di «assiomi di diritto che nessun paese libero e [...] che nessun popolo civile ammetterà mai [...]» perché in «deroga parziale al diritto generale» e perché «non vi è tirannia [...] che non ne possa un giorno nascere», vere «mostruosità». In conclusione, scrive:

se il nostro sistema amministrativo è stato concepito dalla libertà, è stato completato dal dispotismo. Come conciliare l'estrema centralizzazione, che esso consacra, con la realtà e la moralità del governo rappresentativo?

E aggiunge:

Mille volte ho avuto occasione di trattare questo argomento con gli uomini più illuminati d'America e d'Inghilterra [...] e non ne ho incontrato uno solo che volesse adottare per il suo paese il nostro sistema amministrativo, prendendolo nel suo complesso e con l'impronta che vi ha lasciato la mano possente di Napoleone, né che pensasse che un tale sistema potesse a lungo essere compatibile con la libertà¹⁷.

Dicey, un giurista-politico, ispirato da forte nazionalismo e dalle critiche francesi alle istituzioni francesi, negherà l'esistenza di un diritto amministrativo in Inghilterra. Come osservato da Anais Nin, «non vediamo le cose come sono, le vediamo per come siamo noi»¹⁸.

5. Dalla divergenza alla convergenza

Dunque, la reazione degli americani a quello che loro raccontava Tocqueville circa le istituzioni francesi spinse quest'ultimo a pensare che il diritto amministrativo fosse strumento non liberale. Questa conclusione, a sua volta, esercitò una forte influenza su Dicey, che rifiutò l'idea che il diritto amministrativo avesse cittadinanza in Inghilterra, un Paese retto dalla "rule of law".

Ecco un caso nel quale gli ordinamenti giuridici si sviluppano sotto la spinta delle necessità politico-sociali, sulla base delle funzioni necessarie all'affermazione di due grandi potenze, Inghilterra e Francia, ma vengono appresi e costruiti sulla base delle "idee ricevute", influenzate da altri sviluppi. Il rapporto è complicato da una dimensione temporale diversa.

La contrapposizione dei liberali puri francesi al liberalismo di impronta bonapartista convinse gli osservatori inglesi che

il regime francese fosse illiberale. Questo venne identificato con il "droit administratif", e, quindi, ad esso fu attribuito un carattere illiberale. La cultura inglese, per differenziarsi, accentuò gli aspetti differenziali dal proprio ordinamento giuridico e negò l'esistenza nell'isola del "droit administratif". Dunque, si può dire che, dal punto di vista genetico, questa idea nasce da un ceppo francese, si sviluppa in un tronco inglese, salvo poi ramificarsi altrove¹⁹.

In questo dialogo tra i due lati della Manica, vi sono stati un malinteso e uno slittamento temporale. Tocqueville, pur criticando gli aspetti dispotici del diritto amministrativo (in particolare la «garanzia dei funzionari» assicurata dal *Conseil d'État*), ne faceva salva la base. Dicey, le cui idee si erano formate sui testi di Tocqueville (ma senza conoscere la relazione sul libro di Macarel), riteneva *tout court* il "droit administratif" prodotto e strumento di dispotismo, non utilizzabile in istituzioni liberali. Inoltre, la lettura diceyana di Tocqueville mancava di comprensione storica perché inizialmente (1885) accettava come riflessioni sul diritto positivo vigente in Francia scritti di Tocqueville precedenti nel tempo di circa quaranta anni²⁰.

Questa contrapposizione ha per due secoli oscurato le somiglianze. Il diritto amministrativo è divenuto una singolarità della Francia. Questo è però stato utile perché ha operato come un mito, spingendo i paesi a diritto amministrativo a introdurre elementi di diritto privato e diritto comune nei sistemi amministrativi, che sono quindi diventati meno autoritari. L'inganno è stato quindi fruttuoso perché ha spinto a pensare il diritto amministrativo in termini di un diritto meno speciale²¹.

Quello qui descritto è solo un capitolo, ma fondamentale, del processo che è stato definito, in un libro appena uscito, purtroppo limitato ai Paesi di diritto comune, *The Making and Re-making of Public Law*²², tra diversi Stati, nella storia, nella situazione attuale e nelle prospettive future.

¹ A. Tocqueville, *Democracy in America*, ed. E. Nolla, Indianapolis, Liberty Fund, 2010, p. 177. In italiano, A. Tocqueville, *La democrazia in America*, in Id., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, t. II, Torino, Utet 1968, p. 129: «Ma quando cercavo di far loro capire che il Consiglio di Stato non era affatto un corpo giudiziario, nel senso comune della parola, bensì un corpo amministrativo, i cui membri dipendevano dal re, in modo che il re, dopo aver ordinato in base ai suoi poteri sovrani ad uno dei suoi servitori, chiamato prefetto, di commettere un'ingiustizia, poteva ordinare in base ai suoi poteri sovrani a un altro suo servitore, chiamato consigliere di Stato, di impedire la punizione del primo; quando mostravo loro il cittadino, leso per ordine del sovrano, ridotto a chiedere al sovrano stesso l'autorizzazione di ottenere giustizia, essi si rifiutavano di credere a simili enormità e mi accusavano di menzogna e ignoranza». L'originale francese: «Mais quand je cherchais à leur faire comprendre que le Conseil d'État n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du roi, de telle sorte que le roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses serviteurs, appelé conseiller d'État, d'empêcher

qu'on ne fit punir le premier; quand je leur montrais le citoyen, lésé par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités et m'accusaient de mensonge ou d'ignorance».

² C.-A. Colliard, *Comparison between English and French administrative law*, in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War*, Papers Read before the Society in the Year 1939, Cambridge University Press, 1939, pp. 119-133.

³ M. Kundera, *Il sipario*, tr. it., Milano, Adelphi, 2005, p. 47.

⁴ A. de Tocqueville, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata "Corso di diritto amministrativo"*, in A. de Tocqueville, *Scritti politici, I, La rivoluzione democratica in Francia*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 1969, p. 235.

⁵ Come molto accuratamente dimostrato da P. Craig, *English Administrative Law from 1550: Continuity and Change*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2024, che smentisce le analisi di Dicey.

⁶ S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 19, 1990, p. 68.

⁷ W. Shakespeare, *Re Enrico V*, tr. it., in W. Shakespeare, *Teatro*, II, Torino, Einaudi, 1970, pp. 688 e 694.

⁸ L. Febvre, *Europa. Storia di una civiltà*, Roma, Donzelli, 1999, p. 215.

⁹ Kundera, *Il sipario*, cit., pp. 72-73.

¹⁰ C.K. Allen, *Law and Orders*, London, 1945, p. 28. Più tardi, venne la critica di F. A. Hayek, il quale osservò che Dicey non conosceva neppure il sistema tedesco, che aveva sviluppato un diritto amministrativo, affidandone il controllo a corti istituite come corpi giudiziari indipendenti (F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (1960), London, Routledge, 1990, pp. 203-206).

¹¹ Voltaire, *Lettere inglesi*, tr. it., Milano, Silvio Berlusconi editore, 2024, pp. 45, 47, 58, 54, 162, 164.

¹² S. Cassese, *La costituzione inglese come modello. Invenzione e diffusione nella comparazione giuridica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2022, n. 3, pp. 805 ss.

¹³ H. Taine, *Notes sur l'Angleterre* (1871), Paris, Crès, 1923, vol. I, p. 249 ss.; vol. II, pp. 14-15, 26-28, 34-36, 55 ss.

¹⁴ É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel. France-Angleterre-Etats-Unis*, Paris, Plon, 1885; Id., *Le Développement de la Constitution et de la Société politique en Angleterre*, Paris, Plon, 1887.

¹⁵ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, VI ed., London, 1902, p. 490.

¹⁶ A. de Tocqueville, *Idee relative alla centralizzazione e all'introduzione del potere giudiziario nell'amministrazione*, in *Viaggio in Inghilterra e in Irlanda del 1835*, in A. de Tocqueville, *Viaggi*, a cura di U. Coldagelli, Milano, Bollati Boringhieri, 1997, p. 555.

¹⁷ de Tocqueville, *Relazione sull'ope-*

ra di Macarel, p. 238-242 e 245. A questo si aggiunge l'atteggiamento critico di Tocqueville nei confronti di due dei protagonisti della nascita del diritto amministrativo, i consiglieri di Stato Vivien e Cormenin, con i quali collaborò nella Commissione della Costituzione. Nei «Souvenirs», del 1850, Tocqueville scrive: «il Vivien difendendo la centralizzazione era a posto, perché il movimento degli affari amministrativi era la sua professione; e c'era portato anche dal suo temperamento. Egli aveva tutto quello che ci vuole per un legista abile e per un commentatore eccellente, nulla di quello che è necessario per un legislatore ed un uomo di Stato» e aggiunge successivamente: «Si passò alla costituzione del Consiglio di Stato. Il Cormenin e il Vivien se ne assunsero l'incarico e si può dire che ci si misero come se lavorassero alla propria casa. Fecero del loro meglio perché il Consiglio di Stato divenisse un terzo potere; ma non vi riuscirono: restò un po' più che un consiglio di amministrazione, ma infinitamente meno di un'assemblea legislativa» (A. de Tocqueville, *Ricordi*, in de Tocqueville, *Scritti politici*, pp. 454-455 e 464).

¹⁸ F. Benigno, *La storia al tempo dell'oggi*, Bologna, il Mulino, 2024, pp. 105-106.

¹⁹ S. Cassese, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1995, n. 1, pp. 107-131.

²⁰ Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, pp. 53-54.

²¹ T. Perroud, *Le droit privé est-il l'avenir du droit public?*, in blog «Chemins publics», 6.2.2021 sul diritto privato come diritto generale dell'amministrazione.

²² E. Carolan, JNE Varuhas, S. Fulham-McQuillan (eds.), *The Making and Re-Making of Public Law*, London, Hart, 2025.

La storia costituzionale e la scienza storica. La Legge fondamentale e la giurisprudenza costituzionale nella storiografia sulla Repubblica Federale Tedesca*

DIETER GRIMM

1. *Una sorpresa*

Non tutto ciò che è significativo per la storia costituzionale lo è anche per la storia generale. Ma deve sorprendere quanto poco della storia costituzionale della Repubblica Federale sia ritenuto degno di essere condiviso da parte della storiografia generale. Ciò pone quest'ultima in netto contrasto con la percezione della Legge fondamentale presso l'opinione pubblica e i media, per non parlare della dottrina giuridica. Accolta inizialmente senza particolari simpatie, la Legge fondamentale si guadagnò presto gli apprezzamenti. Ad ogni anniversario la si lodò sempre di più, per culminare infine in qualcosa di talmente insolito come il "patriottismo costituzionale". Di essa si parla spesso come della costituzione migliore e più liberale che la Germania abbia mai avuto, e lo sviluppo complessivamente positivo della Repubblica Federale si attribuisce non da ultimo anche alla sua buona costituzione.

Eppure, nelle ricostruzioni storiche più recenti che ripercorrono la storia della Repubblica Federale dagli inizi alla riunificazione e oltre, tutto ciò non emerge. Anche se si concorda nel lodare la Legge fondamentale, il significato del suo impatto sugli eventi storici non trapela. Di seguito verrà analizzato il modo in cui le ricostruzioni storiche di tipo generale si pongono nei confronti della Legge fondamentale e della sua applicazione. Nel contesto di una conferenza, ovviamente, è possibile solo delineare delle linee generali. Per una panoramica più ampia devo fare riferimento ad un altro lavoro su questo argomento¹. Come nell'altro scritto, verranno prese in esame solo le grandi ricostruzioni generali pubblicate dopo la riunificazione, ad esclusione delle singole monografie o saggi, come anche delle due ricostruzioni della storia della Repubblica Federale scritte da politologi².

2. *Origine, attuazione, modifica e mutamento della costituzione*

2.1 *La Legge fondamentale*

Negli scritti qui esaminati, si concede poco spazio alla Legge fondamentale e alla sua importanza per la storia della Repubblica Federale, il che non significa che non se ne parli affatto. Sarebbe impossibile non parlarne, poiché la Repubblica Federale è nata con l'entrata in vigore della Legge fondamentale. Senza quest'ultima, tale soggetto storiografico non esisterebbe affatto e comunque non nella forma stabilita dalla Legge fondamentale. Essa costituisce il quadro istituzionale in cui si svolge quanto viene descritto dalla scienza storica, considerata innanzitutto come storia politica; inoltre, essa contiene i principi e le regole che dovrebbero dirigere la Repubblica Federale secondo le idee dei suoi fondatori. Fin qui la scienza storica non può in alcun modo ignorare la Legge fondamentale.

Naturalmente la Legge fondamentale non nasce dal nulla. Essa emerge da una storia senza la quale non può essere compresa e che si può far risalire a molto tempo indietro. Ma in senso proprio essa inizia con i Documenti di Francoforte dei tre alleati occidentali del primo luglio 1948, in cui si chiede ai ministri presidenti dei Land ricostituiti nelle zone di occupazione occidentali di fondare uno stato separato della Germania Occidentale e di redigere il progetto per una costituzione che doveva essere democratica, federalista e liberale. Di tutto ciò le opere storiche narrano in modo più o meno dettagliato a seconda della loro impostazione. Alcune si riferiscono ai Documenti di Francoforte come all'atto di nascita della Repubblica Federale. Ma gli atti

di nascita attestano l'avvento della nascita. Invece, se restiamo fedeli alla metafora, i Documenti di Francoforte erano solo una richiesta a procreare. Il vero atto di nascita è la Legge fondamentale.

Le opere storiche narrano inoltre dei lavori preparatori per la Legge fondamentale, della conferenza di Herrenchiessee e del Consiglio parlamentare. Ma qui il resoconto si fa più conciso. Tutti gli autori sottolineano che si aveva in mente solo una soluzione temporanea. Parimenti tutti richiamano l'attenzione alla costituzione di Weimar. La Legge fondamentale viene presentata come una «anti-costituzione» rispetto a Weimar. L'esperienza della dittatura nazionalsocialista viene presa in considerazione nella misura in cui alla Legge fondamentale viene certificata una «natura intrinsecamente antitotalitaria». Vengono evidenziati i punti più controversi delle deliberazioni. Ma essenzialmente ci si concentra sul dibattito sulle modalità del federalismo. Questo era in effetti l'aspetto più importante, ma nient'affatto unico punto controverso. Anche i diritti dei genitori, il sistema scolastico e il rapporto tra chiesa e stato sono stati fortemente dibattuti, ma vengono raramente menzionati.

La selettività continua laddove si va a descrivere il prodotto delle deliberazioni, ossia la Legge fondamentale. Lo si nota pienamente se si osserva non solo ciò che vi si trova, ma anche ciò che manca. Solo in questo modo si comprende quale immagine offra la scienza storica della Legge fondamentale. In generale si può dire che prevale la parte organizzativa della costituzione. Gli storici sono interessati soprattutto agli aspetti istituzionali, mentre quelli sostanziali, come le disposizioni sugli obiettivi e la struttura dello stato, nonché sui diritti

fondamentali ricevono relativamente poca attenzione. Wehler e Wirsching considerano la Legge fondamentale nel suo complesso come un mero «statuto organizzativo». Questa espressione sarebbe corretta se si dovesse descrivere la costituzione dell'Impero Tedesco, ma non rende giustizia alla Legge fondamentale.

Trattando dell'ambito organizzativo si descrive essenzialmente il livello federale, e anche qui la scelta è determinata dall'atteggiamento nei confronti di Weimar. Viene sottolineato il carattere puramente rappresentativo della democrazia, come anche l'indebolimento del Presidente federale rispetto al Presidente della Repubblica di Weimar e il conseguente innalzamento dello *status* del Parlamento federale e del Cancelliere federale. La rinuncia ad una regolamentazione d'urgenza come già nell'articolo 48 della costituzione di Weimar si menziona quasi sempre, così come il voto di sfiducia costruttiva, ma la democrazia armata è menzionata molto più di rado e l'articolo 79 cpv. 3 della Legge fondamentale appare solo in due delle dodici opere. La peculiarità del federalismo della Germania occidentale, ossia la interconnessione tra la Federazione e i Land e il relativo ruolo del Consiglio federale, che spiegano tante dinamiche della politica successiva, non è sufficientemente approfondita.

Anche la Corte costituzionale federale non è compresa in tutta la sua portata. In alcune opere non se ne parla affatto, anche se successivamente si menziona il ruolo che hanno avuto le sue sentenze. La maggior parte degli autori ne fa cenno, ma solo un autore indica quantomeno le competenze principali della Corte. Le ricostruzioni che menzionano la Corte riconoscono in essa una notevole innovazione costituzionale,

ma danno l'impressione che si tratti semplicemente di un'aggiunta agli organi tradizionali del presidente, del parlamento e del governo. Non viene presa in considerazione la conseguenza di tale innovazione, ossia che cambiano radicalmente le condizioni in cui funzionano tutti gli altri organi. Il fatto che la giustizia costituzionale possa porre anche un problema di democrazia è al massimo accennato.

A differenza degli altri organi statali, che nella Legge fondamentale avevano trovato una regolamentazione definitiva e potevano agire subito dopo la loro creazione, la Corte costituzionale federale era regolamentata solo in modo rudimentale. Dell'ulteriore elaborazione era responsabile il Parlamento federale. Ma, tanto era stata indiscussa nel Consiglio parlamentare la questione dell'istituzione della Corte, tanto si rivelerà acceso il dibattito in Parlamento sulla sua regolamentazione dettagliata. Lì le deliberazioni non si svolgevano più sotto il 'velo dell'ignoranza'. La SPD, che era all'opposizione, voleva un tribunale forte. I Land erano dello stesso parere. La CDU, che ora guidava il governo, preferiva un tribunale debole. Il lavoro legislativo si trascinava. Si concluse solo nella primavera del 1951, dopodiché trascorsero ancora alcuni mesi fino all'elezione dei giudici, sicché la Corte costituzionale federale non poté iniziare i suoi lavori fino al settembre 1951.

Se già nella presentazione della Legge fondamentale la Corte costituzionale federale tende a essere trascurata dalla storiografia, le controversie sulla legge istitutiva della Corte costituzionale federale non hanno ricevuto quasi alcuna attenzione. Vengono menzionate solo da Birke e Conze, ma senza alcuna spiegazione dei punti controversi o del loro contenuto. Secondo

Conze, la nomina dei primi giudici è stata preceduta da un "mercanteggiamento". Non viene però spiegato in che senso si trattasse di un mercanteggiamento. Il fatto che ci fosse uno scambio era dovuto al regolamento. Per l'elezione dei giudici, il legislatore aveva richiesto una maggioranza di tre quarti nel Parlamento federale e nel Consiglio federale, che condividevano la nomina dei giudici, per evitare che il tribunale fosse subordinato al governo. Poiché nessun partito aveva raggiunto una tale maggioranza, gli accordi tra maggioranza e minoranza sui futuri giudici erano inevitabili.

Di conseguenza, il regolamento aveva impedito una chiara faziosità e aveva favorito un tribunale professionale. Non era un risultato scontato. I partiti avrebbero potuto anche decidere di accettare i rispettivi candidati senza fare domande. Ciò avrebbe reso superfluo il cosiddetto mercanteggiamento, ma sarebbe emerso un tribunale diverso. Le affinità di partito hanno giocato un ruolo decisivo. Lo stesso vale per la ripartizione delle elezioni dei giudici tra il Parlamento federale e il Consiglio federale. Poiché i partiti avevano convenuto di assegnare i posti di giudice indipendentemente dagli organi in cui si eleggevano, l'unica conseguenza della divisione del voto tra i due organi fu che anche i politici dei Land furono coinvolti nel processo di selezione. La situazione sarebbe potuta andare diversamente se fossero state concordate due procedure di selezione separate. Ne sarebbe risultato anche un diverso tipo di tribunale, più simile a un tribunale arbitrale.

Laddove le opere esaminano il contenuto della Legge fondamentale, si nota che quasi nessuno commenta il principio di legittimazione del potere politico, anche se si tratta della questione principale alla

quale ogni costituzione deve rispondere. Nella Legge fondamentale, come nella costituzione di Weimar, si tratta della sovranità popolare: "Tutto il potere statale emana dal popolo" (articolo 20, cpv. 2, comma 1, Legge fondamentale). Forse questo era dato per scontato, o forse non si distingue tra sovranità popolare e democrazia. Anche le disposizioni sugli obiettivi statali e sulla struttura statale di cui agli articoli 20 cpv. 1 e 28 cpv. 1 comma 2 Legge fondamentale (repubblica, democrazia, stato di diritto, stato sociale, stato federale) non sempre compaiono e solo raramente sono complete. Lo stesso vale per i due obiettivi politici contenuti nel preambolo, la riunificazione e l'integrazione europea.

La situazione è medesima per quanto riguarda i diritti fondamentali. Non in tutte le opere è possibile scoprire anche solo il fatto che esistano. Quelle che li menzionano si limitano di solito a una asserzione generica. Che cosa esattamente tuteli ciascun diritto fondamentale non è specificato. Di converso, si afferma più volte che i diritti fondamentali sono ora giuridicamente vincolanti, mentre nella costituzione di Weimar si trattava solo di norme programmatiche non vincolanti, il che invece non è vero. Per Birke i diritti fondamentali dovrebbero addirittura rimanere esclusi dalla legislazione, il che però avrebbe per conseguenza che non potrebbero essere limitati. Il limite alla limitazione contenuto nell'articolo 19 comma 2 della Legge fondamentale, che dopotutto è un'importante lezione di Weimar, non viene menzionato da nessuna parte. La novità più significativa e duratura nel catalogo dei diritti fondamentali, la garanzia della dignità umana, appare in una sola opera.

Trascurando le componenti materiali, la storiografia non solo non coglie appieno

la Legge fondamentale, ma la pone anche in un erroneo contrasto con la costituzione di Weimar. Sul piano materiale la Legge fondamentale è innanzitutto il rifiuto del nazionalsocialismo e del totalitarismo. Essa concorda invece con la costituzione di Weimar per quanto riguarda il principio di legittimazione del potere, nonché gli obiettivi statali della democrazia, lo stato di diritto, lo stato sociale e federale e i diritti fondamentali. Sebbene nella Legge fondamentale si riduca il numero dei diritti fondamentali, e in particolare manchino quasi del tutto i diritti sociali, la loro validità viene notevolmente aumentata, soprattutto tramite la maggiore efficacia dei vincoli imposti al legislatore e l'introduzione della giurisdizione costituzionale a portata di tutti grazie allo strumento del ricorso costituzionale.

Da tali opere non è quindi possibile ricavare un quadro attendibile della Legge fondamentale. Ogni libro contiene un frammento più o meno dettagliato della Legge fondamentale. Se si affiancassero tutte queste descrizioni senza dire al lettore a cosa si riferiscono, egli avrebbe difficoltà a riconoscere che si tratti del medesimo soggetto. Nel complesso tutti gli autori valutano la Legge fondamentale positivamente, alcuni addirittura in modo entusiastico. Si possono trovare le frasi che compaiono anche in molti discorsi cerimoniali. Solo in alcuni scritti si rivela che la Legge fondamentale era nata senza grande partecipazione della popolazione, e in nessuno di essi si menziona che alla sua entrata in vigore la maggior parte degli esperti l'aveva considerata un fallimento. Il giudizio estremamente positivo è quindi l'espressione di una prospettiva *ex post*.

2.2 *L'attuazione della Costituzione*

La Legge fondamentale entrò in vigore il 23 maggio 1949 e subito dopo lo stato venne organizzato conformemente. Se la questione fosse finita qui, tale descrizione basterebbe anche alla scienza storica. Tuttavia, per diverse ragioni, questo non è il caso. Il primo è subito evidente. Le costituzioni possono essere modificate e la Legge fondamentale è una di quelle che sono state modificate particolarmente spesso. Se non prendesse in considerazione tali modifiche, la scienza storica rischierebbe di sviluppare delle ipotesi fallaci riguardo al quadro istituzionale del suo soggetto. Non tutte le modifiche costituzionali sono storicamente significative. Alcune però alterano notevolmente le condizioni complessive dell'azione politica o rivestono un interesse storico in quanto esprimono una reazione ai cambiamenti nella società o nei suoi valori.

Inoltre, non ci si può limitare a descrivere il testo della Legge fondamentale, anche perché così si coglierebbe solo in parte la funzione di una costituzione. Essa non si limita all'istituzione dello stato, ma regola anche l'esercizio del potere statale, formalmente attraverso la distribuzione delle competenze e le norme procedurali, materialmente attraverso la definizione degli obiettivi statali e dei diritti fondamentali, spesso anche imponendo allo stato di agire. La costituzione rivendica quindi una continua rilevanza. Non descrive la realtà, ma piuttosto impone di agire su di essa. Tuttavia, non si impone da sola, ma è essa stessa un progetto e dipende dal modo in cui è implementata. Le azioni dei destinatari delle sue norme devono interpersi tra il testo normativo e la realtà, al fine di stabilire la corrispondenza tra i due.

In queste condizioni, la necessità di attuare la costituzione implica al contempo la possibilità che le sue previsioni non vengano soddisfatte del tutto, o lo siano solo in parte, o non come immaginato. Lasciando da parte le costituzioni emanate non con l'intenzione di attuarle, ma solo per dare un'apparenza di costituzionalità, bisogna dire che anche le costituzioni prese sul serio si scontrano necessariamente con una realtà che loro resiste e che non corrisponde alla logica giuridica, ma ne segue una propria. Le costituzioni richiedono alla politica nientemeno che di rispettare la logica del diritto che è ad essa sistematicamente estranea; nelle situazioni concrete esse possono quindi essere percepite come inopportune e anche una politica filo-costituzionale può essere indotta ad aggirarle.

In linea di principio, tutte le leggi possono essere non applicate o applicate in modo fallace. Tuttavia, il pericolo è maggiore nel diritto costituzionale che nel diritto ordinario, perché esso si rivolge alla massima autorità statale a cui viene assegnato il monopolio dell'uso della forza ai fini dell'ordine legale, per cui non è sottomessa ad alcuna autorità superiore. Di conseguenza, il destinatario del diritto costituzionale è allo stesso tempo il suo garante. I massimi organi statali non devono quindi temere alcuna sanzione per le violazioni del diritto costituzionale. Questa costellazione ha dato origine alle corti costituzionali che, in caso di conflitto, possono decidere in modo vincolante cosa la costituzione richieda dai decisori politici. Ma le corti costituzionali si limitano a mitigare la debolezza che è caratteristica del diritto costituzionale, non però ad eliminarla, perché non dispongono di mezzi coercitivi per far rispettare le loro decisioni.

Infine, bisogna tenere conto del livello applicativo, perché qui non ci si limita ad applicare ai singoli casi quanto era già previsto dalla costituzione in termini generali, ma si prendono anche delle decisioni in modo autonomo. In tali casi non si decide soltanto se, ma anche come verrà attuata la costituzione. Ciò è dovuto al limitato potere determinante delle norme giuridiche. Poiché mirano a disciplinare un gran numero di casi futuri, le disposizioni devono necessariamente essere formulate in modo generale e astratto, mentre i casi ai quali si applicano sono sempre individuali e specifici. Esiste quindi un divario tra norma e fattispecie che deve essere colmato da chi applica il diritto per via dell'interpretazione. Pertanto, prima di poterla applicare, bisogna rendere la norma più concreta avendo in mente le specificità del caso in questione. Lo spazio per l'interpretazione è indispensabile.

Anche questo vale in linea di principio per tutto il diritto, ma di particolare rilevanza per il diritto costituzionale, poiché esso contiene le basi e i principi fondamentali dell'ordine politico e sociale ed è per questo formulato in modo molto più aperto e indefinito rispetto al diritto ordinario. L'esperienza di base di coloro che trattano il diritto costituzionale è che la lettura del testo costituzionale non è sufficiente per trovare la risposta ad un problema. Piuttosto, possono essere necessarie lunghe catene di argomentazioni affinché si arrivi alla specificazione appropriata al caso. L'interpretazione e l'applicazione del testo costituzionale sono quindi dei fattori legati alla costituzione, ma che questa non determina in modo conclusivo; in ultima analisi sono quindi dei fattori autonomi, che si aggiungono al testo costituzionale stesso e che



Karlsruhe - Bundesverfassungsgericht

La sede della Corte costituzionale federale tedesca dal 1951 al 1969 al Prinz-Max-Palais di Karlsruhe

quindi non possono essere ignorati dalla scienza storica.

L'interpretazione costituzionale non è solo di competenza delle corti costituzionali. Si svolge in molti posti. Vi confluisce la prassi delle persone soggette alla normativa statale, l'elaborazione della dottrina giuridica, le opinioni delle persone interessate e dei loro consulenti legali o avvocati, la giurisprudenza dei tribunali di grado inferiore, persino le aspettative del pubblico o i modi in cui gli attori sociali esprimono i principi costituzionali. Tuttavia, i sistemi politici che si sono dotati di forti corti costituzionali enfatizzano la interpretazione svolta da queste. In caso di dubbio o controversia, le corti determinano con autore-

volezza il significato della costituzione. Tutte le altre interpretazioni restano semplici opinioni. Le sentenze delle corti costituzionali sono quindi una fonte importante per gli studi storici.

Tuttavia, la scienza giuridica e la scienza storica si avvicinano al diritto e alla sua interpretazione e applicazione con interessi conoscitivi diversi. Mentre la scienza giuridica, fintanto che è orientata in senso dogmatico, si occupa della comprensione giuridicamente corretta delle norme, la scienza storica non è interessata al diritto e alla sua interpretazione né in quanto tale, né dal punto di vista del suo significato. Essa non è una disciplina normativa, bensì empirica. Per la scienza storica, le norme

e le interpretazioni delle norme sono fatti che meritano attenzione fintanto e nella misura in cui riescono o meno ad influenzare le relazioni, gli sviluppi e gli eventi da essa descritti e spiegati.

Le due discipline si incontrano nella storia del diritto. Il suo oggetto è il diritto, il suo metodo è storico. Si tratta del diritto passato (o del passato del diritto attuale). In questo senso, anche la storia giuridica e costituzionale svolta dai giuristi ha a che fare con i fatti. Tuttavia, a differenza della storia generale, la storia costituzionale esercitata dagli studiosi del diritto resta legata alla normatività. Anche a lei non interessa come la legge avrebbe dovuto essere applicata 'correttamente', ma piuttosto quali idee di correttezza giuridica si erano formate all'epoca, come ciò era avvenuto e perché una certa variante interpretativa o un metodo interpretativo aveva prevalso. Per quanto riguarda gli effetti, generalmente non si guarda al di là degli effetti giuridici interni.

I diversi interessi conoscitivi della storia costituzionale esercitata dai giuristi da un lato e della storia generale dall'altro danno origine all'affermazione fatta all'inizio che non tutto ciò che è significativo per la storia costituzionale (giuridica) deve esserlo anche per la storia generale. Quindi in questione sono i criteri di pertinenza. Se la scienza storica non si interessa al diritto in quanto tale, ma solo nella misura in cui esso influenza in modo significativo i processi storici, ciò significa che quando deve decidere di cosa tener conto nel diritto costituzionale e nella giurisprudenza costituzionale, essa parte dai propri criteri di pertinenza, si orienta in base alle proprie interpretazioni e deve inoltre tenere conto della struttura e degli obiettivi della propria opera.

La prossima questione che richiede chiarimenti è come determinare il significato delle disposizioni costituzionali e la loro applicazione ai processi storici. Ciò porterà spesso a domande del tipo 'cosa sarebbe successo se'. Cosa sarebbe successo se la costituzione avesse regolato diversamente una determinata materia trattata dalla scienza storica o se la costituzione fosse stata interpretata diversamente dalla Corte costituzionale federale? Si tratta quindi di processi causali ipotetici e delle incertezze che ad essi si associano. Tuttavia, non se ne può fare a meno, come aveva già spiegato Max Weber dibattendo con Eduard Meyer, poiché la rilevanza di un determinato fattore nel corso di un evento diventa evidente solo se confrontata con la possibilità – non solo teorica – di un diverso corso degli eventi.

Prendendo avvio da questa base metodologica si tratta ora di esaminare come le opere storiche descrivono il ruolo della Legge fondamentale e della giurisprudenza costituzionale negli eventi storici, e se tali descrizioni rendono giustizia al significato storico del diritto costituzionale. Si tratta di un tema molto ampio. Per questo motivo saranno di seguito evidenziate a titolo d'esempio solo alcune modifiche della Legge fondamentale verificatesi secondo le due forme principali, ossia come cambiamenti del testo avvenuti per via di emendamenti costituzionali e come cambiamenti di significato per via di interpretazioni, in particolare della Corte costituzionale federale. Per una presentazione più esauriente, vorrei rimandare nuovamente al libro già citato³.

2.3 Modifiche costituzionali

Fino al momento della riunificazione, con la quale si concludono la maggior parte delle opere storiche qui esaminate, la Legge fondamentale aveva subito 36 modifiche. Tre di loro sono da considerare importanti. Due di esse riguardavano questioni che nel 1949 non potevano ancora essere regolate: la costituzione militare, inserita nella Legge fondamentale nel 1956, e la costituzione dello stato d'emergenza, che seguì nel 1968. Entrambe possono quindi essere considerate come degli atti costituzionali successivi. La terza modifica importante non riguarda invece il completamento della Legge fondamentale, bensì un cambiamento radicale della struttura decisa nel 1949: si tratta della riforma del federalismo del 1969. Tutte e tre le modifiche riguardavano più di un articolo. La riforma del federalismo aveva coinvolto ben 15 articoli.

Tutte e tre le modifiche costituzionali rappresentavano delle reazioni a determinati sviluppi e hanno avuto luogo in determinate costellazioni, la cui importanza è riconosciuta dalla scienza storica, in quanto sono state trattate in maniera più o meno dettagliata nelle opere, a seconda della loro struttura e portata. Tuttavia, ciò non vale allo stesso modo per le modifiche costituzionali correlate. In alcune opere il lettore non apprende nulla delle modifiche costituzionali, in alcune solo che si era giunti ad una modifica della costituzione, ma non si apprende perché era avvenuta e in cosa consistesse, alcune riferiscono anche cosa contenesse la modifica costituzionale, ma estremamente raramente si riferisce da cosa dipendessero le modifiche costituzionali o come avessero influenzato gli ulteriori sviluppi e quindi in cosa consisteva il loro effetto.

Costituzione militare: su di essa le opere storiche si pronunciano di meno. Mentre la questione in sé, ossia il riarmo, viene discussa in dettaglio nei suoi aspetti di politica estera e interna, l'emendamento costituzionale viene menzionato solo di rado. Per spiegare tale fatto, si potrebbe forse dire che ad essere storicamente importante non è il cambiamento costituzionale, bensì la creazione delle forze armate tedesche dieci anni dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale e la catastrofica sconfitta. Ma senza una modifica costituzionale non sarebbe potuta esistere la *Bundeswehr*; parimenti, a 13 anni dalla riconquista della sovranità tedesca non esistevano ancora delle norme che regolassero l'emergenza, perché mancava la maggioranza necessaria nel Parlamento federale e nel Consiglio federale. Il successo dipese dalla volontà della SPD, che ancora nel 1951 si era opposta al contributo militare, di accettare il riarmo.

Si sarebbe potuto giustificare la mancata menzione della modifica costituzionale se si fosse trattato di una mera formalità. Ma la modifica era più di un semplice mezzo per avviare il riarmo. La scelta tra le diverse opzioni sulle modalità di ristabilimento delle forze armate tedesche aveva suscitato una polemica. I tradizionalisti si opponevano ai modernizzatori. Pertanto, non si trattava solo di consentire il riarmo. La controversia doveva essere risolta. Un cambiamento costituzionale dava voce in capitolo a forze politiche che non avrebbero avuto alcuna influenza se fosse stata sufficiente una maggioranza semplice. Tale fatto determinò la decisione a favore dei modernizzatori. Anche la struttura delle forze armate era stata definita in modo costituzionale. Wehler pone questo dibattito al centro del suo ragionamento, ma tralascia del tutto il

significato del cambiamento costituzionale. Solo nell'opera di Conze il tema viene trattato in modo relativamente esauriente.

Costituzione dello stato di emergenza: come per il riarmo, le disposizioni per lo stato di emergenza richiedevano un cambiamento costituzionale. A differenza della costituzione militare, dove l'emendamento costituzionale aveva un obiettivo che andava oltre la costituzione ma poteva essere raggiunto solo attraverso un emendamento costituzionale, la costituzione dello stato di emergenza non era solo una tappa sulla strada verso un obiettivo esterno. Essa stessa era l'obiettivo. Occorreva rendere pronta la Legge fondamentale per lo stato d'eccezione per il caso che si verificassero situazioni del genere. Il dibattito se e come regolare tale eventualità fu ancora più acceso di quello riguardante il riarmo. La modifica costituzionale pose fine al conflitto ed infine riuscì anche a placare l'agitazione nell'opinione pubblica, che ravvisava nei poteri di emergenza la leva per instaurare un regime autoritario.

Alcuni autori non ritengono che la costituzione di emergenza sia degna di nota in sé, ma solo per la sua importanza per altri sviluppi. La si affronta in connessione con il movimento del '68, a cui diede maggiore impeto. Altri autori la trattano come un fenomeno indipendente, ma la descrivono solo in modo sommario. La maggior parte di loro ammette che solo grazie alla grande coalizione fu possibile aprire la strada alla regolamentazione dello stato d'emergenza che era stata pianificata da tempo. Tuttavia, solo pochi menzionano le modifiche che bisognò apporre al progetto iniziale affinché la SPD accettasse di approvarlo. Fino ad oggi non vi è stato alcun motivo per avvalersi dei poteri di emergenza. Ma ciò non

costituisce un valido motivo per ignorarli, poiché nel caso si presentasse l'eventualità, gli strumenti costituzionali sarebbero pronti all'uso.

Riforma del federalismo: il motivo per la riforma del federalismo fu la prima, relativamente lieve recessione se giudicata a posteriori, che la Repubblica Federale conobbe nel 1966/67 dopo una lunga fase di crescita economica costante. La recessione contribuì alla caduta di Ludwig Erhard, che non era disposto a riorientare la sua politica economica in senso keynesiano. Tale riorientamento, intrapreso dalla grande coalizione formatasi dopo la caduta di Erhard, incontrò però degli ostacoli nella Legge fondamentale. In particolare, il fatto che la gestione del bilancio fosse indipendente dai meccanismi federali e dai Land impediva un'efficace gestione della crisi. Prima della crisi, il federalismo aveva iniziato una graduale trasformazione verso una maggiore centralizzazione, descritta da Konrad Hesse in un piccolo ma influente testo.

Ora però c'era bisogno di un aperto allontanamento dal federalismo dualistico, che non era mai stato così dualistico come quello americano o svizzero, ma che separava chiaramente i compiti tra il governo federale e i governi dei Land. Lo scopo della riforma era la gestione coordinata del bilancio tra il governo federale e quelli dei Land, nonché una pianificazione congiunta e la istituzione di compiti comuni. Per compensare i Land per la perdita dell'indipendenza, essi ottennero maggiori poteri di codecisione nel Consiglio federale, che però non vanno a vantaggio di singoli Land, bensì al loro insieme. La riforma contribuì a superare la crisi economica. Tuttavia, essa comportò dei costi aggiuntivi sul piano dell'efficienza e della democraticità, che

divennero evidenti solo a lungo termine. Col tempo i costi divennero così insopportabili che nel 2003 fu necessario affrontare una nuova riforma, ma questa si pone al di là del limite temporale della maggior parte delle opere esaminate.

Quasi tutte le opere segnalano tali problemi. Si incontrano quasi sempre parole come «blocco della politica» e «immobilismo». In molte di esse si attribuisce la colpa anche alle differenze nei rapporti di maggioranza nel Parlamento federale e nel Consiglio federale. Manca però un'analisi più approfondita delle cause. Questa avrebbe rivelato la natura costituzionale della crisi. La causa risiedeva nei sempre maggiori poteri di codecisione, dovuti in parte al fatto che il governo federale regolava sempre più le procedure amministrative con le quali i Land dovevano attuare le leggi federali, fatto che a sua volta faceva azionare il potere di codecisione del Consiglio federale, in parte perché le decisioni per le quali la competenza era condivisa richiedevano il consenso del Consiglio federale o perché, come nel caso delle attività comuni, era richiesta l'unanimità di tutti gli undici partner, e in parte perché la Corte costituzionale federale aveva affermato che se una legge conteneva anche solo una norma soggetta all'approvazione per codecisione, l'intera legge doveva essere sottoposta a tale procedura.

I progetti politici del governo federale dipendevano quindi in larga misura dall'approvazione del Consiglio federale e, se li i partiti dell'opposizione detenevano la maggioranza, i progetti non potevano essere attuati, o non con sufficiente rapidità, o solo in modo attenuato. Da un punto di vista democratico ciò era problematico, in primo luogo perché l'attività legislativa veniva di-

rottata al Comitato di conciliazione, dove invece di discutere le parti negoziavano tra loro e per di più, a differenza del parlamento, questi negoziati non avvenivano in pubblico, e in secondo luogo perché gli elevati costi del consenso offuscavano le responsabilità. Ciascuna parte poteva rivendicare in modo non verificabile per sé i successi e attribuire all'avversario i fallimenti. Pochissimi autori rendono conto di ciò. Solo Conze riconosce nella riforma del federalismo la modifica più profonda e di più vasta portata della Legge fondamentale nei suoi primi vent'anni di esistenza.

Alcuni autori concludono la loro descrizione di questa fase della storia della Repubblica Federale, che per loro si conclude con il passaggio graduale dalla grande coalizione alla coalizione social-liberale, affermando che la Legge fondamentale aveva superato la prova dei fatti, rivelandosi complessivamente come una buona costituzione. Tuttavia, bisogna chiedersi come sia possibile conciliare questo giudizio con il fatto che proprio in quegli anni la Legge fondamentale veniva percepita sempre più come inadeguata e antiquata? Questo sentimento si diffuse rapidamente e portò alla richiesta di una revisione totale della Legge fondamentale, che venne accolta anche dai politici. Nel 1970 il Parlamento federale istituì una Commissione per valutare la revisione completa della Legge fondamentale. La grande riforma del federalismo era avvenuta appena un anno prima. Il Parlamento federale eletto all'inizio del 1972 rinnovò il mandato della Commissione.

Quando infine nel 1976 la Commissione presentò un rapporto con numerose proposte di modifica, l'interesse per una revisione totale era svanito, perché nel frattempo si era iniziato a venerare la Legge fonamen-

tale. Nessuna delle opere storiche affronta il tema della revisione totale; di essa non si sa nulla, anche se non si era trattato affatto di una questione riservata agli esperti, ma ci fu anzi un'ampia partecipazione mediatica. Forse lo si può attribuire al fatto che rimase priva di conseguenze, ma ciononostante non merita forse di essere menzionata? Non vale la pena forse ricordare che la Repubblica Federale volle abbandonare la costituzione che fu adottata solo vent'anni prima e che è oggi tanto lodata dagli storici per sostituirla con una nuova? Sono forse emerse delle esperienze riguardanti la Legge fondamentale, o dei cambiamenti nel contesto, o delle nuove concezioni su cosa sia una buona costituzione che hanno reso possibile tutto ciò?

2.4 *Cambiamento costituzionale*

Si può discutere se la Legge fondamentale sia cambiata più a causa delle formali modifiche costituzionali o per via delle interpretazioni costituzionali. Per i diritti fondamentali, invece, la risposta è chiara: attraverso l'interpretazione. Benché anche il testo della parte relativa ai diritti fondamentali abbia subito alcune modifiche, queste sono di importanza inferiore rispetto ai cambiamenti che coinvolgevano la loro interpretazione. La concezione dei diritti fondamentali e quindi anche la loro portata sono cambiati in un modo che nel 1949 era ancora inimmaginabile. Rispetto alle norme organizzative e procedurali, i diritti fondamentali poggiano, per via della loro lapidaria formulazione, molto più non solo sulla mera interpretazione, ma su una teoria complessiva che guidi l'interpretazione

del loro significato e della loro funzione. La gamma delle opzioni interpretative è quindi più ampia e la scelta tra le possibili interpretazioni è di conseguenza più significativa.

Già nel descrivere la Legge fondamentale, le opere storiche trascurano i diritti fondamentali. Tale tendenza persiste anche nella presentazione degli sviluppi successivi. Nella dottrina giuridica vige un ampio consenso riguardo all'importanza generale della sentenza Lüth. Ogni studente di giurisprudenza la conosce. Gli studi di diritto costituzionale comparato l'hanno resa nota in tutto il mondo. Tutto ciò non traspare da nessuna delle opere storiche. Il significato di questa sentenza può essere compreso solo se si tiene conto del modo in cui erano concepiti i diritti fondamentali prima di Lüth. Se fosse rimasto come prima, Lüth avrebbe perso non solo nei tribunali civili, ma anche a Karlsruhe. Ma il significato va ben oltre l'esito del caso. Quest'ultimo è significativo nella misura in cui ha creato le condizioni favorevoli per la rivoluzione dei diritti fondamentali.

La novità fondamentale consisteva nel liberare i diritti fondamentali dalla loro interpretazione unidimensionale, ossia dal vedere in essi solo il diritto dell'individuo a difendersi dallo Stato; da allora essi sono stati riconosciuti come principi giuridici oggettivi che vincolano l'intero ordinamento giuridico e, fatto ancor più importante, come la espressione giuridica dei valori supremi. Come tali, essi sono diventati la fonte di numerose innovazioni. La stessa sentenza Lüth aveva esteso la sua efficacia ai rapporti di diritto privato ed era stata innalzata a livello di massima interpretativa del diritto ordinario. In tal modo la Corte costituzionale federale aveva posto

tutto il sistema giudiziario sotto il suo controllo. Nella prima sentenza che dichiarò incostituzionale la legge che voleva depenalizzare l'aborto entro certi termini dal concepimento, emanata nel 1975, il valore dei diritti fondamentali fu interpretato non solo come il diritto di difesa nei confronti dello stato, ma anche come il dovere dello stato di proteggere la libertà garantita dai diritti fondamentali anche quando questa viene minacciata da privati. Questa sentenza viene menzionata in quasi tutte le opere storiche.

La differenza può probabilmente essere spiegata dal fatto che la sentenza sull'aborto era stata preceduta da un acceso dibattito nella società e nella politica e che la decisione della Corte aveva ostacolato un importante progetto di riforma della coalizione social-liberale. Ma nessuna delle opere storiche attribuisce l'importanza della sentenza all'obbligo dello stato di proteggere la libertà, e nemmeno si fa menzione di tale dovere, nonostante con essa il potere di controllo della Corte costituzionale federale — che nel caso di Lüth era stato esteso all'intera giurisdizione — si estendesse anche alla sfera politica. Da allora, la Corte costituzionale federale non deve più limitarsi a verificare solo se il legislatore si è spinto troppo oltre nel limitare i diritti fondamentali e in questo caso annullare la legge, ma deve anche verificare se ha fatto troppo poco per proteggerli dalle minacce dei privati. Da quel momento in poi il legislatore può essere obbligato ad agire anche laddove avrebbe preferito rimanere passivo.

Il confronto tra la sentenza Lüth e la sentenza sulla non punibilità dell'aborto entro certi termini mette in luce le ragioni della prospettiva adottata dagli storici. Le decisioni della Corte costituzionale

vengono notate quando nascono da grandi conflitti politici o sociali, come nel caso del riarmo, dei trattati con la Germania Est, degli scandali sul finanziamento dei partiti, della prima sentenza sulla televisione o dello scioglimento del Parlamento federale. Laddove il caso non è spettacolare, benché l'effetto fosse grande, le decisioni non vengono notate. Ciò vale ad esempio per la sentenza Elfes, che aveva eliminato le lacune nella tutela dei diritti fondamentali, per cui qualsiasi restrizione, impedimento o aggravio da parte dello stato nei confronti dell'individuo può essere impugnato davanti alla Corte costituzionale federale, o per la sentenza sulle farmacie che aveva introdotto il test di proporzionalità; quest'ultimo è diventato da quel momento il sostegno principale nella tutela dei diritti fondamentali, nonché l'articolo di esportazione di maggior successo della Germania nel campo del diritto costituzionale.

Quando si tratta delle sentenze della Corte costituzionale, l'interesse degli storici è limitato al loro esito. La domanda è chi ha vinto, chi ha perso, governo o opposizione. Lo sguardo non va oltre questo, non alle possibili interpretazioni che non sono state accolte, non alle conseguenze strutturali, non ai mutati equilibri tra gli organi dello Stato. Così la prima sentenza sulla televisione, che aveva sventato il progetto di Adenauer di creare su base di diritto privato un programma televisivo favorevole al governo, viene costantemente presentata come nient'altro che una pietra miliare sulla strada verso il declino dell'era Adenauer. Non si menziona la sua importanza per la tutela statale della libertà di trasmissione, per la regolamentazione complessiva del sistema radiotelevisivo o anche per la qualità del sistema informativo o del dibattito

pubblico. L'era Adenauer è storia. L'impatto della giurisprudenza sulle trasmissioni radiotelevisive è tuttora attuale.

Se ci soffermiamo un attimo sul settore radiotelevisivo, dobbiamo menzionare il cambiamento fondamentale che si è verificato con il venir meno dei limiti tecnici alle bande di frequenza e con la digitalizzazione. La risposta politica a ciò è stata il sistema duale, menzionato dalla maggior parte degli autori. Nessuno di loro però tiene conto del fatto che la Corte costituzionale federale ha ammesso questo sistema solo a condizione che fosse garantita la competitività delle trasmissioni pubbliche, perché le trasmissioni commerciali non offrono alcuna garanzia che la società riceva le informazioni e le opinioni garantite dalla Legge fondamentale nell'interesse dell'autosviluppo individuale e dell'autogoverno collettivo. Cosa sarebbe diventata l'opinione pubblica se nel 1981 le trasmissioni radiotelevisive fossero state invece lasciate agli operatori commerciali? Gli storici vedono il problema, ma non il contributo della giurisprudenza costituzionale.

Gli storici non si intromettono nelle motivazioni delle sentenze. Ma le motivazioni ci rivelano quali considerazioni hanno guidato la Corte. Inoltre, le motivazioni generano gli effetti a lungo raggio che vanno oltre la decisione del caso specifico. Esse mostrano anche le diverse opzioni che si erano presentate davanti ai giudici. Spesso ci permettono anche di intravedere le controversie interne alla Corte. Tuttavia, pur essendo una fonte storica straordinariamente ricca, non sono riconosciute come tale. Bisogna considerare che i principi chiave che regolano i rapporti tra lo stato, la società e gli individui sono fissati nei diritti fondamentali, sia pure in modo molto

astratto. Pertanto, sarebbe il caso di prestare maggiore attenzione al fatto che tutto dipende dal significato che la Corte costituzionale federale, riformulandoli in maniera approfondita, attribuisce ad essi nei casi concreti.

Certamente non è facile prestare attenzione alle sentenze giuridicamente rilevanti che non abbiano suscitato scalpore nell'opinione pubblica, per poi seguirne le ragioni e riconoscerne la portata al di là del caso specifico. Per questo bisogna chiedersi cosa avrebbe potuto attirare l'attenzione degli storici. Un aiuto potrebbe essere il fatto che la facoltà della Corte costituzionale federale di reinterpretare i diritti fondamentali non è stata accettata senza obiezioni. L'interpretazione valoriale dei diritti fondamentali ha ricevuto forti critiche, da destra perché indebolisce lo stato di diritto e da sinistra perché mette in pericolo la democrazia. La discussione tra giuristi può sfuggire agli studi storici, sebbene nomi di spicco come Carl Schmitt, Ernst Forsthoff ed Ernst Wolfgang Böckenförde abbiano avuto un ruolo in essa. Ma la discussione non si è limitata al diritto. Jürgen Habermas aveva sottoposto la giurisprudenza dei valori e il principio di proporzionalità ad un vaglio complessivo.

Le stesse ricostruzioni storiche offrono punti di riferimento che possono rendere più agevole la presa in considerazione delle sentenze. Un esempio è la violenta reazione pubblica al fallimento di numerosi progetti di riforma da parte della coalizione social-liberale dovuta all'azione della Corte di Karlsruhe. La maggior parte dei lavori descrive il carattere ampio e controverso del programma di riforma, ma il ruolo della Corte costituzionale federale viene affrontato solo nel caso dell'aborto e del trattato

concernente la base delle relazioni tra la Repubblica federale e la DDR. Viene completamente trascurata una delle crisi più gravi della giustizia costituzionale, dovuta al fatto che fu la Corte di Karlsruhe a decidere il destino di alcuni progetti di riforma. Le opere danno piuttosto l'impressione che vi sia stato un apprezzamento sempre più forte per la Corte costituzionale federale e la sua giurisprudenza.

Inoltre, tutti i lavori sottolineano che dalla fine degli anni Cinquanta e dall'inizio degli anni Sessanta si è verificato un cambiamento nei valori e una spinta alla liberalizzazione nella società, a cui alcuni autori attribuiscono addirittura un significato epocale. Esso viene spiegato con il superamento della situazione di penuria del dopoguerra e con il ricambio generazionale. Quasi tutti vedono il movimento del '68 come una conseguenza, e non come la causa del cambiamento di valori. Ora sarebbe certamente sbagliato ribattere a ciò affermando che il vero autore di questi cambiamenti fosse stato la Corte costituzionale federale. Ma d'altro canto, non è del tutto inverosimile supporre che vi sia un nesso tra la liberalizzazione sociale e il modo in cui furono interpretate le libertà civili.

Il cambiamento dei valori non è avvenuto senza intoppi. Anzi, ha generato accese controversie, molte delle quali combattute in tribunale, ad esempio sui limiti della libertà di espressione e dei media, della libertà nell'arte, sul diritto di manifestare, ecc. La giurisprudenza dei tribunali fu spesso corretta dalla Corte costituzionale federale in senso liberale. Tuttavia, la Corte costituzionale federale avrebbe potuto anche porsi diversamente. Come dimostra la giurisprudenza dei tribunali specializzati, un diverso modo di pensare rientrava evi-

dentemente nell'ambito delle possibilità giuridiche. Se è vero che la liberalizzazione era stata una tendenza epocale, probabilmente neanche una giurisprudenza più conservatrice della Corte Costituzionale l'avrebbe potuta fermare. Ma sicuramente avrebbe potuto renderla più difficile.

3. *Un auspicio*

Nei lavori storiografici qui esaminati non vi è alcun segno che indichi che la negligenza nel presentare la Legge fondamentale e la giurisprudenza costituzionale sia dovuta alla scelta di non approfondire la storia costituzionale della Repubblica federale. Tutto fa piuttosto pensare ad un problema di percezione. Manca la sensibilità per la rilevanza politica e sociale della costituzione e per il significato che riveste la sua interpretazione e l'applicazione. Come è stato dimostrato, in ogni momento ci sono circostanze ed eventi che sono importanti per la scienza storica ma che non possono essere spiegati adeguatamente senza tenere conto della costituzione. Tuttavia, essi non vengono percepiti o lo sono solo selettivamente. Ciò vale a maggior ragione per la giurisprudenza costituzionale, la cui considerazione è alquanto casuale.

Il problema è stato presentato qui solo in modo frammentario. Ma anche così dovrebbe apparire chiaro l'auspicio per una storia degli effetti della Legge fondamentale, nonché della sua interpretazione e dell'applicazione. Né la scienza giuridica né la scienza storica possono farla da sole. La scienza giuridica ha familiarità con il diritto, ma lo esamina principalmente dal

punto di vista di una interpretazione e applicazione giuridicamente corretta; inoltre, essa dispone di mezzi limitati per chiarirne gli effetti extra-giuridici. La scienza storica ha questi mezzi, ma non ha familiarità con il diritto, per cui le mancano dei fattori che

sono determinanti per i fenomeni che vuole descrivere e spiegare. Una storia degli effetti deve necessariamente essere interdisciplinare.

* Questo articolo è la traduzione italiana, a cura di Ronald Car, di *Verfassungsgeschichte und Geschichtswissenschaft. Grundgesetz und Verfassungsrechtsprechung in der Geschichtsschreibung der Bundesrepublik* pubblicato nel 2023 nel volume *Theorie der Verfassungsgeschichte. Geschichtswissenschaft – Philosophie – Rechtsdogmatik*, Herausgegeben von I. Augsberg und M. W. Müller. Si ringraziano vivamente l'autore, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm e l'editore Mohr Siebeck Tübingen per aver autorizzato la pubblicazione del testo in italiano.

¹ D. Grimm, *Die Verfassung und die Historiker. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes*, München, Beck, 2022, in esso vi sono anche tutti i riferimenti, che quindi non vengono riportati in questo scritto.

² Si tratta delle seguenti opere: la grande ricostruzione di M. Görtemaker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung bis zur Gegenwart*, München, Beck, 1999; E. Wolfrum, *Die geglückte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2006; E. Conze, *Die Suche nach Sicherheit. Eine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis zur Gegenwart*, Berlin, Siedler, 2009; H.A. Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Bd. 2, *Deutsche Geschichte vom „Dritten Reich“ bis zur Wiedervereinigung*, München, Beck, 2000, dal capitolo 2; H-U. Wehler, *Deutsche Gesellschafts-*

geschichte, Bd. 5, *Bundesrepublik und DDR 1949-1990*, München, Beck, 2008; U. Herbert, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, parti IV e V, München, Beck, 2014; i testi di A.M. Birke, *Die Bundesrepublik Deutschland. Verfassung, Parlament und Parteien*, München, Oldenbourg, 1997; nuova edizione a cura di U. Wengst, 2010; R. Morsey, *Die Bundesrepublik Deutschland 1949 bis 1969*, Berlin-Boston, Oldenbourg, 2007; A. Rödder, *Die Bundesrepublik Deutschland 1969 bis 1990*, München, Oldenbourg, 2004; Ch. Henrich-Franke, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung 1949 bis zur Gegenwart*, marix, Wiesbaden, 2019; la breve ricostruzione di M-L. Rekker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, terza ed., München, Beck, 2009; A. Wirsching, *Deutsche Geschichte im 20. Jahrhundert*, terza ed., München, Beck, 2011, capitoli IV-VI; D. Geppert, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, 2021.

³ Si veda nota *.

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et le droit naturel¹

MICHEL TROPER

L'histoire du droit, en particulier l'histoire constitutionnelle, et la théorie générale du droit ont été trop souvent séparées. La théorie du droit, notamment la théorie du droit contemporaine d'orientation positiviste, analyse avant tout des aspects formels du droit, comme sa structure ou son mode de raisonnement spécifique, qui sont généraux et donc indépendants du contexte¹. Elle est donc ahistorique. L'histoire au contraire recherche ce qui dans le droit est dépendant du contexte, c'est-à-dire non sa structure, mais son contenu².

Pourtant, dans les faits, ces deux disciplines dépendent l'une de l'autre, mais sans une conscience critique de cette dépendance. L'histoire constitutionnelle ne peut éviter d'employer d'autres concepts que ceux de l'époque étudiée, des concepts tirés de façon acritique des analyses modernes, comme par exemple «contrôle de constitutionnalité des lois», dont elle est tentée, au risque de l'anachronisme, de chercher l'origine dans le jury constitutionnaire de Sieyès, dans les anciens Parlements, voire

dans le "graphe paranomon" ou bien de décrire les constitutions de la Révolution française à l'aide d'une classification moderne – et fautive – des régimes politiques, fondée sur la séparation des pouvoirs. De leur côté, les théoriciens du droit, sont tentés d'utiliser l'histoire pour produire des concepts à partir de la Révolution française, comme l'a fait par exemple la doctrine allemande du droit public et Carré de Malberg à sa suite, par exemple avec le concept d'organe, mais au risque de la déformation.

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 fournit une bonne illustration de cette interdépendance. La question que posent les juristes modernes, pas seulement les théoriciens, est celle de sa valeur juridique, une question qu'ils traitent à l'aide des critères habituels: la déclaration et les droits qu'elle garantit trouvent ils leur fondement dans le droit naturel ou sont-ils l'expression de la volonté de ceux qui l'ont adoptée? La Déclaration constitue-t-elle le fondement de la validité de la constitution et des lois?

Mais tout cela présuppose des concepts de nature et de droit naturel, du rôle de la volonté dans le droit, une idée de la hiérarchie des normes ou du critère de la validité, qui sont parfaitement pertinents pour l'analyse des systèmes juridiques modernes, mais qui n'étaient pas ceux du 18^{ème} siècle.

En revanche, si l'on analyse les contraintes argumentatives qui ont pesé sur l'Assemblée nationale constituante, on peut espérer contribuer à une meilleure compréhension non seulement des concepts de l'époque, mais aussi de certains aspects, négligés par la théorie du droit contemporaine, du mode de raisonnement des juristes modernes.

Si cette théorie, spécialement la théorie d'inspiration positiviste, s'attache exclusivement à une analyse formelle du droit, c'est qu'elle se veut générale, c'est-à-dire qu'elle doit valoir comme analyse du droit positif non pas de tel ou tel pays, de telle ou telle époque ou de telle ou telle branche du droit, mais de tous les systèmes juridiques. Or, ce qui apparaît commun à tous les systèmes, c'est seulement la forme, tandis que le fond varie considérablement d'un système à l'autre. Ce courant théorique a donc délaissé les grandes questions qui occupaient les vieilles doctrines et qui touchaient au fond du droit, comme la famille ou la propriété et les questions jugées métaphysiques. Parmi ces questions, celle des fondements des droits de l'homme³.

Il est permis de regretter ce rejet, au regard même des buts de la théorie du droit et de la conception qu'elle se fait de la science du droit. Comme toute science, elle entend décrire son objet et cet objet est le droit. Mais le droit qu'il faut décrire, c'est le droit tel qu'il existe, c'est-à-dire tel qu'il est pra-

tiqué. Or, si l'on observe la manière dont raisonnent effectivement les juristes praticiens, les juges et les avocats en particulier, il faut constater qu'ils ne se contentent pas de raisonner en termes de hiérarchie des normes et qu'ils se gardent bien de négliger le fond du droit. Ils traitent bien de la famille ou de la propriété, et même ne peuvent éviter, bien que ce ne soit pas toujours explicite, de faire appel au droit naturel.

La question des fondements des droits de l'homme paraît en être un bon exemple. On dit qu'elle ne se pose pas parce qu'il suffirait de constater que ces droits sont proclamés et garantis par des textes nombreux, depuis les déclarations française et américaine du 18^{ème} siècle jusqu'aux déclarations internationales du 20^{ème}. La question de savoir s'ils trouvent ou non leur fondement dans le droit naturel serait donc parfaitement indifférente.

Il est pourtant fréquent que les textes constitutionnels invoquent le droit naturel ou l'autorité religieuse et que les tribunaux appliquent et interprètent les lois à la lumière de ces textes et, ce faisant, qu'ils invoquent eux-mêmes certains concepts du droit naturel. Qu'on pense à la dignité de la personne humaine.

Peu importe que le droit naturel n'existe pas, dès lors que ce mode de raisonnement existe en fait, la science du droit se doit d'en rendre compte, c'est-à-dire d'expliquer pourquoi les juristes ne peuvent l'éviter.

C'est-ce que l'analyse de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen devrait permettre d'éclairer. Je vais donc tenter de montrer d'abord que le texte de 1789 est bien une déclaration des droits, qu'elle renvoie bien à la nature et que le concept de nature est analogue au concept de na-

ture invoqué par les théories esthétiques de l'époque, puis que la construction de ce concept est le fruit de certaines contraintes argumentatives qui pèsent aussi sur le droit moderne.

- La Déclaration et la nature
- La construction du droit naturel : la fonction de justification.

La Déclaration et la nature

Dans la théorie juridique et politique française, deux interprétations de la Déclaration des droits se sont longtemps opposées : était-ce, comme son nom l'indique, une déclaration de droits ou dérivés de la nature ou au contraire l'expression de la volonté de ses auteurs correspondant à des préférences politiques et dans ce cas avait-elle valeur de droit positif?

On peut montrer que la controverse et son déroulement s'expliquent en grande partie par le contexte historique des 19^{ème} et 20^{ème} siècles et le développement de la jurisprudence administrative et surtout constitutionnelle. Quand des arguments historiques ont été mobilisés, c'était avant tout pour servir à une justification de l'état du droit positif du moment. Il faut donc analyser cette controverse avant de revenir à la conception que l'on se faisait de la déclaration en 1789 et de montrer qu'ils ne concevaient pas les droits comme des normes exprimant des volontés humaines, mais bien comme des droits inscrits dans la nature de l'homme, une conception liée non aux doctrines du droit naturel, mais aux théories esthétiques des Lumières.

A. La controverse

On a soutenu longtemps en France que la Déclaration avait le caractère d'une proclamation philosophico-politique sans valeur juridique, puis, plus récemment, qu'elle avait bien valeur de droit positif.

Comme la déclaration n'a pas de réalité empirique que l'on pourrait observer et décrire objectivement, une controverse de ce genre ne peut être tranchée facilement, mais elle peut avoir une grande portée politique et pratique. Si la déclaration n'est que l'expression d'une idéologie ou un programme politique, elle n'intéresse pas le juriste. Si elle a valeur juridique, alors elle s'impose aux organes de l'État, l'administration, les tribunaux, voire au législateur. Il se peut aussi qu'elle ait été voulue comme un texte juridique, mais que le droit positif n'ait pas su reconnaître cette valeur, auquel cas on peut en tirer argument pour recommander que le droit positif en tire toutes les conséquences, par exemple en instituant un contrôle de constitutionnalité des lois.

On a donc recherché ce que les auteurs de la Déclaration avaient fait ou entendu faire, mais une telle recherche de l'intention par l'analyse du texte et des débats ne peut que déboucher sur des interprétations contradictoires. A vrai dire, comme il arrive souvent, le regard qu'on porte rétrospectivement sur les institutions du passé dépend du moment et des besoins pratiques. L'interprétation de la Déclaration de 1789 ne fait pas exceptions, et a beaucoup varié. En fonction des nécessités de l'argumentation.

En France, elle a longtemps été traitée par le droit positif, c'est-à-dire par la jurisprudence, comme sans portée juridique et cela jusqu'en 1971. Jusqu'à cette date, les

tribunaux ne contrôlaient pas la validité des lois par rapport à la Déclaration et ne pouvaient d'ailleurs pas le faire dès lors que leur rôle, défini par la loi des 16 et 24 août 1790 et les articles 5 et 6 du code civil, était limité à l'application des lois. Cette limitation découlait bien sûr directement de l'idée que la loi était l'expression de la volonté générale et que contrôler les lois serait usurper le rôle du législateur et se dresser contre la volonté souveraine du peuple. Appliquer une Déclaration conçue comme un rappel du droit naturel aurait été passible de forfaiture.

La Déclaration n'avait donc aucune valeur juridique et il fallait la comprendre comme la simple manifestation de l'idéologie des constituants qui adhéraient à la doctrine du droit naturel et proclamaient un idéal pour le législateur futur. Cet idéal était d'ailleurs partagé par les constituants républicains. Ils pouvaient proclamer les droits de l'homme de 89 et les compléter conformément aux idéaux de leur époque, ce qu'ils ont fait dans le Préambule de la constitution de 1946, mais n'ont pas entendu lier par ces textes les pouvoirs législatif ou judiciaire. Si les droits de l'homme pouvaient être garantis par le droit positif, ce ne pouvait être que par la loi. Dans les facultés de droit françaises, d'ailleurs, on n'enseignait pas les droits de l'homme, mais les libertés publiques, c'est-à-dire seulement des règles législatives et jurisprudentielles.

La situation a changé avec la Vème République quand la constitution de 1958 a institué un Conseil constitutionnel avec un pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois. Ce pouvoir était certes limité, mais la grande rupture – on a même parlé de révolution – est intervenue en 1971, lorsque le Conseil constitutionnel a décidé qu'il

avait le pouvoir de contrôler la conformité des lois non seulement aux articles numérotés de la constitution mais aussi à son préambule et à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen à laquelle renvoie le dit préambule.

Désormais, si le Conseil constitutionnel et d'autres juridictions à sa suite appliquent la Déclaration de 1789, ce ne peut être que parce qu'elle fait partie du droit positif, ce que les constitutionnalistes s'efforcent de prouver au moyen de différents arguments⁴.

Le principal est tiré du texte de la constitution de 1958, sur lequel s'est fondé le Conseil constitutionnel en 1971:

Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789.

Aussi, malgré son titre, la Déclaration de 1789, serait donc bien l'expression de la volonté du peuple souverain, celui de 1958. D'ailleurs, le Préambule est bien inscrit comme un intertitre sous le titre général «Constitution».

À cela, on a tenu à ajouter des arguments historiques pour tenter de montrer que dès 1789 et malgré son titre, la Déclaration était bien conçue comme une partie du droit positif et même de la constitution.

D'ailleurs, comme celle de 1958, certaines éditions de la constitution de 1791 ne font-elles pas figurer la Déclaration sous le titre même de «Constitution»? La conclusion logique, que, les révolutionnaires n'auraient hélas pas su ou pas osé tirer, mais à laquelle le Conseil constitutionnel serait lui heureusement parvenu, était que le contrôle de constitutionnalité des lois était impliqué par la Déclaration⁵.

Au demeurant, dit-on, le contenu de la Déclaration est bien loin de la « véritable » doctrine du droit naturel, celle de Pufendorf, de Grotius et de Wolff et la référence au droit naturel n'est qu'une tactique visant à masquer le véritable caractère de l'opération, la manifestation d'une volonté politique⁶.

Il est incontestable que la déclaration n'a pas de rapport avec la prétendue « véritable » doctrine du droit naturel, mais il n'est pas vrai que les constituants aient produit du droit positif, ni que les références au droit naturel aient été un masque. En effet, ils n'ont pas produit de normes, encore moins des normes juridiques et, bien que ce ne soit pas celle qu'on prétend « véritable », ils se sont bien inspirés d'une doctrine du droit naturel.

B. *Pas des normes*

Certes ce n'est pas non plus celle qu'on appelle aujourd'hui souvent jusnaturaliste, c'est-à-dire la doctrine selon laquelle il y aurait au-dessus du droit positif, issu de volontés humaines, un ensemble de normes qui, elles, n'auraient pas été produites par l'homme, objectives et connaissables par la raison et auxquelles le droit positif devrait se conformer sous peine de perdre sa validité. La critique du droit naturel qu'en font ses adversaires positivistes, notamment Kelsen, est précisément dirigée contre cette conception. Mais, rares sont en réalité les auteurs, qui professent une pareille doctrine⁷. On peut sans doute citer Radbruch, mais il est certain que cette conception n'est pas du tout celle des hommes de 1789.

Les principes énoncés dans la Déclara-

tion ne sont en effet pas des normes et ils ne sont nullement destinés à constituer le fondement de validité des normes juridiques.

Que les principes ne sont pas des normes juridiques, les constituants le proclament expressément. Ainsi, Sieyès écrit dans le préambule de son premier projet

une Déclaration des droits du citoyen n'est pas une suite de lois, mais une suite de principes...[dont il faut établir la vérité]⁸.

Des termes repris par d'autres, tout au long de la Révolution. C'est notamment le cas de Boissy d'Anglas dans le discours préliminaire prononcé à la Convention au nom de la Commission des Onze, le 5 messidor an III.

Cette déclaration, dit-il, n'est pas une loi, et il est bon de le répéter, mais elle doit être le recueil de tous les principes sur lesquels repose l'organisation sociale : c'est le préambule nécessaire de toute constitution libre et juste; c'est le guide des législateurs⁹.

Il y a d'ailleurs une raison politique puissante pour refuser que les principes soient des normes positives. La première question après le vote de la Déclaration est de savoir s'il faut la soumettre à la sanction du roi, comme on doit le faire pour les décrets législatifs. S'il s'agissait d'une loi, alors le roi devrait joindre sa volonté à celle de l'Assemblée nationale, mais la réponse est immédiatement négative, parce que comme le dit Barrière de Vieuzac le 5 octobre,

les droits des hommes sont antérieurs à ceux des monarques; ils furent toujours indépendants des trônes. La Déclaration des droits ne doit être que publiée par le roi¹⁰.

En 1795, on invoquera une autre raison politique : si la Déclaration était une loi,

les citoyens pourraient s'en prévaloir et ce serait l'anarchie. C'est pourquoi un député proposera même de dire expressément que

la Déclaration des droits et des devoirs n'est pas une loi. Elle doit être uniquement considérée comme la base du pacte social¹¹.

La déclaration n'est donc qu'un ensemble de principes. Aujourd'hui, on appelle «principes» un ensemble de prescriptions, écrites ou non, qui diffèrent des règles par plusieurs aspects, leur degré de généralité, le fait que contrairement aux règles, qui sont valides ou non, qui s'appliquent ou non, leur application est susceptible de degrés, qu'ils peuvent prévaloir sur une règle même récente et qu'on peut les mettre en balance¹². Certains considèrent que les principes juridiques sont de nature morale, mais, quelles que soient leurs différences, les principes et les règles sont deux espèces du genre «norme» ou «prescription», c'est-à-dire comme des propositions qui, contrairement aux propositions indicatives sont insusceptibles d'être vraies ou fausses, mais seulement valides ou non valides au regard d'une norme supérieure, suivies ou non.

Or, les principes contenus dans la Déclaration, on ne cesse de le proclamer, sont «vrais», c'est-à-dire que ce sont non des normes, mais des propositions indicatives ou des jugements de fait. Non seulement ce ne sont pas des normes, mais, comme on ne peut pas dériver une prescription d'une proposition indicative, ces principes ne pourraient en aucun cas constituer un fondement de validité pour des normes.

On objectera peut-être que, même si on la fait souvent remonter à Hume cette distinction entre propositions indicatives et propositions normatives ou jugements

de fait ou jugements de valeur, pouvait être ignorée des constituants de '89 qui auraient cru pouvoir qualifier des normes de vraies, puis, de ces normes, inférer d'autres normes¹³.

Mais alors dans quel sens les principes énoncés dans la Déclaration pouvaient-ils être conçus comme des propositions indicatives «vraies»? Il faut ici distinguer d'une part les énoncés qui se présentent comme des jugements de fait, qui sont logiquement susceptibles d'être vrais ou faux, comme par exemple

«Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits» ou «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme»

et d'autre part celles qui ont la forme prescriptive comme

La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société,

qui ne peuvent être vraies ou fausses, mais qu'on peut lire en présupposant un jugement de fait

il existe un principe selon laquelle la loi n'a le droit de défendre...

Dans les deux cas, donc, les principes sont des jugements de fait et non des normes et les auteurs de la Déclaration les tiennent pour vrais s'ils correspondent à la nature. Ils considèrent en effet que les principes ont une existence objective antérieure à la Déclaration. Ce sont les lois de la nature qui donnent des droits aux hommes, ainsi qu'il est dit dans la déclaration d'indépendance américaine

il devient nécessaire pour le peuple de prendre, parmi les puissances de la Terre, la place séparée et égale à laquelle les lois de la nature et du Dieu de la nature lui donnent droit.

De même, le préambule de la déclaration de 1789 se présente comme un *rappel* des droits naturels qui ont été ignorés, oubliés ou méprisés.

La nature qui contient ces principes n'est évidemment pas le monde physique. L'auteur de l'entrée «droit naturel» de l'encyclopédie, Jaucourt, faisant l'éloge de Burlamaqui, l'introducteur de Puffendorf, écrit

Dans la première partie, qui concerne les principes généraux du droit, après avoir défini le droit naturel, il cherche les principes de cette science dans la nature & l'état de l'homme.

La nature, c'est seulement la nature humaine. Il ne fait aucune référence aux animaux. Encore ne s'agit-il pas principalement de la nature biologique de l'homme, mais surtout de ses désirs et de ses sentiments.

De même, l'auteur de l'article «droit des gens», Boucher d'Argis, faisant lui aussi l'éloge de Puffendorf, écrit qu'il

cherche d'abord la source du droit naturel & des gens dans l'essence des êtres moraux ... Il appelle êtres moraux certains modes que les êtres intelligens attachent aux choses naturelles ou aux mouvemens physiques : en vûe de diriger & de restreindre la liberté des actions volontaires de l'homme, & pour mettre quelqu'ordre, quelque convenance & quelque beauté dans la vie humaine.

La nature dont les lois déterminent le droit naturel est donc bien d'ordre moral. Le même Boucher d'Argis écrit d'ailleurs à l'article «droit naturel» que

Le droit n'est proprement autre chose que la science des mœurs qu'on appelle morale.

Diderot, dans un autre article «droit naturel», ne dira pas autre chose:

De ces idées générales que l'on vient de donner sur le droit naturel, il résulte que ce droit n'est proprement autre chose que la science des mœurs qu'on appelle morale; c'est la morale universelle, indépendante de tout culte particulier, de toute législation particulière. C'est la morale commune à tous les temps, à tous les lieux, à tous les peuples.

Mais, comme la morale tend au bien et que le bien et le beau sont une seule et même chose, le droit, la morale et les théories du beau des Lumières présupposent la même conception de la nature. Parmi beaucoup d'autres, Rousseau souligne cette identité:

J'ai toujours cru que le bon n'était que le beau mis en action, que l'un tenait intimement à l'autre, et qu'ils avaient tous deux une source commune dans la nature bien ordonnée¹⁴.

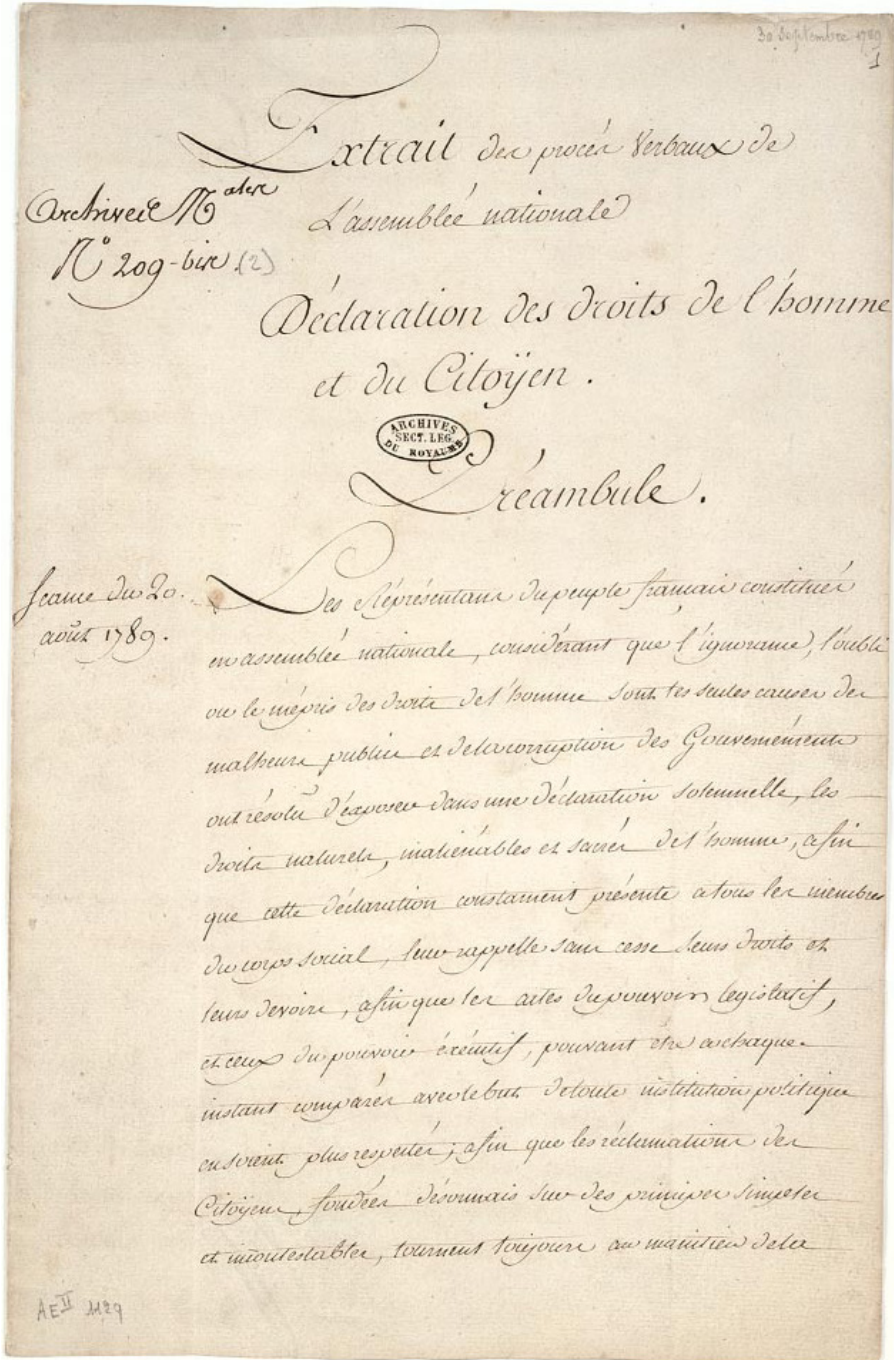
Dire que les droits sont fondés dans la nature, c'est dire qu'ils sont fondés dans la nature humaine et les émotions communes. C'est bien pourquoi les droits sont universels. Ainsi, pour La Fayette, l'un des premiers à proposer de faire une Déclaration des droits.

La Déclaration des droits a pour mission de rappeler les sentiments que la nature a gravés dans le cœur de chaque individu

et de même pour Champion de Cicé:

la Déclaration des droits n'a pas pour objet d'imprimer à des vérités premières une force qu'elles tiennent de la morale et de la raison; qu'elles tiennent de la nature, qui les a déposées dans tous les *cœurs* auprès du germe de la vie... donc seulement les rendre présents à nos yeux et à notre pensée¹⁵.

Ces émotions communes viennent de l'aspiration de tous les hommes au bonheur, de sorte que comme l'écrit Mercier,



Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Page 1, Archives Nationales

l'ordre des devoirs et des droits réciproques dans l'établissement est nécessaire à la plus grande multiplication possible des productions, afin de procurer au genre humain la plus grande somme possible de bonheur et la plus grande multiplication possible des richesses¹⁶.

Pourtant, de même que l'art ne consiste pas à imiter servilement la nature, car elle n'est pas toujours belle, mais seulement la belle nature, c'est-à-dire la nature telle qu'elle devrait être, autrement dit une nature reconstruite, de même la Déclaration des droits ne vise pas à satisfaire toutes les aspirations des hommes, mais celles qu'ils devraient avoir¹⁷. Boissy d'Anglas le dira expressément: Il faut régénérer la nation et l'un des procédés pour y parvenir est de développer les arts,

«On ne peut pas plus se contenter de notre sublime Déclaration des droits que les musulmans du coran, sous prétexte qu'il contient d'immortels principes... ». Le législateur, «comme la divinité, va régénérer et embellir la nature»¹⁸.

Telle est précisément l'ambition de la Déclaration: régénérer la nation pour la rendre conforme à la nature.

Mais il y a entre les arts et la législation d'un peuple libre une relation à double sens: les arts participent à la régénération, mais un régime de liberté fera fleurir les arts. C'était précisément l'idée de Condorcet: la liberté a besoin des lumières, donc des arts, mais les arts ont besoin de la liberté¹⁹. C'est-ce qui explique que les arts se soient épanouis à Athènes qui jouissait de la liberté, mais notre époque qui va établir une liberté nouvelle, verra s'accomplir dans les arts des progrès supérieurs. Il est peut-être plus difficile de comprendre qu'ils aient pu fleurir sous les despotes, mais on explique néanmoins que le sentiment du beau est universel et que, parmi les œuvres héritées de l'Ancien Régime, on

peut faire un tri et conserver celles qui n'offensent pas ce sentiment.

Si les arts et les droits, notamment la liberté sont dans cette relation mutuelle, c'est qu'il y a de grandes similitudes. Ils puisent également dans la nature et dans une nature reconstruite, mais ils se ressemblent aussi dans la manière de connaître, de reconnaître et de reconstruire la belle nature ou une nature propre à une société bien ordonnée et c'est aussi que, dans les deux cas, cette reconstruction présuppose une hiérarchie des talents.

Dans les deux cas, la connaissance de la nature résulte avant tout de l'évidence, définie comme «une certitude à laquelle il nous est aussi impossible de nous refuser qu'il nous est impossible d'ignorer nos sensations actuelles»²⁰.

Dans le discours du droit, l'évidence est non seulement l'instrument qui permet de connaître les principes du droit naturel, c'est aussi le critère, qui distingue le droit naturel du droit positif. Comme l'écrit Quesnay, «Le droit naturel des hommes diffère du droit légitime ou du droit décerné par les loix humaines, en ce qu'il est reconnu avec évidence par les lumières de la raison»²¹. C'est précisément cette idée qu'exprime la déclaration d'indépendance américaine

Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes: tous les hommes sont créés égaux; ils sont doués par le créateur de certains droits inaliénables²².

Mirabeau ne dit pas autre chose:

une Déclaration des droits, si elle pouvait répondre à une perfection idéale, serait celle qui contiendrait des axiomes tellement simples, évidents et féconds en conséquences qu'il serait impossible de s'en écarter sans être absurde, et qu'on en verrait sortir toutes les constitutions²³.

Ce terme d'axiome est-ce qui permet de considérer que les principes sont vrais, évidemment vrais. Dans son sens du 18^{ème}, il ne s'agit pas de propositions hypothétiques destinées à servir de point de départ à un raisonnement, mais de jugements spontanément perçus comme vrais, parce qu'ils résultent d'un sentiment commun à tous les hommes, et qui sont donc liés à la nature humaine.

L'évidence révèle ainsi qu'il existe un certain ordre, conforme aux caractéristiques naturelles de l'homme en général, et qu'il est parfois malaisé de distinguer de l'état de nature. Cet ordre, indépendant des conditions de temps et de lieu, est dévoilé par la raison, tiré par elle de la nature de l'homme²⁴.

Il en va de même du goût. A l'entrée «goût» de l'Encyclopédie, Voltaire écrit que:

la métaphore qui exprime par le mot goût le sentiment des beautés & des défauts dans tous les arts: c'est un discernement prompt comme celui de la langue & du palais, & qui prévient comme lui la réflexion

Sans doute, le recours à l'évidence ne va pas sans poser quelques problèmes²⁵. Il a une fonction rhétorique qu'il remplit imparfaitement parce que ce qui est évident pour les uns ne l'est pas pour les autres. Jefferson l'admet d'ailleurs implicitement puisqu'il écrit «we hold these truths...». D'ailleurs au cours des débats sur la Déclaration des droits, on retranche le mot *évidemment* de l'article 5 qui était d'abord rédigé ainsi «La Loi n'a le droit de défendre que les actions évidemment nuisibles à la Société», parce qu'on craint que les citoyens ne contestent les lois dont ils prétendraient qu'elles défendent des actions qui, à leurs yeux, ne seraient pas évidemment nuisibles²⁶.

L'appel à l'évidence se heurte donc rapidement, comme pour la vérité du droit naturel, à la variété des opinions et des goûts. C'est que le beau, la belle nature, n'est pas une qualité inhérente aux objets. C'est nous qui les trouvons beaux.

Il n'est toutefois pas impossible de concilier la relativité des perceptions de ce qui est évident et l'universalisme du droit naturel, comme on le fait pour la variété des langues ou les différences de goût en invoquant «le plan magnifique de la variété de la nature», parce que, comme la nature est variée, les différences de goût reflètent la nature elle-même²⁷.

On peut aussi retrouver une certaine homogénéité des goûts. Nous avons des goûts communs comme le sont nos jugements moraux, parce qu'ils sont fondés sur des émotions et que celles-ci viennent de la nature humaine, commune à tous les hommes²⁸. La communauté des goûts peut aussi provenir de l'éducation. Diderot dira que c'est l'interaction entre les hommes qui crée cette communauté ou comme le dit aussi Voltaire, il y a un bon goût qui

se forme par l'étude de la belle nature» et il peut alors se répandre. «Le goût se forme insensiblement dans une nation qui n'en avoit pas, parce qu'on y prend peu à peu l'esprit des bons artistes; et cet esprit se répand ensuite dans toutes les classes de citoyens.

Mais qui sont les bons artistes? ceux qui imitent la nature conformément aux règles, mais d'où viennent les règles? Si le goût s'acquiert, il faut bien qu'il y ait des standards, et ceux-là ne peuvent venir des artistes ordinaires, mais seulement peuvent venir que du génie, ce talent particulier qui permet de découvrir l'évidence avant les autres. Les hommes de génie ne sont pas ceux qui appliquent les règles, mais ceux qui les créent,

ce sont ceux qui possèdent un don particulier pour discerner la belle nature.

L'étendue de l'esprit, la force de l'imagination, & l'activité de l'âme, voilà le génie. ... L'homme de génie est celui dont l'âme plus étendue frappée par les sensations de tous les êtres, intéressée à tout ce qui est dans la nature, ne reçoit pas une idée qu'elle n'éveille un sentiment, tout l'âme & tout s'y conserve²⁹.

Kant écrira de même

Le génie est le talent (don naturel) qui donne la règle à l'art. Puisque le talent, en tant que faculté productive innée de l'artiste, appartient lui-même à la nature, on pourrait aussi s'exprimer ainsi: le génie est la disposition innée (*ingenium*) par laquelle la nature donne la règle à l'art.³⁰

Cette idée d'une hiérarchie entre le génie et le talent, universellement acceptée dans le domaine de l'art, éclaire aussi le rapport entre la Déclaration des droits et les lois.

Nous sommes habitués à penser la hiérarchie sur le modèle de la hiérarchie militaire ou de la hiérarchie des normes, selon laquelle le supérieur ordonne et le subordonné exécute. Mais. Il s'agit ici d'un autre type de hiérarchie et il ne faut pas prendre ce terme dans le sens qu'il a dans la théorie du droit: une relation telle qu'en cas de conflit entre une norme supérieure et une norme inférieure ou un acte quelconque, le second doit être sanctionné, par exemple être invalidé. Dans le domaine de l'art évidemment, rien de tel n'est concevable, mais on peut donner à ce terme de hiérarchie un sens plus général: le génie a une valeur plus grande: c'est lui qui crée les règles que d'autres, avec un talent ordinaire, appliqueront mais qu'un génie ultérieur pourra éventuellement transgresser pour fonder de nouvelles règles.

L'enseignement que reçoivent les artistes consiste dans la transmission de ces règles. Ils pourront ensuite les appliquer et c'est en cela que consistera leur talent, mais s'ils ne les appliquent pas ou les appliquent mal, on ne parlera pas de violation et ils n'auront commis aucune transgression, tout au plus un mauvais tableau ou une mauvaise sculpture. Il se peut même qu'en bouleversant les règles, ils aient fait comme Werther la preuve de leur génie et créé des règles nouvelles³¹.

Entre la Déclaration des droits et la constitution ou la loi, c'est une hiérarchie du même type. Rousseau utilise d'ailleurs ce même vocabulaire à propos du législateur, qui ne se confond pas avec le titulaire du pouvoir législatif – celui-là, c'est le souverain lui-même – mais qui est celui qui organise les institutions, comme Moïse ou Solon:

s'il est vrai qu'un grand Prince est un homme rare, que sera-ce d'un grand Législateur? Le premier n'a qu'à suivre le modèle que l'autre doit proposer. Celui-ci est le mécanicien qui invente la machine, celui-là n'est que l'ouvrier qui la monte et la fait marcher³².

Mais il n'y a de génie que dans le cas d'une création radicalement nouvelle.

«Pierre (le grand) avoit le génie imitatif; il n'avoit pas le vrai génie, celui qui crée & fait tout de rien»³³.

Ainsi, le législateur organise les institutions, mais il n'est pas en position hiérarchique. Il dessine des institutions, mais n'intervient pas dans l'exercice du pouvoir et n'habilite même pas ceux qui l'exerceront (le peuple) et ce qu'il ne fait ne sert même pas de standard pour évaluer la volonté et déterminer si elle est bien la volonté générale.

La hiérarchie entre la déclaration d'une part, la constitution et la loi de l'autre est du même type. La Déclaration des droits n'est pas supérieure aux lois ou à la constitution. Une loi contraire ne perd pas sa validité. Mais la Déclaration des droits inspire et guide. Et tel est bien le rôle du droit naturel. Ce n'est pas un fondement de validité, mais c'est un outil de justification irremplaçable. Et c'est bien cette fonction qui a rendu nécessaire la construction d'une forme de jusnaturalisme qui persiste dans les systèmes de droit contemporains.

L'irréductible droit naturel

La construction d'une doctrine des droits naturels de l'homme et sa persistance s'explique par une même contrainte argumentative liée au besoin de justification ; dans un système normatif, chaque proposition est justifiée par une autre plus générale et de valeur plus élevée, mais la proposition la plus élevée ne peut être justifiée de la même manière puisque, par hypothèse, il n'existe pas dans le système de proposition plus élevée et l'on ne peut plus donner de justification sans faire appel à une proposition méta systémique. C'est cette contrainte qui conduit à concevoir une Déclaration des droits pour sortir du paradoxe du pouvoir constituant et qui explique aussi les avatars du jusnaturalisme dans le discours juridique contemporain.

C. Le paradoxe

En 1789, L'Assemblée nationale s'apprête à rédiger une constitution. Mais de quel droit? les députés se proclament représentants du peuple français et font donc une constitution en son nom, mais de quel droit le peuple français peut-il faire une constitution?

La réponse des constitutions modernes n'est guère satisfaisante. Nombreuses sont celles qui proclament que la souveraineté appartient au peuple ou à la nation. Mais là est justement le paradoxe: si le peuple est souverain en vertu de la constitution, il ne peut pas avoir fait la constitution qui l'habilite et il n'est d'ailleurs pas véritablement souverain parce que, comme le dit la constitution italienne, il n'exerce son pouvoir que «dans les limites de la constitution». Ou en d'autres termes, la constitution qui institue le peuple comme souverain, a elle-même été faite au nom du peuple souverain, mais de quel droit celui-ci a-t-il fait la constitution?

La fameuse théorie de la norme fondamentale de Hans Kelsen représente une tentative fructueuse pour sortir du paradoxe. Un juriste quel qu'il soit, dit Kelsen, s'il tient pour valide une norme juridique quelconque, un acte administratif, un jugement ou un contrat, doit nécessairement supposer que cette norme trouve son fondement dans une norme supérieure, elle-même valide, par exemple le contrat dans une loi, la loi dans la constitution. Si la norme supérieure n'était pas elle-même valide, elle ne serait pas apte à servir de fondement à une autre norme. Mais en montant ainsi, de degré en degré, dans la hiérarchie du système juridique, on en arrive à la constitution, qui ne peut trouver

elle-même son fondement dans une norme encore supérieure. Le juriste est alors face à un dilemme : ou bien la constitution n'est pas une norme, mais un simple fait. Or un fait n'est pas obligatoire et ne peut fonder la validité de la loi, qui, alors n'est pas non plus une norme etc. Ou bien, il lui faut supposer qu'elle est une norme obligatoire. Ce présupposé est la norme fondamentale. Cette norme fondamentale n'a pour contenu que «on doit obéir à la constitution» ou, dans une meilleure formulation, «la constitution est une norme valide», mais elle ne prescrit pas de donner à la constitution un certain contenu.

Bien évidemment, une telle norme fondamentale n'existe pas. Malgré certaines formulations de Kelsen, elle ne prescrit rien, même pas d'obéir à la constitution. C'est simplement une hypothèse ou plutôt un présupposé nécessaire, sans lequel on ne pourrait tenir aucune norme pour valide, une fiction au sens de *Vaihinger*³⁴. Ce n'est même pas une hypothèse que le juriste forme consciemment, mais un présupposé inconscient. Kelsen dit même expressément que sa théorie n'a pour fonction que d'amener ce phénomène à la conscience.

Cependant, la théorie de la norme fondamentale n'est qu'en partie satisfaisante. Elle répond certes à la question du fondement de validité de la norme supérieure du système, mais se heurte à plusieurs objections. La principale est qu'elle n'est qu'un présupposé et, contrairement aux autres normes, elle ne peut servir de standard pour mesurer la validité des normes inférieures. Une constitution ne peut être jugée contraire à la norme fondamentale. Elle ne peut non plus, puisqu'elle n'a pas de contenu, servir à justifier le contenu des règles énoncées dans la constitution.

Elle a cependant le grand mérite de faire comprendre qu'on ne peut pas se passer d'un principe méta systémique³⁵. Pourtant, même si les auteurs de la Déclaration des droits avaient pu la connaître, elle n'aurait été pour eux d'aucune utilité parce qu'elle n'a pas de contenu, qu'elle consiste seulement dans l'affirmation que la constitution est une norme valide et qu'elle n'habilite pas le peuple à produire une constitution

Mais il faut tout de même comprendre comment il peut produire une constitution sans y être habilité. La réponse est simple : nul besoin d'une habilitation si le peuple est souverain par nature, comme l'était le roi, c'est-à-dire *suo jure*. Le recours au droit naturel résulte donc bien d'une nécessité logique.

D. *Comment il subsiste: le droit naturel et la fonction de justification*

On a rappelé les arguments positivistes contre le jusnaturalisme : notamment l'absence de principes universels ou l'impossibilité de dériver d'un *Sein* un *Sollen*. C'est un fait que les hommes mentent, mais on ne peut pas en conclure qu'ils ne doivent pas mentir ou au contraire que le mensonge est parfaitement licite. Donc pour des raisons logiques, le droit naturel ne peut pas servir de fondement de validité et une norme positive contraire au droit naturel ne perd pas sa validité. C'est pourquoi le droit positif ne peut être limité.

Il faut cependant distinguer deux fonctions du droit naturel. Outre celle de servir de fondement de validité, il y a une fonction de justification.

Or, c'est un fait que les juristes invoquent de façon plus ou moins ouverte le droit naturel non pas pour faire dépendre la validité du droit positif de quelque principe de droit naturel, mais pour justifier l'affirmation que des normes doivent recevoir ou ne doivent pas recevoir tel ou tel contenu supposé présent dans le droit naturel.

Dans sa critique du droit naturel, Kelsen l'envisage seulement dans sa prétention à être le fondement de validité du droit positif et il est en effet certain qu'il ne peut jamais l'être. Même s'il arrive qu'une norme juridique positive ordonne de considérer comme valide une règle conforme au droit naturel et comme nulle une norme contraire au droit naturel, le droit auquel les normes devront se conformer ne sera pas le droit naturel mais seulement le droit positif.

En revanche, Kelsen néglige entièrement la fonction de justification³⁶. C'est que la Théorie pure du droit vise à décrire ce qu'il appelle un *Sollen* objectif. Le droit est un système de normes objectivement valides, c'est-à-dire obligatoires – les deux termes sont pour lui synonymes – et elles ne sont valides que si elles ont été produites par une autorité habilitée et selon la procédure prescrite par une norme supérieure. Sans doute, la norme supérieure peut-elle prescrire de donner à la norme inférieure un certain contenu, mais même si celle-ci a un contenu contraire, elle ne perd pas sa validité tant qu'elle n'aura pas été annulée par une autre autorité compétente, par exemple une juridiction. Kelsen écrit clairement qu'il ne peut pas y avoir de norme nulle, ce qui serait une *contradictio in adjecto*. Il y a seulement des normes annulables.

Le contenu est donc purement contingent. Tandis que la structure for-

melle et les conditions de validité caractérisent tous les systèmes de droit positif, le contenu des normes dépend de la volonté et des préférences des hommes. Le droit positif est donc apte à recevoir n'importe quel contenu.

Quant à la science du droit, qui doit seulement décrire le droit positif, elle ne doit décrire que des normes valides, valides parce qu'elles remplissent les conditions de validité prescrites par les normes supérieures. Cela entraîne une conséquence importante : le raisonnement des juristes, leur mode d'argumentation, n'est appréhendé que lorsqu'il a pour objet la recherche d'un fondement de validité et l'appel au droit naturel, qui est en réalité fréquent, ne peut être considéré par la science du droit que comme hors de propos, comme pourrait l'être l'invocation de convictions religieuses ou morales.

Mais la réalité du travail des juristes est toute différente. La recherche d'un fondement de validité n'en est qu'une partie et pas la plus importante. Ils donnent aussi un contenu aux normes qu'ils produisent ou qu'ils recommandent de produire et il leur faut justifier leurs décisions, parfois parce que, comme pour les juges, cela leur est prescrit, mais dans de nombreux autres cas parce qu'il serait socialement ou politiquement difficile de les faire accepter en se bornant à la formule du roi d'Ancien Régime « tel est notre plaisir ». Il leur faut donc justifier en présenter leur décision comme cohérente avec un principe plus général³⁷. Il n'est évidemment nullement nécessaire que ce principe soit un principe juridique. On rencontre même fréquemment des décisions justifiées par l'affirmation de leur utilité pratique ou une référence à des principes moraux ou religieux.

Quand on se réfère au droit naturel afin de justifier une décision, il n'est nullement nécessaire qu'il soit conçu comme un ensemble de normes prétendument découvertes dans la nature, c'est-à-dire déduites de jugements de réalité et dotées d'une valeur supra positive comme un ensemble de normes. Il suffit que l'on puisse lui donner une apparence d'objectivité l'énoncer au moyen d'une suite de propositions indicatives présentées comme vraies.

Tout d'abord, elles peuvent être vraies parce qu'elles ont pour objet des faits

(Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit, la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme, toute société dans laquelle...).

On a vu qu'elles sont considérées comme vraies. Elles ne sont pas vraies empiriquement, mais peuvent être vraies de trois manières, comme des axiomes nés de l'évidence ou de l'intuition ou bien analytiquement:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution...

est vrai si une constitution est définie comme une séparation des pouvoirs. Elles peuvent encore être considérées comme vraies malgré leur forme prescriptive, lorsqu'elles expriment un jugement existentiel («il existe un principe selon lequel ... Nul ne doit être inquiété pour ses opinions»).

La nature et le droit naturel ainsi conçus constituent ainsi des réponses parfaites à la question *de quel droit?* Mais ce mode de justification n'est pas propre à l'Assemblée

nationale. A vrai dire, il persiste dans l'argumentation réelle des juristes, dès qu'il s'agit de justifier ou de critiquer le fond du droit. On en trouve de nombreux exemples, mais il suffira ici d'en mentionner deux usages principaux. On peut d'abord invoquer des normes écrites ou non, dont on affirme l'existence incontestable, comme on le fait par exemple avec le principe de dignité. On peut le faire sans pour autant situer ces normes dans le droit naturel, en les rattachant plus ou moins directement à un texte³⁸.

On peut aussi invoquer la nature des choses. Ainsi, la discussion sur le suffrage universel à la Convention nationale. On souhaite donner le droit de vote à tous les citoyens, mais cela conduit à inclure des catégories qu'on préfère écarter, comme les enfants en bas âge et les femmes. On invoque bien sûr des arguments pratiques – les enfants ne peuvent pas voter, les femmes elles seront soumises à l'emprise des prêtres ou de leurs maris – mais la justification la plus forte repose sur une distinction entre le droit de suffrage, qui est universel, et l'exercice, réservé à ceux qui en sont «naturellement» capables, ce qui écarte les enfants, les fous et les femmes. L'invocation de la nature permet de réunir dans la même catégorie les femmes et les enfants et de masquer les préférences politiques.

C'est un argument analogue qu'emploient les adversaires du mariage entre personnes de même sexe. Rares sont ceux qui soutiennent qu'il viole une règle de droit naturel et qu'une loi qui l'autorise est privée de validité, mais la nature revient sous une autre forme: il s'agit de la nature du mariage, qui relèverait de catégories anthropologiques fondamentales ou fonda-

trices, dont le droit devrait assurer à tout prix la préservation³⁹. On remarque que dans ces deux cas, on ne prétend pas que les principes invoqués constitueraient le fondement de validité des décisions, en ce sens qu'une loi contraire serait privée de validité, mais seulement qu'une loi est bonne si elle se conforme à ce qui est la nature des choses, la faiblesse des femmes ou la nature anthropologique du mariage.

Conclusion

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen est bien une déclaration de droit naturel. A vrai dire, il ne pouvait en être

autrement. Les constituants de '89 étaient soumis aux mêmes contraintes argumentatives que tous les juristes quand il leur faut prendre des décisions qui ne sont pas strictement déduites d'une norme juridique et justifier l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Ils doivent soit invoquer des normes méta-juridiques, soit affirmer qu'ils tirent toutes les conséquences de propositions tenues pour vraies. En 89 pour justifier l'écriture d'une constitution au nom du peuple, il fallait bien que ce peuple, comme autrefois le roi, fût souverain par nature.

¹ On vise ici principalement la Théorie pure du droit de Hans Kelsen, mais aussi d'autres courants du positivisme juridique.

² Je me permets de renvoyer à M. Troper, *Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle*, dans «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XCVIII, To. I, 2022.

³ N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», a. XLII, 1965, p. 302.

⁴ Voir par exemple L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2024²⁶, p. 156.

⁵ G. Vedel, *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, *Pouvoirs*, 13, 1988, pp. 209-219.

⁶ M. Thomann, *Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme (1789) - Quelques résultats inédits*

d'une recherche sur sa rédaction et son contenu doctrinal, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review», 55, 1987, 3-4, pp. 375-382; Id., Origine et sources doctrinales de la Déclaration des droits, dans «Droits», 8, 1989, pp. 55-70.

⁷ P.A. Hamburger, *Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions*, in «The Yale Law Journal», 102, 1993, 4, pp. 907 ss.; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford; New York, Oxford University Press (Clarendon Law series), 2011², pp. 26 ss.

⁸ S. Rials (éd.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 591.

⁹ *Moniteur universel*, vol. 25, p. 109.

¹⁰ Rials (éd.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* cit., p. 260.

¹¹ Il s'agit du député Lehardy, (26 thermidor, «Moniteur universel», p. 501). Sans doute, Daunou obtint-il le rejet de cet ar-

ticle, mais c'est en soutenant non pas qu'elle est bien une loi, mais qu'il serait dangereux de dire qu'elle n'en est pas une.

¹² R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Préface de Pierre Bouretz, Paris, PUF, 1995; R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, in «Ratio Juris», 16, 2003, 2, pp. 131-140.

¹³ D. Hume, *Traité de la nature humaine*, III.1.1.

¹⁴ J.-J. Rousseau, *Nouvelle Héloïse*, partie I, lettre XII.

¹⁵ Cité par Rials (éd.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* cit., p. 378; Thomas Paine reprendra les mêmes termes: *Les droits de l'homme* (1791), Paris, Belin, 2009.

¹⁶ Cité par M. Luftalla, *L'évidence, fondement nécessaire et suffisant de l'ordre naturel chez Quesnay et Morelly*, dans «Revue d'histoire économique et sociale», 41, 1963, 2, pp. 213-249.

¹⁷ C. Batteaux, *Les Beaux arts réduits*

- à un même principe, Paris, chez Durand, 746. Sur la belle nature, Diderot dira la même chose en termes plus radicaux: «la belle nature n'existe pas dans la nature; c'est une vue de l'esprit, un être tout à fait idéal» dans *l'Essai sur la peinture* (1765), dans *Œuvres esthétiques*, éd. Paul Vernière, Paris, Garnier, 1968, p. 527.
- ¹⁸ F.-A. Boissy D'Anglas, *Convention nationale. Quelques idées sur les arts; Sur la nécessité de les encourager, sur les Institutions qui peuvent en assurer le perfectionnement, & sur divers Etablissements nécessaires à l'enseignement public*, 1794. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, pp. 3-8.
- ¹⁹ J.-A.-N. Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1794), Paris, Flammarion, 2001, «Les progrès de la législation, devenant plus conforme à la raison et à la nature, assureront de plus en plus la liberté, l'égalité et la sûreté. Ils rendront la perfectibilité de l'espèce humaine réellement indépendante de toute puissance qui voudrait la retenir dans les chaînes de l'ignorance ou de la servitude», pp. 221-223; «C'est dans Athènes libre que les arts, les sciences et la philosophie prirent cet essor rapide qu'aucune nation n'avait connu avant elle. [...] C'est à la liberté qu'il faut attribuer cette fécondité de génie, cette émulation généreuse qui multiplia les talents et les chefs-d'œuvre», pp. 125-126.
- ²⁰ F. Quesnay, article «Évidence» dans *l'Encyclopédie*.
- ²¹ F. Quesnay, *Observations sur le Droit naturel des hommes réunis en société*, s. d., <<https://www.taieb.net/auteurs/Quesnay/drtnatt.html>>; cf. Luftalla, *L'évidence, fondement nécessaire et suffisant de l'ordre naturel chez Quesnay et Morelly*, cit.
- ²² Sur le site du département d'État américain, *Déclaration d'indépendance*, traduite de l'anglais par Thomas Jefferson, <<https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/French-translation-U.S.-Declaration-of-Independence.pdf>>.
- ²³ Cité par Rials, éd., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* cit., p. 200.
- ²⁴ Luftalla, *L'évidence, fondement nécessaire et suffisant de l'ordre naturel chez Quesnay et Morelly* cit.
- ²⁵ S.V. Levinson, *Self-Evident Truths in the Declaration of Independence*, in «Texas Law Review», 57, 1979, pp. 84758; K. Tunstall (ed. By), *Self-Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*, New York, Bloomsbury, 2012; M.P. Zuckert, *Self-Evident Truth and the Declaration of Independence*, in «The Review of Politics» 49, 3, 1987, pp. 31939; D. Baranger, *Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme)*, <<http://juspoliticum.com/article/Notes-sur-l-apparition-de-la-souverainete-et-des-droits-de-l-homme-656.html>>.
- ²⁶ Séance du vendredi 21 août 1789, au matin, «Archives Parlementaires», 1ère série, to. VIII, p. 464.
- ²⁷ G. Girard (1677-1748), *Les vrais principes de la langue française...* ((Reprod. en fac-sim.) / abbé Gabriel Girard; introduction par Pierre Swiggers, 1747, <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bp-t6k8254q>>.
- ²⁸ T. Gracyk, *Hume's Aesthetics*, dans E.N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2021, Metaphysics Research Lab, Stanford University.
- ²⁹ Article de *l'Encyclopédie* «Génie» (Saint-Lambert).
- ³⁰ Critique de la faculté de juger, trad. Philonenko, Paris, Vrin, 1965, § 46 - Du génie, pp. 169-170.
- ³¹ W. Goethe, *Les Souffrances du jeune Werther* (1774), trad. Angelloz. Paris, Flammarion: «Les règles! Celui qui agit par génie ne connaît pas de règles. [...] Si l'on voulait observer les règles, aucune grande œuvre ne verrait jamais le jour. [...] Un homme de génie agit parce qu'il ne peut faire autrement».
- ³² *Contrat Social*, chap. VII.
- ³³ Ivi, chap. VIII.
- ³⁴ H. Vaihinger, *The philosophy of «as if»*, trad. par C.K. Ogden, Abingdon, Oxon, New York, 2021² H. Kelsen, *Die Funktion der Verfassung*, dans *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien, Europa-Verlag, 1968, Band II, pp. 1971-1975; C. Kletzer, *Kelsen on Vaihinger*, SSRN Scholarly Paper, ID 2599954, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2015.
- ³⁵ H. Thevenaz, *Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen*, dans «Droit et Société», 4, 1986, 1, pp. 435-443.
- ³⁶ Il écrit certes «In fact, one of the most essential functions of all natural-law doctrines is to justify the establishment of positive law or - what amounts to the same thing - the existence of the state competent to establish the positive law» (*The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, in «The Western Political Quarterly», vol. 2, 1949, n. 4, pp. 481-513), mais il vise la fonction de justification par le droit naturel du droit positif en général ou de l'État et non pas la justification de décisions particulières. D'autre part, le droit naturel dont il parle est fait de normes (ou de principes entendus comme des normes) et non pas de faits, comme c'est le cas aussi bien dans la Déclaration des droits que dans le raisonnement des juristes. Je dois cette remarque à l'attention et à l'érudition de Pierre Brunet.
- ³⁷ «To provide a reason for a decision is to include that decision within a principle of greater generality than the decision itself» (F. Schauer, *Giving Reasons*, in «Stanford Law Review», 47, 1995, 4, pp. 633659.
- ³⁸ O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître: à propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard (Le débat), 2002.
- ³⁹ Conseil constitutionnel, 28 janvier 2011 (n. 2010-92 QPC, Mme Corinne C. et autre: «Le législa-

teur, en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, a estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille; qu'il lui appartient de veiller à la sauvegarde des catégories fondamentales de l'anthropologie humaine dont dépend notamment l'organisation sociale».

Pratiques inconstitutionnelles françaises à la lumière de l'histoire

MARCEL MORABITO

« Des pratiques inconstitutionnelles à la nomopathie de la Constitution » : tel était le titre du Colloque qui fut organisé à Aix-en-Provence les 5 et 6 mai 2025 par l'Institut Louis Favoreu. La phrase de présentation en exprimait d'emblée l'enjeu : « Le colloque naît d'un constat, celui de la difficulté pour la science du droit constitutionnel à envisager des pratiques inconstitutionnelles et donc des violations de la Constitution, au point que cette difficulté pourrait faire douter de la normativité même de la Constitution ».

Le thème des violations constitutionnelles avait depuis longtemps attiré l'attention des auteurs, pour n'évoquer que les développements de Benjamin Constant sur la question de la suspension et de la violation des constitutions¹. Il prenait toutefois alors un relief particulier du fait du désaccord exprimé entre Ariane Vidal-Naquet et Armel Le Divellec. Dans un article publié dans le journal « Le Monde », daté du 10 janvier 2024, la première soulignait que la démission forcée d'Elisabeth Borne de

ses fonctions de Premier ministre – lettre de démission du 8 janvier – n'était pas conforme à la lettre de l'article 8 al. 1 de la Constitution, le Président n'ayant pas juridiquement la faculté de la contraindre. Et de poursuivre logiquement que, au-delà de cette hypothèse, la pratique ne pouvait se substituer à la norme au nom d'une lecture « présidentialiste » de la Constitution. Ce à quoi rétorquait Armel Le Divellec², estimant que les énoncés textuels ne pouvaient faire l'objet d'une interprétation littérale et que leur sens dépendait, en réalité, moins de l'agencement des dispositions constitutionnelles que de la pratique qui en était faite.

Pour légitimes que soient ces options, elles expriment deux visions du droit : une vision normativiste, d'inspiration kelsénienne, encouragée par l'approche contentieuse du droit constitutionnel, et une approche politique qui requiert d'appréhender le droit constitutionnel au-delà de son cadre normatif, dans les rapports de force auxquels il est soumis³. L'histoire

de la V^e République propose incontestablement à ce dernier égard un champ d'investigation privilégié.

Une cible privilégiée : la V^e République

Dès les premiers mois de son entrée en vigueur, la Constitution de 1958, est l'objet de la part du général de Gaulle d'une pratique consacrant, au-delà du texte, la prééminence du président tant dans ses relations au sein de l'Exécutif que dans ses rapports avec le Parlement, une pratique que vient enraciner la révision de 1962 en instaurant son élection au suffrage universel direct. De sorte que plusieurs articles de la Constitution, qui avaient pourtant été vivement débattus lors des travaux préparatoires, se voient interprétés dans un sens favorable au chef de l'Etat : non seulement l'article 8 al. 1, mais aussi l'article 5, qui confère au président le soin de veiller au respect de la Constitution, l'article 21 selon lequel le Premier ministre dirige l'action du gouvernement ou encore l'article 20 qui confie au gouvernement le soin de déterminer et de conduire la politique de la nation. Ce dernier article est certainement le plus éloquent de la dérive présidentieliste tant le président a régulièrement affirmé en l'espèce son rôle majeur et cela même après l'alternance de 1981 et l'accession à la magistrature suprême de François Mitterrand qui, en 1964, fustigeait la pratique gaulienne dans « Le coup d'Etat permanent ».

Il n'est au fond que la perte de soutien majoritaire qui amène à repenser la relation entre président et gouvernement, comme nous le rappelle la fragmentation de la représentation parlementaire issue

des élections législatives consécutives à la dissolution de 2024. En dehors de ce cas de figure, le droit plie devant les impératifs politiques. Les dispositions constitutionnelles cèdent devant la pratique. On comprend que cela ne soit guère satisfaisant d'un point de vue juridique. A défaut de pouvoir aligner les pratiques sur le droit, est-il au moins possible d'aligner le droit sur les pratiques afin que les dispositions constitutionnelles coïncident avec le comportement des acteurs ?⁴ C'est ce que suggéra notamment en 2008 le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République, sous la présidence d'Edouard Balladur. Parmi les 77 propositions qu'il formula, ce Comité proposa en effet de réformer les articles 5, 20 et 21 de la Constitution afin d'établir au sein de l'Exécutif « des responsabilités plus clairement partagées »⁵. On sait que Nicolas Sarkozy s'opposa à ces modifications. Il est vrai que la pratique avait depuis longtemps tranché.

Cette réalité peut surprendre si l'on remonte aux origines révolutionnaires de notre histoire constitutionnelle⁶. Comme en témoignent les textes fondateurs que furent la Déclaration des droits de 1789 ou la Constitution de 1791, l'écrit n'était-il pas l'outil privilégié d'une ambition qui permit de s'affranchir de l'absolutisme en fixant un cadre précis à l'exercice du pouvoir ? Que reste-t-il de cette ambition originelle ? A-t-elle résolument été sacrifiée sur l'autel de la pratique ? Ces questions requièrent de sortir du périmètre de la Ve République et de prendre le recul que seule permet une approche historique, d'autant plus opportune que notre histoire constitutionnelle offre une richesse peu commune⁷.

Quelle méthode adopter pour mener à bien une analyse de ces pratiques inconstitutionnelles ? Quel constat dresser à partir de leur observation sur le temps long ? De quels moyens dispose-t-on pour les sanctionner ?

L'objet de l'histoire constitutionnelle : le pouvoir

Le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir. Une histoire constitutionnelle ne saurait ainsi se borner à l'examen exclusif des normes. Elle est avant tout une histoire du pouvoir politique⁸. Les constitutions sont profondément imbriquées dans le mouvement de l'histoire politique, qu'elles ponctuent et dont elles sont le résultat. L'histoire constitutionnelle renvoie donc inéluctablement aux tensions ayant présidé à l'élaboration des textes organisant le pouvoir ou ayant orienté leur pratique.

Analyser une constitution, c'est avant tout entreprendre une lecture attentive des débats ayant conduit à son adoption. Les travaux de notre première Assemblée constituante, qui mènent de la Déclaration de 1789 à la Constitution de 1791, à une époque où la réflexion politique se nourrit d'une puissance d'innovation telle qu'elle entreprend de s'émanciper de siècles de monarchie, sont à cet égard inégalés⁹. De même, les débats qui émaillent, à l'aube de la Troisième République, les longs mois qui mènent au vote des lois constitutionnelles de 1875 nous rappellent la difficulté d'un compromis entre monarchistes et républicains sur le régime à mettre en place. A un moindre degré, en l'absence d'Assemblée

constituante en 1958 – une première dans l'histoire de nos Républiques – les travaux du Comité consultatif constitutionnel ne se déroulèrent pas non plus sous le sceau de l'unanimité.

Cette importance du contexte frappe tout autant, sinon davantage, si l'on examine les pratiques qui ont rythmé la vie de nos constitutions. Sans prendre en compte le poids de la conjoncture politique, il est impossible de comprendre comment la Charte de 1814 évolue vers un régime parlementaire, comment la « constitution Grévy » rompt en 1879 le fragile équilibre établi par les lois constitutionnelles de 1875 pour renouer avec la tradition révolutionnaire de suprématie parlementaire, comment la Ve République enracine une lecture présidentieliste des institutions malgré alternances et cohabitations. Comment mesurer par ailleurs les difficultés de la Constitution de 1848 en faisant abstraction de ce que ce texte, élaboré par une Assemblée constituante républicaine, voit son application confiée à Louis-Napoléon Bonaparte, élu à la présidence de la République, et à une Assemblée législative où les républicains sont minoritaires ?

Que dire en outre des changements brutaux que les événements politiques – insurrections, coups d'Etat, guerres – ont imposés aux textes ?¹⁰ Suspension de la constitution en 1792 et 1793, coups d'Etat sous le Directoire, dont le dernier en date met fin au régime en l'an VIII, chute de l'Empire en 1814, révolutions de 1830 et de 1848, coup d'Etat de 1851, défaites de 1870 et 1940, guerre d'Algérie en 1958. En dehors même de tels événements, l'histoire constitutionnelle de la France est riche de ces pratiques éloignées de leur cadre normatif que l'on qualifie d'« inconstitution-

nelles ». Pour être en soi peu contestable, le terme recèle néanmoins des réalités différentes. Le tableau que nous en livre l'histoire est de fait multiforme.

Un phénomène multiforme

Comme en d'autres domaines, l'histoire constitutionnelle n'est nullement linéaire. La première observation qui s'impose touche au degré de gravité de ces pratiques inconstitutionnelles. Si les plus violentes débouchent sur le renversement de l'ordre établi, il est fréquent que les entorses au texte ne provoquent pas un changement aussi définitif, qu'elles se bornent à détourner le texte de son sens originel en révélant des pratiques que celui-ci n'avait pas pour vocation d'autoriser. L'histoire offre de celles-ci un panorama riche et diversifié, eu égard tant aux acteurs qui en sont à l'origine qu'aux formes qu'elles peuvent revêtir au gré des enjeux.

La suprématie présidentielle ayant fortement marqué l'histoire de la Ve République, elle a logiquement orienté les regards vers le rôle joué par le chef de l'Etat dans le fonctionnement des institutions et dans la lecture qu'il a imposée de la Constitution de 1958. Si le président de la République a ainsi été au cœur des critiques de ceux qui dénonçaient une dérive autoritaire, les pratiques institutionnelles ne sont cependant en rien le monopole du seul pouvoir exécutif. Elles sont plus simplement le fait du pouvoir. Preuve en est que le Parlement de la IIIe République a pu bénéficier, avec la « constitution Grévy » en 1879, d'une interprétation allant bien au-delà du texte des lois constitutionnelles

de 1875. Les configurations majoritaires – concordance entre majorités présidentielle et parlementaire sous la V^e République, majorité républicaine à la Chambre des députés et au Sénat sous la III^e République à partir de 1879 –, en rendant ces détournements possibles, sont là pour nous rappeler que droit et politique sont étroitement imbriqués. Plus récemment, il n'est pas jusqu'au Conseil constitutionnel qui n'ait été accusé de pratiques inconstitutionnelles, certaines de ses décisions ayant été perçues comme manquant d'indépendance¹¹.

L'histoire ne témoigne d'ailleurs pas seulement de la diversité des acteurs, elle nous éclaire tout autant sur la variété des pratiques inconstitutionnelles. Globalement, elle nous en révèle deux types : autoritaires ou consenties.

Avant que le coup d'Etat du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799) ne sonne le glas du régime, les coups d'Etat du Directoire du 18 fructidor an V (4 septembre 1797), du 22 floréal an VI (11 mai 1798) et du 30 prairial an VII (18 juin 1799) sont une illustration des premières. En l'espèce s'affrontent deux logiques antinomiques : celle de la permanence, exprimée par les décrets des deux tiers visant à garantir la stabilité du personnel thermidorien, et celle du renouvellement partiel annuel – par tiers pour les Conseils, par cinquième pour les Directeurs – prescrite par la Constitution. Chaque élection est ainsi vécue comme une menace pour l'harmonie politique entre les deux organes. D'où la pratique du « coup d'Etat préventif ». Remarquons toutefois que l'expression désigne deux cas de figure fort différents : soit une manifestation de la suprématie des Conseils sur le Directoire ; soit une rébellion du Directoire contre l'autorité des Conseils.

Hormis cette hypothèse originale, ces pratiques autoritaires sont le monopole de l'Exécutif. Un exemple intéressant nous est fourni par l'article 14 de la Charte de 1814 aux termes duquel le roi « fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat ». Si l'expression « exécution des lois » est devenue traditionnelle et fait l'objet d'une interprétation extensive depuis le Directoire, que ne démentira pas la pratique de la Restauration en développant les règlements autonomes, le sens de la formule « sûreté de l'Etat » est alors âprement discuté. Ces ordonnances pour la sûreté de l'Etat dotaient-elles le roi d'un pouvoir législatif extraordinaire lui permettant de surmonter une éventuelle opposition des Chambres ? La question se posa dès l'entrée en vigueur de la Charte, comme en atteste une ordonnance prise par Louis XVIII en matière électorale le 13 juillet 1815. Cela dit, c'est surtout en 1830 que cet article devait donner sa pleine mesure avec les ordonnances de Charles X, en date du 25 juillet, prononçant notamment la suspension de la liberté de la presse et la dissolution de la Chambre des députés avant même sa réunion. Quelle que soit la lecture que l'on fait de l'article 14, il est clair que la rupture était radicale par rapport à la pratique parlementaire à laquelle la Restauration avait jusqu'alors donné lieu. Le Rapport au roi, en date du 25 juillet, exprime le caractère violent de l'entreprise : « L'article 14 a investi votre Majesté d'un pouvoir suffisant, non sans doute pour changer nos institutions, mais pour les consolider et les rendre plus immuables. D'impérieuses nécessités ne permettent plus de différer l'exercice de ce pouvoir suprême. Le moment est venu de recourir à des mesures qui rentrent dans l'esprit de la

Charte, mais qui sont en dehors de l'ordre légal, dont toutes les ressources ont été initialement épuisées ».

Sortir de l'ordre légal : l'idée ne va sans nous rappeler la déclaration de Louis-Napoléon Bonaparte après le plébiscite de décembre 1851 : « Messieurs, la France a répondu à l'appel loyal que je lui avais fait. Elle a compris que je n'étais sorti de la légalité que pour entrer dans le droit ». Elle renvoie également aux termes utilisés par le général de Gaulle lors de sa conférence de presse du 31 janvier 1964 : « Une Constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique ». Et de préciser : « L'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui, enfin qu'il lui appartient d'ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dont il attribue la gestion à d'autres ». Ces prétentions n'ont rien à envier à celles affichées par Louis XV dans la séance de la flagellation du 17 mars 1766, à ceci près que, sous la V^e République, elles s'inscrivent dans un cadre démocratique, celui de la révision constitutionnelle de 1962 instaurant l'élection au suffrage universel direct du chef de l'Etat¹². Une révision dont on se souvient qu'il fut procédé par référendum, ce que n'autorisait pas l'article 11 de la Constitution. Qu'importe..., le peuple approuva la réforme le 28 octobre 1962 avec 62,25% des suffrages exprimés. Le Conseil constitutionnel, saisi par le président du Sénat sur la régularité de la procédure, rendit le 6 novembre une décision qui prit logiquement acte du verdict populaire. Enfin, les élections législatives des 18-25 novembre apportèrent au président de la République le soutien d'une so-

lide majorité parlementaire, ouvrant l'ère de ce que la V^e République a connu sous le nom de présidentialisme majoritaire. Les pouvoirs constitutionnels du chef de l'État n'étaient pas modifiés, mais la légitimité sur laquelle ils pouvaient désormais s'appuyer autorisait plus que jamais leur interprétation dans un sens qui lui serait favorable, au détriment si besoin de la lettre de la Constitution.

Les pratiques inconstitutionnelles ne se réduisent néanmoins pas à ce schéma. Elles peuvent être non pas autoritaires, mais partagées. Sur ce registre, l'histoire nous enseigne qu'elles répondent globalement à deux types d'objectifs : il s'agit soit d'affirmer le rôle du Parlement dans le jeu institutionnel, soit de doter le pouvoir exécutif des moyens d'action nécessaires à son action.

Pour ce qui est du développement du parlementarisme, il nous renvoie à des contextes différents. Tout d'abord à la pratique de la Charte de 1814 qui, bien que le texte n'évoque pas cette possibilité, débouche sur la mise en place de la responsabilité politique des ministres grâce au jeu des acteurs – convergence des « partis » à la Chambre des députés d'une part, ouverture politique de Louis XVIII d'autre part. Ensuite, à l'accession de Jules Grévy à la présidence de la République en 1879¹³. Cet ancien adversaire de l'institution présidentielle, qui exprimait dès 1848 son hostilité au pouvoir personnel, prend le contrepied de la lettre orléaniste de la Constitution en réduisant les pouvoirs présidentiels à des pouvoirs nominaux, renonçant en particulier à l'exercice du droit de dissolution. Ainsi prend corps ce que nous avons connu sous le nom de « parlementarisme absolu », cette résurgence

de la tradition révolutionnaire consacrant la suprématie parlementaire au détriment de l'Exécutif, posture qui a hypothéqué les tentatives de sursaut de la présidence de la République avec Millerand¹⁴ ou de la présidence du Conseil avec les projets Tardieu et Doumergue. C'est pour limiter les dérives de cette prééminence parlementaire et satisfaire à une exigence d'efficacité dans un contexte de forte fragmentation politique que se sont développés les décrets-lois¹⁵ sous la III^e République.

Ces délégations du pouvoir législatif en faveur du gouvernement étaient apparues lors de la première guerre mondiale. Elles devaient donner lieu à un débat de fond en 1924 lorsque Poincaré, en tant que président du Conseil, demanda une plus grande latitude d'action en matière économique. À la Chambre, le député Boncour déclara le projet Poincaré « contraire aux principes de notre droit public, contraire aux règles de notre Constitution ». Ces réticences n'empêchèrent pas les lois d'habilitation de se succéder de manière régulière, surtout à partir de 1934. La Constitution de 1946 tenta de mettre fin à ces pratiques. « L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ». Malgré cette interdiction nettement formulée par l'article 13 de la Constitution, les décrets-lois réapparurent, d'abord sous des formes détournées, puis directement. Dans un premier temps, la loi du 17 août 1948 autorisa deux procédés nouveaux – extension du pouvoir réglementaire et loi-cadre – avant que le besoin d'efficacité n'impose leur véritable renaissance¹⁶. Autre exemple de cette impuissance inconstitutionnelle : l'investiture personnelle du président du Conseil prévue par l'article 45 de la Constitution de 1946 n'étant pas suivie d'effets, la

révision constitutionnelle du 7 décembre 1954 l'abandonna pour en revenir à la pratique de la III^e République¹⁷. Le droit pliait devant les faits. Pouvait-il se résoudre à ce rapport de force ?

La question de la sanction

Un rapide survol historique des opinions formulées par les ouvrages de droit quant aux détournements de la constitution atteste du caractère variable de la doctrine en la matière. Avant 1958, sauf exception, elle se révèle discrète. C'est le discours de la dénonciation, de l'inconstitutionnalité qui prédomine, conformément à l'enseignement de Carré de Malberg : « La caractéristique de la Constitution est d'être une loi possédant une puissance renforcée. La notion de constitution ne se trouve réalisée qu'à cette condition. Il y a, dès lors, incompatibilité entre constitution et coutume, la coutume ne possédant pas la force supérieure qui caractérise le droit constitutionnel »¹⁸. Un revirement s'opère cependant sous la Ve République. La pensée doctrinale évolue. Dès les premières années de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, l'écart se creuse entre la pratique des institutions et les dispositions textuelles¹⁹. De sorte que beaucoup n'hésitent plus à questionner la valeur de la coutume en matière constitutionnelle et à prendre en considération non plus seulement la lettre du texte mais les normes effectivement appliquées, les « conventions de la constitution »²⁰ pour reprendre l'expression de Pierre Avril. Droit et politique sont clairement perçus comme inséparables. Ce lien est d'ailleurs d'autant plus aisément véri-

fiable que les interprétations doctrinales peuvent varier au gré des circonstances. Pour preuve les appréciations formulées à propos de l'utilisation de l'article 11 qui passent progressivement de la dénonciation à la réhabilitation²¹. Sans doute l'impact de la doctrine n'est-il que relatif, pour important que soit son rôle pédagogique, voire de « lanceur d'alerte »²². Mais ces revirements soulignent la difficulté à appréhender une sanction de ces libertés prises à l'égard de l'écrit.

« Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien », déclarait Sieyès le 2 thermidor an III (20 juillet 1795) dans son « Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire ». On mesure la distance séparant cette sentence de la décision du Conseil constitutionnel refusant, par sa décision du 6 novembre 1962, de contrôler la régularité de l'utilisation de l'article 11 par le président de la République. Il est vrai qu'il avait à se prononcer après que le peuple ait approuvé la réforme par référendum et qu'il était pour le moins délicat de remettre en cause la décision du souverain. Poser la question d'une sanction des pratiques inconstitutionnelles conduit de fait l'observateur à se placer sur deux terrains : juridique et politique.

Sur le plan juridique, le seul texte qui traite de façon radicale d'une responsabilité présidentielle est l'article 68 de la Constitution de 1848 dont voici un extrait : « Toute mesure par laquelle le président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat, est un crime de haute trahison. - Par ce seul fait, le président est déchu de ses fonctions ; les citoyens sont tenus de lui refuser obéissance ; le pouvoir

exécutif passe de plein droit à l'Assemblée nationale ». Le contexte est évidemment particulier. L'Assemblée constituante s'est résolue, sous l'impulsion de certains de ses membres éminents, Lamartine et Tocqueville, à instituer un président de la République élu au suffrage universel masculin direct – singulière innovation dans un paysage républicain alors fortement réticent au pouvoir personnel. Nombre de constituants craignent logiquement que ne surviennent des tensions entre l'Assemblée nationale et ce président dont on se doute qu'il risque fort d'être Louis-Napoléon Bonaparte, le neveu de l'empereur. Cet article, rajouté in extremis lors de la révision finale de la Constitution, montre que, dès novembre 1848, la perspective d'un coup d'Etat présidentiel n'est pas écartée. Inquiétudes d'autant plus fondées que l'élection du 10 décembre 1848 se soldera par une victoire écrasante de Louis-Napoléon Bonaparte. L'aspect le plus intéressant du texte réside sans conteste dans le fait que les citoyens sont tenus de refuser obéissance au président s'il est porté atteinte à l'Assemblée. L'unique mention d'un devoir de résistance à l'oppression figurait jusqu'alors dans l'article 35 de la Déclaration des droits de l'homme du 24 juin 1793²³. Cela n'empêcha pas le coup d'Etat du 2 décembre 1851²⁴ et sa ratification populaire par le plébiscite des 20-21 décembre 1851. Le droit plia une nouvelle fois devant la violence, mais on ne peut oublier la fermeté que manifestèrent les constituants de 1848 en adoptant cet article 68.

L'article 68 est également celui qui traite de la responsabilité présidentielle dans la Constitution de 1958, mais les temps ont changé : « Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manque-

ment à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Telle est la formulation issue de la révision constitutionnelle de 2007, qui se substitue à la référence initiale à la haute trahison. On ne peut que relever que le motif de destitution demeure vague. Ce à quoi on peut ajouter que les conditions de majorité requises – deux tiers des membres du Parlement constitué en Haute Cour – rendent le texte d'application peu probable. La latitude d'action dont bénéficie le président de la V^e République ne se heurte en conséquence à aucun obstacle juridique susceptible de le contrarier dans l'appréciation des compétences que lui attribue la Constitution. Cette situation peut surprendre si l'on considère que l'irresponsabilité du chef de l'Etat est un marqueur bien plus monarchique que républicain²⁵. En toute hypothèse, la question de la responsabilité nous pousse au-delà du cadre juridique, sur un terrain politique.

Sur ce terrain, la question de la sanction nous renvoie à des réalités plus tangibles²⁶. Ainsi, l'exercice de la fonction présidentielle, s'il est jugé inapproprié, ne manque pas de se heurter au verdict électoral : non-réélection, voire démission comme nous le rappelle le départ du général de Gaulle à la suite du référendum négatif de 1969. On a critiqué non sans raison le caractère plébiscitaire de cette pratique du référendum-question de confiance mais, par-delà les convictions de chacun, y a-t-il en démocratie juge plus naturel de la responsabilité que le peuple ? Quoi qu'il en soit, aucun des successeurs du général ne s'est senti en mesure de reprendre à son compte sa pratique de la responsabilité directe envers le peuple. Il est vrai qu'il n'existe aucune obligation juridique pour

les titulaires de la fonction présidentielle de s'exposer à une sanction du corps électoral en cours de mandat. Cela dit, aucun d'eux n'a renoncé à se réclamer d'une lecture extensive de ses attributions pour autant que la majorité parlementaire rende une telle prétention possible.

Depuis l'avènement du fait majoritaire, la concordance entre majorités présidentielle et parlementaire a en effet banalisé une lecture présidentialiste de la Constitution. L'usage a souligné la flexibilité du texte au gré des configurations politiques. Si ces rapports ont le plus souvent été favorables au chef de l'Etat, l'histoire de la Ve République nous rappelle également que l'absence de concordance majoritaire redonne au texte toute sa valeur. En témoignent les périodes d'absence de majorité parlementaire en faveur du président – les trois cohabitations de 1986-1988, 1993-1995 et 1997-2002, ou l'émiettement de la représentation parlementaire consécutif à la dissolution de 2024. Preuve supplémentaire si besoin était de l'impact du politique sur le droit.

L'histoire constitutionnelle nous enseigne inlassablement que, quelle que soit la période appréhendée, droit et politique sont indissociables. L'écriture comme la pratique de nos constitutions sont strictement liées aux rapports de force politiques qui y président. Cette importance du politique est particulièrement sensible quand on s'intéresse aux pratiques institutionnelles. Récurrentes, multifformes, tantôt autoritaires, tantôt consenties, ces pratiques auxquelles ont rarement dérogé les titulaires du pouvoir, exécutif comme législatif, ont régulièrement émaillé la vie de nos constitutions et ne se sont jamais

heurtées à des barrières juridiques suffisamment solides pour les endiguer. Notons d'ailleurs, non sans quelque paradoxe, que la Constitution de l'An III, la plus riche en termes de contenu avec ses 377 articles, fut précisément celle dont l'application donna lieu aux affrontements les plus violents entre organes constitués²⁷.

Le droit constitutionnel ne peut manifestement se réduire aux seules normes qu'il édicte. On ne peut valablement l'appréhender qu'en prenant en considération le cadre dans lequel il naît et se développe. Cette relation entre droit et politique est d'autant plus étroite qu'elle est le produit d'un héritage culturel qui continue de marquer la pratique des institutions. L'instabilité constitutionnelle qui a caractérisé notre histoire nous replonge ainsi régulièrement dans la difficulté à trouver des terrains de compromis, à construire un équilibre durable entre culture du pouvoir personnel et culture de la délibération²⁸. La situation est tout particulièrement critique depuis la dissolution de 2024 en raison tant de la discordance entre majorités présidentielle et parlementaire que de la fragmentation de la représentation à l'Assemblée nationale. Elle est plus largement problématique du fait de l'appauvrissement de nos repères historiques, des progrès de l'abstentionnisme, de l'affaiblissement de notre culture de la constitution²⁹.

Remémorons-nous les textes fondateurs de la République. Constitution de l'An I : Article 123. – « La République française honore la loyauté, le courage, la vieillesse, la piété filiale, le malheur. Elle remet le dépôt de sa Constitution sous la garde de toutes les vertus ». Constitution de l'An III : Article 377. – « Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidé-

lité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges ; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ». Constitution de 1848 : Article 110. — « L'Assemblée nationale confie le dépôt de la présente Constitution, et des droits qu'elle consacre, à la garde et au patriotisme de tous les Français ».

En dépit des obstacles auxquels ces textes se heurtèrent, ils ne peuvent qu'attirer notre attention par la puissance de l'es-

prit civique qui les anime comme par l'assistance avec laquelle ils nous rappellent combien, au-delà des conflits mettant en scène nos institutions, le lien entre constitution et peuple est fondamental en République.

¹ B. Constant, *Œuvres de politiques avec introduction, notes et index par Charles Louandre*, Paris, Charpentier et C. Libraires-Editeur, 1874, § IV, pp. 38 ss.

² Armel Le Divellec, *Anticonstitutionnellement ? Courtes remarques sur le mésusage du mot le plus long*, in «JP Blog», 29 février 2024 <<https://blog.juspoliticum.com/2024/02/29/anticonstitutionnellement-courtes-remarques-sur-le-mesusage-du-mot-le-plus-long-par-armel-le-divellec/>>, novembre 2025.

³ O. Beaud, *Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. A propos d'un ouvrage récent*, in «Cahiers du Conseil constitutionnel» n° 6, janvier 1999 ; C. Bargues, E. Lemaire, C. Roynier, *Propos introductifs*, in «Jus Politicum», n°24, 2020 ; A. Vidal-Naquet, *Oiseaux. Quelques remarques sur la trahison des mots et des normes*, in «JP Blog», 13 mars 2024 <<https://blog.juspoliticum.com/2024/03/13/oiseaux-quelques-remarques-sur-la-trahison-des-mots-et-des-normes-par-ariane-vidal-naquet/>>, novembre 2025.

⁴ A. Vidal-Naquet, *Démission*

d'Elisabeth Borne : «Les comportements des acteurs politiques sont en contradiction avec ce que prévoient les normes juridiques», in « Le Monde », 10 janvier 2024.

⁵ E. Balladur, *Une Ve République plus démocratique*, Paris, Fayard, 2008, pp. 10 ss.

⁶ L. Fontaine, *La violation de la Constitution: autopsie d'un crime qui n'a jamais été commis*, in «RDP», n° 6, 2014, pp. 1617 ss.

⁷ M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, LGDJ, 18^e édition, 2025.

⁸ D. Baranger, *L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel*, in C.M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, Paris, Kimé, 2012, pp. 117 ss.

⁹ Voir notamment le tome VIII des *Archives parlementaires*.

¹⁰ F. Burdeau, *Comment naissent les Républiques ?*, in «RDP», 1-2, 2002, pp. 127 ss. ; A. Roux, *Les changements inconstitutionnels de régime dans l'histoire constitutionnelle française*, in «Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu», n° 3, 2014, pp. 77 ss.

¹¹ Voir par exemple les réactions à

la décision du 14 avril 2023 sur la réforme des retraites.

¹² E. Mériau, *French Authoritarian Constitutionalism and its Legacy*, in H. Aviar Garcia, G. Frankenberg (dir.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 185 ss. ; A. Vidal-Naquet, *L'impact de la révision constitutionnelle de 1962 sur l'Exécutif : d'une logique politique de présidentialisation du régime à une logique juridique de violation de la Constitution*, in J.-P. Derosier, S. Mouton (dir.), *60 ans d'élection directe du président de la République*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse Capitole 2025, pp. 155 ss.

¹³ J.-F. de Bujadoux, *La «Constitution de la III^e République* », Paris, LGDJ, 2015 ; N. Paris, *Les constitutions Grévy*, in «RFDC», 129, 2022, pp. 91 ss.

¹⁴ J.-F. de Bujadoux, *L'épisode Millerand (1920-1924). Quand un chef d'Etat voulut inventer le présidentialisme sous la III^e République*, Paris, Dalloz, 2024.

¹⁵ Morabito, *Histoire constitutionnelle* cit., pp. 367 ss.

¹⁶ Ivi, pp. 423 s.

¹⁷ B. Fargeaud, *La doctrine consti-*

- tutionnelle sous la IV^e République, Paris, Dalloz, 2020, pp. 145 ss.
- ¹⁸ M. Prélôt, *Sur une interprétation « coutumière » de l'article 11*, in «Le Monde», 15 mars 1969. D. Baranger, *La constitution : sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022, p. 278 ; Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République* cit.
- ¹⁹ F. Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la violation de la Constitution » sous la V^e République*, Paris, LGDJ, 2013.
- ²⁰ P. Avril, *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997 ; J. Rossetto, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020 ; O. Beaud, *Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent*, in «Cahiers du Conseil constitutionnel», n° 6 - janvier 1999 ; Id., *Faire du droit constitutionnel un droit politique : La thèse de Jean Rossetto*, in «Jus Politicum» *Le droit politique face à la Ve République*, n° 24, 2020 ; M. Altwegg-Boussac, *Le droit politique, des concepts et des formes*, ivi.
- ²¹ J. Noël, *Pour une analyse épistémologique de la querelle autour de l'article 11 : de la dénonciation à la réhabilitation d'une violation de la Constitution*, in «RFDC» 106, 2016, pp. 391 ss.
- ²² M.-A. Cohendet, *Le président de la République*, Paris, Dalloz, 2012², p. 159.
- ²³ « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ».
- ²⁴ Dénonçant dans le mouvement populaire une jacquerie, le pouvoir procéda à quelque 20 000 arrestations. Sur ces soulèvements, qui furent particulièrement importants dans le Sud-Est, voir le témoignage majeur d'Eugène Ténot, *La province en 1851. Étude historique sur le coup d'Etat*, Paris, Le Chevalier, 1868.
- ²⁵ M. Morabito, *La responsabilité du chef de l'Etat*, in «Giornale di Storia costituzionale» 28, 2014, pp. 43 ss.
- ²⁶ Morabito, *Histoire constitutionnelle* cit., pp. 462 ss., 529 ss.
- ²⁷ R. Dupuy, M. Morabito (dir.), *Pour une République sans Révolution*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1995.
- ²⁸ *Cultures constitutionnelles et culture de la Constitution, Journée d'étude de l'Association Française de Droit Constitutionnel*, Aix-en-Provence, 16 mai 2024.
- ²⁹ A. Buixan, *La culture de la constitution en France : reconnaissance d'une notion à la lumière des cultures constitutionnelles nationales (France et États-Unis)*, thèse Rennes, 2020 ; M. Carpentier, W. Mastor, *Vénérer la constitution*, in «Pouvoirs», n° 187, 2023/4, pp. 89 ss.

Una Costituente sovrana investita di tutti i poteri? Filippo Vassalli interprete della transizione democratica: appunti, osservazioni, consulenze per gli Alleati (1944-1945)*

GIOVANNI CHIODI

Però, di tutte le città e i paesi abbasso in pianura o su verso i monti, che una volta s'incontravano lungo il viaggio, non restava più niente, essa raccontò al ritorno: al loro posto, non ci si vedeva altro che un polverone... dovunque era lo stesso: più niente, solo un polverone. Pareva che la strana veduta di questo polverone avesse invaso tutte le altre impressioni del suo viaggio, al punto che quasi non ricordava altro.

E. Morante, *La Storia*, Torino, Einaudi, 1974 e 1995, pp. 346-347

1. *La vocazione pubblicistica di un giurista negli anni della transizione*

Lo studio della figura di Filippo Vassalli, indiscusso protagonista della storia giuridica italiana durante lo Stato liberale, fascista e infine repubblicano, si è giovato negli ultimi anni dei numerosi materiali inediti del suo archivio personale, che ha permesso di ricostruire diversi aspetti di una personalità davvero sfaccettata e multiforme, certamente non riducibile ad un'unica di-

mensione. Professore di materie romanistiche e civilistiche, avvocato cassazionista, legislatore, preside di facoltà e riformatore dell'università, Vassalli, in virtù degli approfondimenti di cui è stato oggetto, non è più solo il riconosciuto artefice massimo del codice civile, ma possiede molti altri volti. La fisionomia che lo connota è quella del giurista intellettuale, capace di lavorare su più tavoli coniugando docenza, attività pratica e incarichi istituzionali al servizio del legislatore, prima liberale e poi fascista. Se questo è il quadro d'insieme, le indagini d'archivio continuano a riservare sorprese, come quelle derivanti dal materiale oggetto del presente contributo, destinato a ricomporre alcuni frammenti di una vera e propria vocazione pubblicistica di Vassalli, finora poco o per nulla esplorata: quella, in particolare, manifestata durante i difficili anni della transizione democratica, culminanti nell'approvazione e nell'entrata in vigore della nuova carta costituzionale del 1948.

Siamo in quello che, di recente, ho proposto di chiamare il «terzo mondo» di Vassalli¹, cioè il primo decennio repubblicano, che le carte d'archivio di cui disponiamo permettono di definire meglio. In questo periodo assistiamo certamente ad una rimodulazione dei compiti istituzionali del giurista romano: messo da parte con la caduta del regime fascista il suo ruolo di legislatore e consulente di ministri di grazia e giustizia (su tutti Alfredo Rocco e Dino Grandi), restano però le altre competenze. Mai abbandonati, in assoluta linea di continuità con gli anni precedenti, sono i suoi impegni forensi e accademici, cui si aggiunge dal 1944² la presidenza della facoltà giuridica romana, che implicò anche rilevanti funzioni nel cantiere della riforma universitaria, che sostituì il precedente intenso coinvolgimento legislativo nella redazione del codice civile. Vassalli, tuttavia, come il materiale che qui si pubblica consente di accertare, ha svolto un ruolo anche negli anni della transizione democratica, in una misura certamente non paragonabile ad altri grandi giuristi dell'epoca, protagonisti a tempo pieno della nuova stagione costituzionale e padri costituenti (su tutti Calamandrei e Mortati), ma comunque non trascurabile.

Di questa temperie fa parte il notissimo episodio della difesa dei senatori dichiarati decaduti dalla carica: una lunga e tormentata vicenda giudiziaria alla quale Vassalli dedicò anche un libro, pubblicato nel 1949³, interamente costruito intorno a scritture forensi (con al centro le tre memorie del 1946, 1947, 1948), la cui singolarità consiste proprio nel fatto di raccogliere materiale tratto dalla fucina della prassi giurisprudenziale (le allegazioni), quasi inventando, si potrebbe dire, un nuovo genere lettera-

rio, accanto alle monografie, ai manuali e ai più solenni trattati, a testimoniare un frammento di storia giuridica italiana⁴. Finora era questo il frutto più tangibile dell'impegno costituzionale di Vassalli nella fase di cui ci occupiamo, originato dalla sua esperienza concreta di avvocato. La difesa dei senatori dichiarati decaduti dalla carica passò infatti attraverso la sottile cruna dell'ago della controversa interpretazione dei decreti legislativi, alcuni di rango costituzionale, emanati dal Governo provvisorio, organo emblematico della fragile e lenta fase di transizione verso la democrazia, garante con i suoi ministri della "tregua istituzionale" sancita dalla "costituzione provvisoria", racchiusa nei pochi ma fondamentali articoli del d.l.lgt. 25 giugno 1944 n. 151. È noto che, nel fervore della lunga e accesa disputa, Vassalli assunse un'attitudine molto critica nei confronti dei provvedimenti epurativi dei senatori emanati dal governo provvisorio, sostenendo anche un'interpretazione estensiva della tregua istituzionale prescritta dal d.l.lgt. 151. È altresì noto il suo scetticismo, sul quale torneremo, nei confronti della nuova carta costituzionale e del dogma della sovranità statale: giudizio rassegnato in alcune riflessioni scritte nel decennio repubblicano, influenzate dalla condizione italiana dopo l'immane catastrofe bellica e da un confronto con l'esperienza costituzionale britannica, che fecero da potente catalizzatore per lo storicismo di Vassalli.

I materiali ritrovati in archivio restituiscono una visione più articolata del suo pensiero intorno a specifici problemi giuridici della transizione democratica, al punto da far rimpiangere un'esposizione più completa, che non era nelle sue corde di osservatore attento e acuto degli eventi, ma più incline a

dipingere miniature che vasti affreschi d'insieme, ad esprimersi su singole questioni giuridiche che su problemi più generali. Ciò nonostante, si tratta di una documentazione di estremo interesse, sia per i punti di vista che esprime, sia per la ricostruzione della rete di rapporti intessuti da Vassalli in quel periodo con interlocutori ufficiali, come la *Allied Control Commission* (ACC).

Su un totale di sei testimonianze, spiccano infatti i due *legal advice* resi sull'interpretazione del d.l.lgt. 151 commissionati dalla *Legal Sub-Commission* coordinata dal *Chief Legal Advisor* W.E. Behrens e da quest'ultimo comunicate rispettivamente il 29 novembre 1944 e il 30 agosto 1945. Consulenze collettive, rivolte cioè ad un *pool* di autorevoli giuristi italiani, di cui faceva parte anche Filippo Vassalli, per un totale di sette giuristi nel primo caso e quattro nel secondo. Affine a questi due pareri strutturati, abbiamo inoltre copia dattiloscritta di un intervento finora non meglio contestualizzabile, intitolato *Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano*, che ricerca il fondamento costituzionale e giuridico dei poteri del governo provvisorio.

A margine di questi tre scritti più ordinati e organizzati nello schema di un parere o di un intervento, disponiamo infine di due appunti autografi e di un conciso ma dettagliato intervento dattiloscritto, che compongono idealmente una trilogia sui limiti di fatto della Costituente. Si può anzi dire che l'intero *dossier* vassalliano venuto alla luce dagli scavi archivistici abbia come baricentro i poteri della Costituente: in dipendenza dei limiti derivanti dalla posizione internazionale dell'Italia (App. 1); rispetto alla soluzione della questione istituzionale (*legal advice* per gli alleati 29 no-

vembre 1944, App. 4) e ai poteri legislativi e di governo (*legal advice* per gli alleati 30 agosto 1945, App. 5).

2. «C'è proprio bisogno di rifare lo Stato?»: il vero dilemma della Costituente

Così sommariamente indicate le tappe del percorso che ci proponiamo di compiere in queste pagine, è opportuno iniziare proprio dalla trilogia di scritti appena menzionata, che appare quanto mai composita. Si tratta infatti di due appunti autografi, vergati rapidamente sulla carta quasi a liberare i pensieri sul tema, e di un breve intervento in cui parte di quelle digressioni prendono la forma di un discorso sistemato e definito sulla carta: malgrado la brevità, come sempre in Vassalli, anche le notazioni più rapide sono comunque la spia di un ragionamento più complesso. È difficile giungere ad una datazione certa di queste carte, che potrebbero collocarsi nel 1944-1945, avendo quale comune denominatore l'idea della fine del dogma della sovranità nazionale, che è un concetto sul quale Vassalli insisterà anche in altri scritti del dopoguerra: basterà qui fare riferimento a quelli generati dalle sue impressioni di viaggio in Inghilterra nel novembre-dicembre 1945⁵.

Il primo appunto⁶ assume infatti un tono pessimistico, o quanto meno scettico, in ordine alla possibilità di ricostruire uno Stato «sfasciato»⁷. Lo «sfascio» della cruda prosa di Vassalli corrisponde al «polverone» che si offre allo sguardo di Annita nel grande romanzo storico di Elsa Morante, di cui in epigrafe abbiamo voluto riprodurre un frammento. La «carenza attuale dello Stato» e l'opportunità o la

possibilità di ricostituirlo: è questa per Vassalli la questione centrale da risolvere preliminarmente ad altre, come la cruciale questione istituzionale (monarchia o repubblica?) che tanto occuperà, invece, lo spazio della discussione politica.

C'è da decidere innanzitutto se convenga «rifare lo Stato» oppure sperimentare modi alternativi di «civile convivenza». A questo angosciante interrogativo il giurista perviene dopo aver constatato la perdita degli elementi costitutivi di uno Stato: esercito, polizia, governo, capo, idea, ideale, armata, diritto, territorio sicuro nei suoi confini.

Di cosa, dunque, in questa sorta di anno zero, potrebbe discutere la futura Costituyente? È questo il nodo gordiano del secondo appunto (App. 2)⁸.

La questione istituzionale, come si accennava prima, che Vassalli per inciso mostra esplicitamente di ritenere uno degli oggetti sottoposti alla decisione dell'Assemblea (mentre il punto come si vedrà era controverso), passa in secondo piano rispetto all'interrogativo prioritario: «ci deve essere uno Stato italiano?»⁹. Vassalli avanza pertanto dei dubbi sugli effettivi poteri della Costituente, che gli appare condizionata nel suo agire dalla situazione internazionale. La coincidenza con le meditazioni esposte dallo stesso autore in altra sede è piena¹⁰: è la stessa sovranità italiana ad essere in bilico, se non annientata, e a generare dubbi quanto al concreto margine di indipendenza dei padri costituenti. Notazioni quasi di getto e improvvisate, come si vede, espressione di un'inquietudine vera, determinata dagli eventi, e affine a quella di altri giuristi del periodo¹¹.

Un tono analogo ha l'altro scritto di questa trilogia sui limiti dell'azione della

Costituente, che non a caso abbiamo accostato alle due note autografe di cui si è appena parlato¹². Qui il pensiero di Vassalli si distende in una riflessione che abbandona i moti scomposti dell'animo per consolidarsi in un discorso più organico, che ha sempre come tema i poteri della Costituente, che cosa «si vuole fare» e che cosa «si può fare» nell'attuale momento di crisi del «dogma giuridico della sovranità statuale», che «non può illudere più nessuno». E dunque è questo, secondo Vassalli, il vero nodo della questione costituente: quali sono i reali margini di azione per l'Italia, la «sfera di libertà» che ad essa sarà riservata in sede internazionale, non essendo la mera indipendenza territoriale sufficiente a fondare anche l'autodeterminazione. La Costituente, perciò, date queste premesse, si presenta per Vassalli ancora di fatto fortemente condizionata nelle sue scelte.

Ci sono poi i due distinti problemi del ruolo della Costituzione e del suo contenuto. Sul primo punto, Vassalli manifesta tutta la sua preferenza per una costituzione affidata alla storia, di «formazione lenta e graduale», come quella inglese si potrebbe aggiungere avendo in mente altri suoi scritti. Per il Vassalli storicista, infatti, «la costituzione non è come un abito che si ordina su commissione»: non si può fare a meno di notare come da questa frase traspaia un certo scetticismo sulla forza normativa di un documento forgiato da una nazione riunita in assemblea a formulare principi generali, molto dipendendo dall'attuazione di quanto scritto sulla carta¹³. È lo stesso spirito critico espressione di un disagio a suo tempo manifestato da Vassalli riguardo alle dichiarazioni della Carta del lavoro: altro il testo programmatico, altro la sua concreta realizzazione in regole se possibile certe e

determinate. Comunque sia di questa affermazione sul valore relativo di una carta costituzionale, che collima con analoghe sue prese di posizione¹⁴, la Costituzione che ci si appresta a formare è tuttavia una strada obbligata che ottiene il pieno favore di Vassalli.

Ci sembra questo un elemento nuovo da tenere nella massima considerazione. Ammessa la preferenza per un modello costituzionale che si fa nel tempo, piuttosto che essere deciso a tavolino in laboratorio da una assemblea di nomoteti, Vassalli afferma tuttavia l'assoluta necessità per l'Italia di darsi una costituzione, trovandosi in una situazione di «vuoto costituzionale». Il maestro romano, infatti, condivide qui implicitamente una tesi che esporrà in forma più esplicita nello scritto sui poteri del Gabinetto¹⁵. Gli italiani al momento sono «un popolo senza costituzione»: frase nella quale possiamo leggere una posizione contraria alla tesi della continuità costituzionale, più lucidamente ed estesamente argomentata da altri grandi costituzionalisti del tempo, come Mortati e Calamandrei¹⁶. Allo stato, il ritorno allo Statuto pre-fascista appare impossibile e la costituzione fascista è stata distrutta: da qui la constatazione di un vuoto costituzionale che è opportuno colmare. La nuova costituzione appare dunque come una necessità da sostenere, malgrado le preferenze personali per una soluzione storicistica all'inglese. Se così è, ne traiamo la conclusione di un sostegno alla Costituente e non di un rifiuto da parte di Vassalli. Che cosa poi questa Costituente voglia e possa fare è un altro discorso, che abbiamo già affrontato ed è ora utile completare.

Sul "potere" Vassalli sospende il giudizio, in attesa delle decisioni sullo «statuto internazionale dell'Italia». Sugli oggetti

della volontà costituente, offre un ampio elenco di temi da decidere: di nuovo la forma monarchica o repubblicana, la gestione collettiva dei mezzi di produzione, la «limitazione delle fortune individuali», la co-scrizione obbligatoria, la polizia; e ancora l'organizzazione interna (che comprende i rapporti tra i poteri dello Stato, il sistema elettorale, le amministrazioni periferiche, l'insegnamento, l'assistenza e la previdenza. Ci si sarebbe aspettato un più deciso accento sul rafforzamento delle libertà individuali alla Calamandrei o alla Mortati, ma si tratta di un discorso non enfatizzato nelle pagine che stiamo illustrando: forse specchio di uno scetticismo di Vassalli riguardo alla scrittura dei diritti di libertà, che per altri giuristi¹⁷ rientravano invece tra i compiti più urgenti di una nuova carta costituzionale?

3. *Legittimo, ma con poteri legislativi circoscritti: il Gabinetto del governo provvisorio*

Risposte più precise e circostanziate ricaviamo dagli altri documenti del *dossier*, che si occupano di questioni più specifiche e mirate. Di grande interesse si rivela lo scritto sul fondamento costituzionale del Gabinetto nel governo luogotenenziale, cardine della costituzione provvisoria dello Stato disposta dal d.l.lgt. 151¹⁸.

In questo testo, Vassalli si chiede innanzitutto quale sia la base costituzionale del governo provvisorio. La risposta permette di inserirlo a pieno titolo tra i discontinuisti, alla pari di Calamandrei, Mortati e altri giuristi, che negano recisamente la continuità istituzionale, ma con alcune differenze. Per riassumere lapidariamente la tesi di

Vassalli, la base «giuridico-costituzionale» del Gabinetto – che, ricordiamolo, in assenza del Parlamento (abrogata la Camera dei fasci e delle corporazioni; non formalmente soppresso ma disattivato il Senato; non ricostituita la Camera dei deputati) aveva anche potere legislativo (come stabilito dal d.l.lgt. 151), da esercitarsi attraverso decreti legislativi luogotenenziali – non poteva rinvenirsi in alcuna costituzione: non la costituzione preesistente all'avvento del regime fascista; non la costituzione fascista; non la futura nuova costituzione. Dallo scritto risultano limpidamente le ragioni del «vuoto costituzionale» (per usare l'espressione di Calamandrei), sul quale era sorto il governo provvisorio luogotenenziale.

Anche Vassalli non crede alla possibilità di un aggancio con lo Statuto albertino, fonte di un governo parlamentare soppresso dal fascismo; e non crede altresì alla connessione con la costituzione fascista, ormai dissolta, mentre la nuova costituzione democratica non è ancora stata predisposta, né la Costituente ancora eletta. La conclusione è dunque quella dell'assenza di una base giuridica costituzionale. È interessante notare che Vassalli, come Calamandrei e Mortati, e a differenza di Vezio Crisafulli¹⁹, non ritiene plausibile fondare il governo provvisorio sulla luogotenenza, istituto anomalo e per nulla conseguente all'omonima figura prevista dallo Statuto albertino, soprattutto perché, a differenza di quella, si trova ad operare in un ordine privo di Parlamento, così che il governo è chiamato ad esercitare eccezionalmente anche un potere legislativo, pur non essendo «rappresentativo» come un Parlamento²⁰. Sembra di cogliere un'enfasi negativa di Vassalli su questo strapotere del governo, «che va oltre allo stesso totalitarismo del

regime fascista, senza peraltro – a differenza del regime fascista – essersi creato una base costituzionale operando entro le linee maestre della costituzione precedente». Ben diversi erano stati gli accenti di Mortati che, nel suo fondamentale studio sulla Costituente del 1945, sicuramente letto da Vassalli (come dimostrano quanto meno le difese dei senatori), pur caratterizzando il governo provvisorio con l'epiteto di «dittatoriale» ne aveva invece giustificato i poteri straordinari di cui era dotato²¹, come del resto era accaduto con la sua concezione del Comitato di liberazione nazionale²².

Una seconda differenza rispetto alle aperture di Mortati si riscontra anche nel tentativo di Vassalli di fondare comunque la legittimità del governo provvisorio su altre basi che non siano quelle di una costituzione. A questo riguardo, esclusa nettamente l'ipotesi di una sorta di «comitato di salute pubblica», Vassalli preferisce risolvere la questione indicando con sicurezza la fonte di legittimazione del Gabinetto nell'investitura, cioè nel riconoscimento, da parte dell'autorità alleata. La tesi collima con la visione degli Alleati ed è giuridicamente salda. Piuttosto è da osservare che Vassalli è alieno dal ricercare una autofondazione del potere costituente, preferendo un riconoscimento formale da parte di un'autorità: il mondo di Mortati e tutta la sua raffinata costruzione di un potere costituente fondato su un «fatto normativo», in una certa misura condiviso anche da Calamandrei, sembra dunque estraneo alla sua cultura costituzionale²³.

Malgrado la sicura efficacia di un argomento come quello usato da Vassalli, soprattutto dal punto di vista degli Alleati, è altrove che ci dobbiamo rivolgere per rinvenire costruzioni dotate di un respiro

più libero e innovativo. Ciò non toglie che la posizione sia perfettamente giustificata alla luce di quanto finora emerso: Vassalli, come abbiamo visto, è portato a sottolineare il condizionamento italiano rispetto agli impegni internazionali e al governo alleato. Appare logico, pertanto, dal suo punto di vista, fondare la legittimità del governo su quelle basi.

Comunque sia di questo profilo, importa ora osservare che proprio perché privo di base costituzionale, secondo Vassalli il governo provvisorio incontra dei limiti evidenti alla sua azione, che è ridotta all'adempimento dei «compiti quotidiani dell'amministrazione per i fini insopprimibili della conservazione». Non è solo «la posizione costituzionale» a dettare una simile conclusione, ma anche «la realtà politica» in cui il governo si trova ad operare. Il governo provvisorio nasce dunque con poteri più estesi di un normale governo costituzionale, ma nello stesso tempo più circoscritti. La soglia consiste nell'obbligo di «non intaccare le strutture fondamentali dell'ordinamento sociale ed economico del popolo sul quale si estende la sovranità dello stato» e di rispettare la politica internazionale. Posizione ortodossa, questa di Vassalli, che riconosce, fonda ma insieme limita i poteri del governo provvisorio, come del resto attestato dallo stesso d.l.lgt. 151, che obbligava ministri e governo a giurare il rispetto della «tregua istituzionale» (controverso sintagma su cui Vassalli eserciterà il suo sottile ingegno nei processi in difesa dei senatori²⁴). In conclusione, non si riscontrano nostalgie di passato nelle posizioni costituzionali di Vassalli: il mondo dello Statuto è tramontato, anche se Corona e Senato sono ancora presenti nell'ordine costituzionale italiano.

4. *Il legal advice agli Alleati sulla questione istituzionale: Costituente o referendum?*

Il 29 novembre 1944 il colonnello W.E. Behrens, *Chief Legal Advisor* della ACC, comunicava all'ambasciatore Alexander Kirk il parere della *Legal Sub-Commission* sulla controversa interpretazione del d.l.lgt. 151 in merito alla soluzione della questione istituzionale (monarchia o repubblica), conformandosi alla consulenza resa da «seven of the most eminent jurists in Rome»²⁵. A corroborare l'oggettività del parere *pro veritate* ricevuto, Behrens aveva cura di precisare che i sette giuristi consultati manifestavano diverse idee politiche. Si trattava di un insigne gruppo di professori-avvocati di diversa provenienza accademica e diversa specializzazione: Roberto Ago (Milano), Filippo Vassalli (Roma), Giuseppe Ferri (Milano)²⁶, Pasquale Chiamenti (Genova), Mario Scerni (Firenze), Giuliano Vassalli (Genova), Vezio Crisafulli (Trieste). Una compagine nella quale spiccano i nomi dei due Vassalli, padre e figlio; due esperti internazionalisti (Ago e Scerni); un gius-commercialista di vaglia e collaboratore di Vassalli (Ferri); un comparatista (Chiamenti); un giovane ma già affermato costituzionalista (Crisafulli). Il più anziano del *team*, e il più autorevole insieme a Roberto Ago, è Filippo Vassalli, seguito da Giuliano (nato nel 1915) e dagli altri, della generazione nata ai primi del Novecento (1907-1910).

La risposta di Behrens a Kirk, come vedremo favorevole a incardinare *de iure condito* la scelta istituzionale nella Costituente, ha un antefatto.

Il 3 luglio 1944 il *Chief Commissioner* Ellery W. Stone, allora capitano, comunicava in un memorandum al generale Sir

Henry Maitland Wilson i risultati a dir poco sorprendenti della sua interlocuzione con il governo Bonomi, nella persona del presidente del Consiglio (Bonomi) e del sottosegretario agli esteri (Visconti Venosta)²⁷. Oggetto dell'inchiesta: chiarire la posizione del governo italiano, a fronte del comunicato del 23 giugno 1944 che dava un'interpretazione sibillina della bozza del futuro d.l.lgt. 151 che, come noto, avrebbe affidato la scelta della forma di governo (monarchia o repubblica) alla Costituente medesima, che sarebbe stata eletta «a tal fine» dal popolo. Invece, dalle spiegazioni ricevute, Stone aveva ricavato una ben diversa determinazione: i due politici lo avevano informato che il governo in realtà non aveva ancora deciso tra referendum e Costituente, e che il comunicato aveva solo lo scopo di rassicurare sul fatto che la decisione sarebbe spettata al popolo e che la Costituente sarebbe stata eletta²⁸. Stone comprende che la questione è di capitale importanza politica, cita le opinioni di Churchill e Roosevelt sulla necessità che sia il popolo a dover liberamente decidere la questione istituzionale²⁹ e avanza anche la propria idea: «the best chance of a fair decision of the issue between monarchy and republic would be a referendum, or plebiscite – preferably under Allied supervision». In attesa che il governo decida, l'alto ufficiale chiede quindi istruzioni sulla linea che la ACC deve seguire.

La lettera di Stone innesca una procedura interna alla Commissione.

Il 5 ottobre 1944 il vice-presidente della *Civil Affairs Section* della ACC, brigadiere G.R. Upjohn, scrive al *Chief Legal Officer* incaricandolo di interpretare il d.l.lgt. 151³⁰. Nella costituzione provvisoria disegnata da questo testo fondamentale il problema era

stato infatti risolto espressamente all'art. 1, ma non nel senso sostenuto dal governo: «Dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato». Il 6 ottobre 1944, in risposta al quesito, il colonnello Richard H. Wilmer, *Chief Legal Advisor*, replica che il testo del decreto è chiaro nell'affidare la decisione alla Costituente³¹. Il Governo si è dunque legato le mani, contro quanto dichiarato a Stone da Bonomi. Tutto ciò che può fare, a meno che la Costituente non decida di consultare il popolo con referendum (soluzione però discutibile, come vedremo), è di abrogare il decreto ed emanarne uno nuovo.

La questione sembra così definitivamente risolta. Ma un colpo di scena viene a modificare il quadro e a generare un secondo dettagliato memorandum in data 17 novembre 1944 del *Chief Commissioner* Ellery W. Stone, ora ammiraglio, al generale Wilson³²: il principe Umberto, Luogotenente del Regno, rilascia la nota intervista al *New York Times*, in cui dichiara di essere favorevole al referendum («a straight choice»), nell'evidente intento di accreditare la monarchia come interlocutrice privilegiata della sinistra. E infatti Herbert L. Matthews intitola il suo pezzo *Monarchy of Left*³³.

La lettura del pezzo – che poteva considerarsi una violazione della tregua istituzionale³⁴ – crea scompiglio a Roma e il governo è costretto ad emettere un altro comunicato nel quale «reaffirms the solemn pledge to decide about the institutional issue through the vote of a Constituent Assembly, as it has been established by a State law»³⁵. A questo punto, Stone ritiene giustamente questa af-



Filippo Vassalli a Montevideo (Uruguay), 25 settembre 1951 (Università di Milano-Bicocca, Polo di Archivio Storico, Archivio Filippo Vassalli, Fotografie)

fermazione in contrasto con le assicurazioni fornitegli dal governo, così come messe nero su bianco nel suo precedente memorandum a Wilson del 3 luglio, e ne chiede spiegazione nuovamente al presidente Bonomi e al sottosegretario agli esteri i quali, il 9 novembre, complicano ulteriormente il quadro, riconoscendo che i partiti della sinistra sono favorevoli alla repubblica ma contrari al referendum, e che comunque, al di là di quanto ufficialmente dichiarato nel comunicato, la corretta interpretazione del d.l.lgt. 151 è un'altra: alla Costituente spetta di determinare la «forma di governo», ma non il «tipo di governo – monarchia o repubblica», scelta che potrebbe quindi

essere demandata al popolo per referendum. In altri termini, secondo Bonomi la legge non preclude affatto l'indizione di un referendum e comunque nulla vieta di emanare un nuovo decreto che chiarisca il punto in questione. Il presidente del consiglio si spinge fino ad esprimere il personale desiderio che siano gli Alleati a chiedere di far decidere la questione per referendum. Stone rimane perplesso rispetto alla questione e rilancia sullo strumento per meglio assicurare la consultazione popolare che, come sappiamo, lo vede personalmente favorevole: inserire un'apposita clausola nel trattato di pace.

La questione si complica ulteriormente il 20 novembre 1944, quando l'ambasciatore Alexander Kirk scrive a Stone che i giuristi americani del Dipartimento di Stato hanno dato un'interpretazione del d.l.lgt. 151 diversa da quella della *Legal Sub-Commission*: il decreto non commette alla Costituente di decidere sulla scelta tra monarchia e repubblica, ma solo sulla nuova costituzione e sulle «forme» istituzionali intese come «forme di governo», secondo l'ipotesi ermeneutica del Governo. Poiché la questione è considerata di vitale importanza dal punto di vista politico, Kirk chiede un ulteriore chiarimento ermeneutico alla ACC e inoltre se la stessa nell'approvare il d.l.lgt. avesse compreso che era stata fatta una scelta tra referendum e Costituente³⁶.

A questo stadio dell'affare, divenuto giuridicamente dibattuto, la parola passa nuovamente alla *Legal Sub-Commission* che, proprio in vista degli autorevoli dubbi espressi dal Dipartimento di Stato, decide di chiedere un parere a sette eminenti giuristi, i quali ritengono all'unanimità e senza esitazioni (il punto viene volutamente sottolineato) che la scelta rientri tra le funzioni della Costituente. Il *Chief Legal Adviser* Behrens ne dà notizia a Stone il 29 novembre 1944³⁷.

I giuristi, non senza una vena polemica, affermano innanzitutto preliminarmente che la *construction* del d.l.lgt. 151 deve compiersi secondo i canoni italiani di ermeneutica e non in base alle intenzioni dei ministri del tempo. Nel merito, sostengono inoltre che la lettera dell'art. 1 affida la decisione delle «forme istituzionali» o «forme di governo» (monarchia o repubblica) alla Costituente, respingendo l'interpretazione restrittiva del Dipartimento di Stato (appoggiata a sua volta su quella del Governo). Trovano ancora nel

testo un altro argomento a sostegno di questa interpretazione: l'art. 3, che dispone la tregua istituzionale fino alla convocazione dell'Assemblea Costituente, rendendo perciò evidente che la scelta debba essere fatta dall'assemblea stessa. Infine, rammentano che le norme sull'elezione della Costituente non sono ancora state stabilite e potrebbero prevedere l'adozione di un elaborato sistema proporzionale idoneo a dare ampia rappresentanza al popolo, con lo stesso effetto di un referendum. Ma anche se così fosse, viene precisato, la decisione spetterebbe comunque alla Costituente.

Il *Chief Legal Adviser* accoglie l'opinione dei giuristi e sostiene che le ragioni avanzate dal presidente del Consiglio non si accordano con la «true interpretation» del d.l.lgt. 151: in particolare risulta fuorviante («misleading») la distinzione tra «forme» e «tipi» di governo avanzata dal Governo. Behrens aggiunge che, come già sostenuto nel precedente parere, il governo italiano potrebbe legittimamente emanare un nuovo decreto cambiando i termini della questione.

È interessante notare che nel gruppo dei giuristi non è stata raggiunta l'unanimità quanto alla possibilità che la Costituente, una volta insediata, determini la questione istituzionale tramite referendum, dipendendo dalle norme di procedura ancora da stabilire e sembrando ad alcuni che sarebbe comunque contrario allo spirito della legge. Il colonnello Behrens non omette di rispondere all'altro quesito posto dal Dipartimento di Stato, circa la consapevolezza del problema da parte della ACC al momento di prestare la sua approvazione al d.l.lgt. 151: in realtà, la *Legal Sub-Commission* non era mai stata consultata nelle more della preparazione del decreto.

Non seguiamo nei dettagli l'ulteriore *iter* del caso. Osserviamo soltanto che l'interpretazione data dai giuristi e dalla Sotto-Commissione legale appare in effetti non soltanto ineccepibile, ma anche conforme a quella dei più importanti giuristi italiani: basti citare Mortati, Calamandrei, Crisafulli, e il giovane Guarino³⁸. Di questa schiera fa parte anche Filippo Vassalli, come provano sia i documenti citati al § 2, sia il parere collettivo.

La vicenda giuridica qui sommariamente riassunta è rilevante anche per altri motivi: essa è un anello fondamentale, che porterà il governo De Gasperi a modificare il d.l.lgt. 151: tramite il d.l.lgt. 98/1946; prova, inoltre, l'ambiguità (che per alcuni diventa inaffidabilità) delle dichiarazioni di Bonomi su un tema così importante; attesta inoltre la divergenza di opinioni tra la ACC e il Dipartimento di Stato. Anche se la decisione che porterà al *revirement* del 1946 è di natura politica, l'interpretazione del d.l.lgt. 151 ne costituisce un presupposto essenziale ed ai nostri fini è importante sottolineare il ruolo rivestito da Vassalli, evidentemente riconosciuto dagli Alleati come giurista eminente, seppure non isolato da altri. Questa risoluzione fu presa anche a seguito di interlocuzione con gli Alleati, che indipendentemente da un intervento diretto svolsero quindi un ruolo sinergico³⁹. È di estremo rilievo notare comunque che le perplessità giuridiche generate dal d.l.lgt. 151 non furono indifferenti nell'orientare i successivi passi. Ci è sembrato perciò di interesse ritornare su questo *dossier*, poco o nulla valorizzato nella sua dimensione giuridica dalle ricerche.

Per completare il quadro si aggiungano in epilogo due dettagli. Il 12 dicembre 1944 Stone scrive al Presidente del Consiglio Bonomi una lettera in cui, proprio a

seguito della ridda di interpretazioni di cui era stato variamente oggetto il d.l.lgt. 151, malgrado le sue assicurazioni verbali sul significato dato dal suo governo⁴⁰, si rendeva opportuno per il futuro effettuare un reale controllo preventivo sui decreti⁴¹: la *querelle* aveva dunque lasciato un ulteriore segno, consistente nella revisione del metodo legislativo. Inoltre, se ancora il 3 gennaio 1945 Bonomi confermava a Stone l'interpretazione del d.l.lgt. 151 data dal suo governo⁴² e il 3 maggio 1945 rinnovava la richiesta dell'inserimento di una clausola apposita nel trattato di pace⁴³, e il Dipartimento di Stato continuava a perorare la causa del referendum⁴⁴, dal canto suo il 30 giugno 1945, a pochi giorni dall'insediamento del governo Parri, Stone confermava la sua posizione in un memorandum indirizzato al Comandante Supremo delle Forze Alleate Harold Alexander⁴⁵, e il 17 luglio 1945, a quasi un mese dalla costituzione del governo il *Chief Commissioner*, pur ribadendo la sua preferenza per il referendum, continuava a ritenere che il d.l.lgt. 151 precludesse questa via, per seguire la quale si rendeva necessario emanare un nuovo decreto⁴⁶. Altri eventi documentati provano che questa manovra di marcia verso il referendum sarebbe stata la strategia del futuro, che avrebbe condotto direttamente il governo De Gasperi ad emanare il già menzionato d.l.lgt. 98 del 16 marzo del 1946⁴⁷.

5. «*The fundamental idea of a sovereign body invested with all power*»: il legal advice in difesa dei pieni poteri della Costituente

Gli archivi della ACC custodiscono un altro documento di fondamentale importanza al

fine di tratteggiare il ruolo di Filippo Vassalli quale consulente degli Alleati su questioni costituzionali. Questo contributo, se non andiamo errati, è passato in sordina negli studi, mentre merita invece un forte rilievo. Si tratta di un'altra questione di «construction of the Italian decree, DLL No. 151 of 25 June 1944» che, come nell'episodio appena narrato, è tra i fattori giuridici che influenzeranno la modifica legislativa attuata con il d.l.lgt. 16 marzo 1946 n. 98. Il tema è dei più discussi anche in dottrina: i poteri legislativi e di governo della Costituente, una volta insediata, rispetto a quelli del Gabinetto, che la costituzione provvisoria stessa legittimava a continuare le sue funzioni anche dopo l'entrata in attività dell'assemblea: un passo avanti e un passo indietro rispetto alla svolta di Salerno, secondo l'appuntito commento di Leo Valiani⁴⁸.

Ancora una volta, a formulare il dubbio e a prendere misure opportune per risolverlo consultando esperti giuristi esterni, si muove la *Legal Sub-Commission*, nella persona del *Chief Legal Advisor*, colonnello Behrens, che il 30 agosto 1945, appena entrato in carica il governo Parri, rende al *Chief Commissioner* un articolato parere sulla delicata questione, fondandolo sul *legal advice* di quattro giuristi⁴⁹.

In questo ulteriore consulto di giuristi italiani si può constatare una ripetizione dello schema utilmente impiegato in precedenza: la questione si deve risolvere applicando rigorosamente i criteri di interpretazione della legge vigenti nell'ordinamento italiano, poiché il problema, come si puntualizza, è essenzialmente di diritto costituzionale italiano.

Fermiamo preliminarmente l'attenzione sui giuristi consultati, che sono quattro

e vengono individuati semplicemente con le loro qualifiche e non con le loro generalità: il consigliere personale del Presidente del Consiglio (Parri); il Capo di gabinetto di Nenni, «who was the lawyer then specifically charged by Nenni with framing the proposed laws»⁵⁰; il preside della Facoltà di Giurisprudenza di Roma, «who is one of the most distinguished advocates in Cassation» (Filippo Vassalli); un altro avvocato cassazionista e professore all'Università di Genova⁵¹. Filippo Vassalli, dunque, viene nuovamente riconosciuto come esperto accreditato, adatto a sciogliere complicate questioni giuridiche.

Che lo schema adottato, come già anticipato, fosse lo stesso della precedente consulenza, è provato dal fatto che i quattro giuristi ritengono che i termini «Assemblea Costituente» siano «words of art», vocaboli tecnici dotati di un loro ampio significato preciso, e non «words of description», secondo la tipica tecnica definitoria anglo-americana. E dunque sono parole da assumere in un significato largo, corrispondente al «general European concept of a Constituent Assembly», derivato dalla Rivoluzione francese del 1789 e che coincide con l'idea di un corpo sovrano, di per sé dotato di tutti i poteri (legislativi e di governo) e soprattutto non limitabile nella sfera di tali poteri.

In aggiunta all'argomento storico, i «four leading and most responsible jurists» affermano: a) che l'art. 1 del d.l.lgt. 151, nel conferire alla Costituente il compito di redigere la nuova costituzione, non limita ulteriormente la sua azione; b) che per l'art. 3 i ministri non pregiudicheranno la questione istituzionale «fino alla convocazione dell'Assemblea», il che implica un'assunzione totale di poteri da parte della

stessa dopo la sua istituzione; c) addirittura – e si tratta della lettura più dirompente dei quattro esperti⁵² – che, nonostante l'art. 4 conferisca testualmente i poteri legislativi al Gabinetto «fino all'entrata in funzione del nuovo Parlamento»⁵³, tali parole si devono interpretare restrittivamente, nel senso che in caso di proclamazione della repubblica il re dovrà abdicare, il Luogotenente rassegnare le dimissioni e non sarà più possibile applicare la procedura legislativa del governo provvisorio; d) che, secondo quanto esige il «general feeling of the people», come nel 1789 il popolo è chiamato ad eleggere un corpo che non dovrà limitarsi a redigere la nuova costituzione, ma potrà anche legiferare su tutte le maggiori questioni del momento. In definitiva, grazie ad una raffinata operazione ermeneutica basata sul significato largo di un vocabolo tecnico, i giuristi avanzano anche stavolta un'interpretazione dei termini del d.l. lgt. 151 tale da assicurare alla Costituente, dal momento della sua entrata in funzione, pienezza di poteri, legislativi e governativi. Il compito si presentava però giuridicamente più arduo rispetto alla soluzione della questione istituzionale: si trattava infatti di intendere i termini oltre la loro *strict interpretation*, facendo valere un argomento storicistico (che qui, forse, ci sia una traccia della nota perizia vassalliana in questo campo?) e traendone le conseguenze. Il che significava riaprire la questione del riparto di potere tra governo e Costituente, oltre i termini letterali stabiliti dal decreto, attraverso l'ingegnosa *construction* relativa al punto c). Infine, i giuristi italiani insistono ulteriormente sulla loro intenzione di applicare criteri rigorosamente nazionali di interpretazione, e non anglo-sassoni.

Il *Chief Legal Advisor* tenta stavolta di

replicare, cioè di avanzare una *dissenting opinion*, anche se inutilmente, poiché i quattro giuristi consultati sono unanimi nel loro parere. Si tratta – egli ne è ben consapevole – di argomenti puramente «accademici», di fronte ad una tale unità di intenti. La sua posizione è radicalmente opposta e favorevole ad una *strict interpretation* per i seguenti motivi: a) l'espressione «Assemblea Costituente» introduce una definizione stipulativa («*words of description*») secondo la tecnica degli *statutes* anglo-americani, per cui l'interprete si deve attenere strettamente a quanto stabilito nel decreto, che menziona solo il potere di redigere la nuova costituzione; b) l'art. 3 viene letto in maniera opposta a quanto fatto dai giuristi italiani, cioè come se non implicasse che i ministri non debbano restare in carica anche dopo la convocazione dell'assemblea, tant'è vero che essi devono giurare di esercitare la loro funzione senza limitazioni di tempo e di non pregiudicare la soluzione della questione istituzione solo fino alla convocazione della Costituente⁵⁴; c) l'art. 4 è testualmente dirimente nel prevedere la continuazione dei poteri legislativi in capo al Gabinetto e, in caso di esito favorevole alla repubblica, l'abdicazione del re non deve travolgere anche il Consiglio dei ministri e sarà dovere del re provvedere secondo costituzione ad assicurare la continuazione del Gabinetto fino all'entrata in funzione del nuovo governo. Come nel caso precedente, anche per questa complicata questione si assiste al ripetersi di uno scontro dialettico tra ACC e *Department of State*, a dimostrazione di come diritto e politica concorrono nella soluzione del problema.

Il Dipartimento di Stato interviene infatti il 22 ottobre 1945⁵⁵ a formulare una «*strict interpretation*» del d.l. lgt. 151⁵⁶,

smentendo totalmente l'opinione del *Chief Legal Advisor*, appoggiata sul parere dei quattro giuristi italiani, che non è ritenuta convincente⁵⁷. In sintesi, la ragione del dissenso consiste nel fatto che in Italia, a differenza di altre esperienze europee, la Costituente sarà destinata ad operare in un ordinamento giuridico riconosciuto dagli Alleati e obbligata ad operare sotto la loro supervisione, e questo regime legale comprende poteri di governo e legislativi conferiti al Gabinetto. In questa prospettiva, ogni argomento tratto da altre esperienze storiche cade e si deve ragionare per analogia con le convenzioni costituzionali statunitensi, che a tali assemblee affida solo poteri di redazione o correzione di una costituzione. La presenza, in altri termini, di un legittimo governo basato sul Consiglio dei ministri e il Luogotenente, supportato dal consenso degli Alleati (come aveva sostenuto Vassalli⁵⁸), impedisce di applicare per analogia il regime di altre situazioni europee, diverse da quella italiana; e dunque i poteri della Costituente italiana, ai sensi del d.l.lgt. 151, possono benissimo essere restrittivamente limitati alla mera attività di redazione della nuova Costituzione, mentre il Gabinetto continuerà ad operare fino all'entrata in funzione del nuovo parlamento.

A voler andare più a fondo, il Dipartimento di Stato trae argomento favorevole alla continuazione dello *status quo* anche dalla dichiarazione congiunta di Stati Uniti, Gran Bretagna e Russia del 13 ottobre 1943 di voler rimettere ogni decisione sul governo al popolo italiano⁵⁹, nel senso che da essa si poteva evincere «that legal continuation of the government must be assured, that any change in the structure of the state must be achieved by con-

stitutional means and that such changes must accord with the will of the people», e richiede perciò alla ACC di riprendere la discussione sul punto⁶⁰.

Resta dunque dimostrata l'interdipendenza tra argomenti giuridici e politici nella soluzione di temi controversi, come quello in esame, e resta dimostrato che le modifiche cui fu soggetto il d.l.lgt. 151 nacquero sul campo da precisi condizionamenti, politici e giuridici al tempo stesso. Anche questa seconda storia ne è esemplare testimonianza: essa, infatti, è il preludio al d.l.lgt. 98 del 1946, che tanto avrebbe fatto discutere i più insigni costituzionalisti per le restrizioni apportate alla sovranità della Costituente⁶¹.

Una ragione di più per non considerare irrilevante, nel contesto di quegli anni convulsi, anche l'apporto di un giurista come Filippo Vassalli, non impegnato in prima persona ad edificare la nuova Costituzione, per più aspetti critico nei confronti della politica legislativa del governo provvisorio (come dimostrano anche i documenti qui commentati), ma chiamato comunque, per scelta propria o richiesta altrui, a riflettere sui poteri, sia del governo sia della Costituente, e quindi ad entrare nel nuovo mondo che si stava faticosamente costruendo, con una parola che non fu solo polemica, ma anche costruttiva. Non dimentichiamo che a questo confronto egli era chiamato sia dal ruolo istituzionale ricoperto, sia dal rapporto con il figlio Giuliano, non a caso presente con lui in alcuni dei momenti analizzati⁶².

Come emerge dalle carte, l'impegno di Vassalli durante la transizione democratica fu più intenso e variegato di quanto finora accertato e si concretizzò in due importanti consulenze richieste dagli Alleati sui poteri

della Costituente, che si possono collocare accanto agli appunti ed alle osservazioni sui poteri del Gabinetto del governo provvisorio, ritrovati tra le sue carte: frammenti di un discorso costituzionale che non prese mai la forma di un ragionamento sistematico, nascendo piuttosto dalle occasioni, conservando però sempre il tono netto e tagliente che traspare anche dalle difese dei senatori.

Avanziamo l'ipotesi che si possa anche rintracciare un filo rosso coerente tra questi interventi: la difesa dei poteri della Costituente e, in parallelo, dei limiti del governo provvisorio non può essere letta in controluce anche come un giudizio critico nei confronti della politica e dei suoi tentennamenti? Torna nuovamente il binomio diritto e politica, che Vassalli conosceva bene dagli anni del fascismo. A nostro avviso, un'interpretazione del genere è fondata: l'interpretazione dei giuristi si contrapponeva infatti agli orientamenti degli uomini di governo, ne metteva a nudo le contraddizioni, entrava nel gioco complesso delle decisioni da assumere nel processo costituzionale di *State building*.

Malgrado i limiti di questa esperienza, dunque, quella che emerge da queste testimonianze è la figura di un giurista informato (la sua vocazione pubblicistica, del resto, risale già ai suoi studi romanistici), non arroccato solo nella tutela delle istituzioni di un mondo di ieri al tramonto, ma anche capace di un investimento nel futuro, come provano le stringenti argomentazioni avanzate nella difesa legalitaria dei poteri della Costituente, espletata in veste di tecnico occupato nell'interpretazione dei decreti vigenti. Si tratta di valutazioni che presumibilmente ebbero un peso, insieme ad altre più incisive considerazioni politiche,

nell'orientare il governo a modificare le proprie decisioni. Partendo dalle tracce di una storia personale, è stato così possibile restituire alla discussione un tassello essenziale per definire il contributo dato dai giuristi italiani nelle travagliate vicende del 1944-1945.

Appendice

1. F. Vassalli, *Appunti autografi* (ms.)

Università di Milano-Bicocca, Polo di Archivio Storico (PAST), Archivio Filippo Vassalli (AFV), b. 94, fasc. 6

Appunti per la Costituente

Si fanno discussioni con sapienza anchilosata, legata a vecchi schemi di ordinamenti politici e sociali.

Ma: lo Stato è sfasciato. Lo abbiamo sfasciato. Si è sfasciato. Lo hanno sfasciato. Comunque, non c'è più!

(Che cosa fa uno Stato? Un esercito, una polizia, un governo, un capo, un'idea, un ideale, un'armata, un diritto, un territorio sicuro nei suoi confini: non c'è più niente di tutto questo).

E allora?

C'è proprio bisogno di rifare lo Stato? Non ci sono altri modi di civile convivenza? C'è bisogno del Sindaco? della Giunta? del Consiglio dei Ministri? delle due Camere?

Non si può lasciare costituiti nuclei liberi di autocostruirsi e di autogovernarsi?

Costituente

Su quali oggetti?

La questione istituzionale viene ristretta al punto: regno o repubblica?

Ciò è di secondaria importanza rispetto ad altri punti:

È preliminare: ci deve essere uno Stato italiano?

La carenza attuale dello Stato rende di attualità tale problema.

Può il punto formare oggetto di una votazione di Costituenti?

C'è indubbiamente una interdipendenza col problema delle sistemazioni che formerà oggetto della Conferenza della pace.

2. F. Vassalli, *La Costituente e i suoi limiti di fatto* (ds.)

Università di Milano-Bicocca, PAST, AFV, b. 94, fasc. 6

La Costituente e i suoi limiti di fatto

La Costituente è un'assemblea che deve formulare e mettere in vigore una costituzione, cioè la regola della vita politica di uno Stato.

Si potrebbe anche pensare che la Costituente non possa dar vita che a un documento e che da altri elementi dipende se poi le regole scritte nel documento abbiano virtù di informare di sé la vita politica del Paese: a quel modo che non dipende dagli avvedimenti del biotipologo fare di un

fanciullo piuttosto uno studioso o uno sportivo, un longilineo o un pletorico, un beone o un uomo dai controlli attivi. Ciò porterebbe a considerare che la costituzione non è come un abito che si ordina su commissione, ma è piuttosto una formazione lenta e graduale che viene aderendo man mano nel modo più proprio alla vita di un popolo, di cui rispecchia i bisogni, i gusti, le esperienze.

Ma è certo che se c'è un momento in cui un Paese ha bisogno di darsi una costituzione, questo è il caso dell'Italia d'oggi, perché per una serie di eventi si trova proprio ad essere un popolo senza costituzione. Un tale inconveniente è durato anche troppo.

La costituzione, come tutte le leggi, ha un valore strumentale.

Occorre sapere, per formularla, che cosa il popolo vuol fare e che cosa può fare.

Che cosa "si vuol fare" può essere il consapevole programma del popolo nella sua maggioranza, e può essere il programma di pochi individui che riescono a imporre il loro programma al popolo. Ci saranno comunque fini che sono intesi e pregiati dalla universalità o da una grande maggioranza: per esempio la libertà dal bisogno e la libertà dalla paura. Ci saranno fini di cui i costituenti ameranno, secondo le loro preferenze, predisporre l'attuazione: la forma monarchica o repubblicana, la gestione collettiva dei mezzi di produzione, la limitazione delle fortune individuali, la coscrizione obbligatoria, la polizia affidata alle autorità locali.

Ma perché la Costituente non sia un'accademia e anche per evitare contrasti senza costrutto, occorrerà determinare che cosa "si può fare".

Il dogma giuridico della sovranità statale non può illudere più nessuno, fortunatamente. I costituenti italiani dovranno sapere, prima di accingersi al lavoro, quale sfera di libertà sarà riservata all'Italia nella comunità delle genti: la sola indipendenza territoriale non importa autonomia di determinazioni.

Abbiamo a questo riguardo delle indicazioni più o meno autorizzate: poche forze armate, non marina da guerra, limitata l'aviazione, discusse le colonie. E il regime dei porti? e il regime doganale? e i prestiti? e l'emigrazione o, meglio, la possibilità di lavoro all'estero?

A prescindere dalla risoluzione di questi problemi restano pochi problemi che si possano risolvere con determinazioni di assemblee costituenti: problemi importanti, soprattutto di organizzazione interna, ma piuttosto di carattere tecnico (i rapporti tra i poteri dello Stato, l'organizzazione di ciascuno di essi, il sistema elettorale, i compiti delle amministrazioni locali e il loro rapporto con l'amministrazione centrale, l'insegnamento, l'assistenza e la previdenza). Gli stessi indirizzi di politica sociale restano condizionati alle premesse sopra enunciate, le quali devono essere poste nello statuto internazionale dell'Italia.

3. F. Vassalli, *Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano* (ds.)

Università di Milano-Bicocca, PAST, AFV, b. 94, fasc. 6

Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano

Un Collegio di persone si qualifica Ministero o Gabinetto se ed in quanto abbia fondamento nella costituzione (ossia nella legge costituzionale) dello Stato: per tal guisa soltanto esso riconnette i suoi poteri e la sua funzione alla fonte della sovranità.

Qual è la costituzione dalla quale deriva la sua legittimazione il Gabinetto attuale in Italia? Gabinetto il quale esercita "tutti i poteri dello Stato" (D.L.Lt. 20 luglio 1944, n. 160, Proclama del Presidente del Consiglio della stessa data, ecc.)?

Non la costituzione preesistente all'avvento del regime fascista, poiché essa s'era andata foggiano in un governo parlamentare, in cui il Gabinetto derivava essenzialmente la sua autorità dalla fiducia del Parlamento; e questa forma di regime è stata soppressa dal fascismo e non è stata in alcuna guisa finora ricostituita.

Non la costituzione fascista, perché non è da supporre che alla caduta del fascismo siano sopravvissuti gli istituti di diritto costituzionale dal fascismo creati: e del resto è sicuro che è venuta meno la figura del 'Capo del governo', sulla quale s'imperniava tutto l'ordinamento costituzionale fascista (L. 24 dicembre 1925, n. 2263), sovrappostosi al regime parlamentare e allo stesso sistema dello Statuto Albertino (1848).

Non una nuova costituzione, che si è annunciato dovrà essere espressa da una futura Costituente (D.L.Lt. 25 giugno 1944, n. 151).

Si è quindi di fronte alla assunzione di tutti i poteri statuali da parte di un Collegio di persone, che si denominano Ministero o Gabinetto, ma che non ripetono i poteri stessi da nessuna costituzione.

Non si può ravvisare il riferimento ad una costituzione nel fatto della nomina delle persone stesse a Ministri da parte del Luogotenente del Regno: sia perché il 'Luogotenente del Regno' nell'attuale figura non ha sicura base nei precedenti ordinamenti costituzionali italiani, sia soprattutto perché non basta una nomina regia (anche ritenuta in ipotesi) per dare base costituzionale a un ministero quando mancano tutti gli altri congegni che lo Statuto (assunto in ipotesi a fondamento della nomina) pone a fianco del re e del ministero. Un tale Ministero, difatti, assomma in sé, a differenza di quel che avviene in ogni regime che non sia regime assoluto, non solo le funzioni esecutive e quelle più ampie di governo, ma anche la funzione legislativa: il che va oltre allo stesso totalitarismo del regime fascista, senza peraltro - a differenza del regime fascista - essersi creato una base costituzionale operando entro le linee maestree della costituzione precedente.

Esclusa una base giuridico-costituzionale, può pensarsi - in astratto - o alla figura di un Comitato di salute pubblica o a un'investitura da parte dell'autorità militare occupante.

La prima configurazione sembra da escludere per la presenza sul territorio dello Stato nel quale i poteri del governo vengono esercitati di un'autorità militare estera, i rapporti di preminenza della quale rispetto al governo locale sono regolati di diritto e di fatto dalle clausole di armistizio e da una prassi pacifica. Non sembra invece possa negarsi un'investitura o, comunque, riconoscimento da parte della ridetta autorità militare, potendosi questo ravvisare implicito nei proclami del Governo Militare Alleato coi quali "i poteri dello Stato" sono trasferiti, di volta in volta, al Governo italiano in diversi territori, per 'Governo italiano' intendendosi appunto il Ministero costituito mediante la nomina del Luogotenente del Regno ed esercente i poteri previsti, tra l'altro, dalla legge 25 giugno 1944, n. 151.

Date queste premesse di ordine giuridico-costituzionale, sembra debba derivarne che non possa un tal governo concepire i suoi poteri nella ampiezza stessa di un governo il quale ripeta i poteri da una costituzione, ossia dalla legge che organizza e disciplina la potestà sovrana. Si tratta di un governo costituito per i compiti quotidiani dell'amministrazione, per i fini insopprimibili della conservazione, là dove l'autorità occupante declina i compiti stessi; di un governo, il quale ha poteri che formalmente vanno molto al di là di quelli che una costituzione di regola affida al Gabinetto, poiché comprendono anche la facoltà di emanare norme giuridiche aventi efficacia di leggi;

Chiodi

ma ha poteri che - considerata la posizione costituzionale e più ancora la realtà politica che è alla sua base - devono essere più limitati di quelli che son propri di un ministero, il quale rientri nei quadri di una costituzione legalmente formata e definita e abbia, per ciò stesso, una giustificazione e una forza politica.

S'impone, per codesti limiti, di non intaccare le strutture fondamentali dell'ordinamento sociale ed economico del popolo sul quale si estende la sovranità dello Stato.

Naturalmente limitazioni analoghe devono osservarsi sul piano della politica internazionale.

4. Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello Richard H. Wilmer sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 6 ottobre 1944 (all. alla lettera del 14 ottobre 1944 di E.W. Stone a Sir Noel Charles) Archivio Centrale dello Stato (ACS), *Allied Control Commission* (ACC), 10000/109/1058 [10000: *Headquarters Allied Commission*/109; *Executive Commissioner*/1058; *Constituent Assembly*, 1943 ott. - 1946 mar.], p. 15, consultabile anche online nel sito ACS, ACC: <<https://patrimonioacs.cultura.gov.it/patrimonio/1b83b5f9-f15e-431e-b3d0-7b8f5780ae2/1058-constituent-assembly-1943-ott-1946-mar>>

HEADQUARTERS
ALLIED CONTROL COMMISSION
LEGAL SUB-COMMISSION
APO 394

ACC/4005/L.

WEB/pa.

6 Oct 44.

SUBJECT: Constituent Assembly

TO: Deputy Chief of Staff, Civil Affaire Section

1. We have considered the question raised by your 9/16.1/CA of 5 Oct 44.

2. Article 1 of DLL No. 151 of 25 June 1944 provides, that the new constitution of the Italian State shall be determined by the Constituent Assembly to be elected by the Italian people for that purpose. We are advised and we are of opinion that this provision precludes the Government from determining the constitutional question by referendum. The effect of DDL is to take the direct determination of the issue out of the hands of the Italian people for that purpose. It would be contrary to the terms of the DDL to solve the problem by a direct vote of the people,

3. It is of course possible that the Constituent Assembly, which is a sovereign body with power to adopt any decision, may decide itself to determine the issue by referendum, but in this case both

the holding of the referendum and subsequent constitutional decision based thereon will be the responsibility of the Constituent Assembly and not of the Government.

4. DDL. No. 151 can be abrogated at any time by a subsequent DDL.

/s/ Richard H. Wilmer
/t/ RICHARD H. WILMER.
Colonel, CAC,
for Chief Legal Advisor.

5. Memorandum del *Chief Commissioner* Ammiraglio Ellery W. Stone sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 17 novembre 1944

ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 21-22

6505/COS

17 Nov 44

MEMORANDUM:

TO: Allied Force Headquarters
(Attention: General Sir Henry Maitland Wilson, GCB, GBE, DEC, ADC)

1. Reference is made to my letter A/CC 091.1 of 3 July 1944, with reference to the determination of the Italian institutional question through the medium of a Constituent Assembly or a referendum (plebiscite).

2. The question has arisen through publication in the New York "Times" recently of an interview with the Lieutenant General of the Realm in which the Lieutenant General expressed the view that a more accurate expression of popular will could be secured through the medium of a referendum, rather than that of a Constituent Assembly.

3. When news of the publication in America was received in Rome, the Parties of the left objected and proposed that a resolution be adopted by the Council of Ministers in which the Lieutenant General was severely criticized, The personal attack to Lieutenant General was deleted and the following resolution adopted and issued as a communique:

"The Government, having considered the declarations which appeared in a report of an audience granted by the Lieutenant General of the Realm to a journalist, reaffirms that the political Parties, from which the Government is emanated, are the expression of the will and of the aspirations of the Italian people fighting for its freedom and reaffirms the solemn pledge to decide about the institutional issue through the vote of a Constituent Assembly, as it has been established by a State law."

4. Since the communique appeared to be at variance with the assurances I had received from the President of the Council and the Undersecretary for Foreign Affairs, set forth in para 2 of my letter of 3 July – namely, that the question as to the means by which the Italian people might decide the institutional question would be left for future determination – I called on the President of the Council and the Undersecretary for Foreign affairs on November 9 for an explanation.

5. They were frank in setting forth the strong resistance of the Parties of the Left to permitting a determination by referendum as to whether Italy should be a constitutional monarchy or a republic, particularly as it believed universal suffrage will be in effect at the time. They stated that the parties of the Left desire a republic and feel that they are more certain to attain their objective if the determination is made through the medium of a Constituent Assembly.

6. Notwithstanding the language of the communique, the President of the Council pointed out that the words in the communique "to decide about the institutional issue through the vote of a Constitutional Assembly" were limited by the following words "as it has been established by a State law". The law in question, he argued, stated that the form of the Government would be determined by the Constituent Assembly and not the type of the Government. In other words, he continued, the law still does not preclude the possibility that the type of Government -- monarchy or republic, could be determined by referendum and the precise form of monarchy or republic, that is to say the Constitution, would be worked out by the Constituent Assembly.

7. He added that in any case there was nothing to prevent the adoption of a new decree which would clarify this point and he expressed the personal wish that the Allied Governments might ask the institutional question be decided by referendum. I told him that I doubted that the Allied Governments would be inclined to take any position at this time, except to ask that the assurances previously given me and referred to in my letter of 3 July should be maintained.

8. Should the Allied Governments ultimately desire to take and enforce a position in this matter, it has been suggested that the particular means by which the Italian people should have the right to determine whether they desire a monarchical or republican type of government might be laid down as a clause in the final peace treaty.

ELLERY W. STONE
Commodore, USNR
Chief Commissioner

6. Lettera dell'Ambasciatore Alexander Kirk al *Chief Commissioner* Ammiraglio Ellery W. Stone con il parere del Dipartimento di Stato sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 20 novembre 1944

ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 24

UNITED STATES REPRESENTATIVE
ADVISORY COUNCIL FOR ITALY

Rome, November 20, 1944

My dear Commodore Stone:

I have received a telegram from the Department of State requesting further information regarding Decree Law 151 of June 25. The Department states that it is not clear from Article I of the Decree Law, or from the Legal Sub-Commission's interpretation thereof, as set forth in the memorandum enclosed with your letter to me of October 14, that the Constituent Assembly must decide the institutional as well as the constitutional question.

In the Department's opinion, the Decree Law does not specifically empower the Constituent Assembly to decide whether Italy is to be a monarchy or a republic but rather to "decide the new constitution" as well as institutional "forms". In this connection the Department refers to the interpretation of the Decree Law expressed to you by the President of the Council and reported by you in your memorandum of July 3 to Allied Force Headquarters.

The Department of State feels that in view of the Allied pledge to guarantee the Italian people an untrammelled choice of government, this point is exceedingly important. It therefore desires that it be clarified. In this connection the Department also desires to know whether, in giving its approval to the Decree Law the Allied Commission understood that a choice was being made between decision by referendum and decision by elected representatives.

With best wishes,

Sincerely yours,

(sgd) A. KIRK

Commodore Ellery W. Stone
Chief Commissioner,
Allied Commission,
Rome.

7. Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello W.E. Behrens al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 29 novembre 1944

ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 28-29

HEADQUARTERS ALLIED COMMISSION
APO 394
LEGAL SUB-COMMISSION

29 November 1944

Chiodi

AC/4117/1/L.

SUBJECT: D.L.L. No. 151 of 25 June 1944.

TO: Chief Commissioner, HQ AC.

1. This Sub-Commission has considered the letter from Ambassador Kirk of 20 Nov 1944 and has seen the letters to AFHQ dated 3 Jul and 17 Nov 44 which set out the views of the President of the Council and the Under-Secretary of Foreign Affairs.

2. In spite of the views expressed by the Ministers, however, there can be no doubt that the question of the construction of the Decree Law is a question which must be determined according to Italian canons of construction and according to the principles of Italian Law rather than the avowed intentions of certain ministers at the time when they enacted the Decree.

3. For this reason and in view of the doubts of the State Department this Sub-Commission has consulted independently seven of the most eminent jurists in Rome and has obtained their opinions upon this question. It might be added that these jurists hold widely separated political views.

The jurists in question are:

Prof. Avv. Roberto Ago, Professor of Milan University and
Secretary of the International Institute for the Unification of Law.
Prof. Avv. Filippo Vassalli, Professor of Rome University.
Prof. Avv. Giuseppe Ferri, Professor of Milan University.
Prof. Avv. Pasquale Chiomenti, Professor of Genoa University.
Prof. Avv. Mario Scerni, Professor of Florence University.
Prof. Avv. Giuliano Vassalli, Professor of Genoa University.
Prof. Avv. Vezio Crisafulli, Professor of Trieste University.

4. These jurists unanimously and unhesitatingly agree that it is the function of the elected Constituent Assembly to decide the constitutional question - that is, the question of monarchical or non-monarchical government. They disagree entirely with the State Department upon the construction of the words "le forme istituzionali" in Article 1; further they point out that since Article 3 restricts Ministers from committing "until the convocation of the Constituent Assembly" acts which may prejudice the solution of the institutional question, this Article makes it clear by necessary implication that the institutional question must be resolved by that Assembly.

5. The jurists point out that the rules for the election and composition of the Constituent Assembly have not been framed. These rules might be framed in such a way (e.g., through elaborate proportional representation) as to ensure that the institutional question was in fact decided by the Constituent Assembly with the same effect as though it had been decided by referendum. It should be observed, however, that the rules have not yet been framed - and in any event it will still be true that the decision is made by the Constituent Assembly and not by direct vote of the people.

6. The views expressed by the President of the Council as set out in the letter of 17th November 1944 do not appear to affect the issue. In the first place these views do not correctly follow the wording of the Decree; secondly, the distinction between "form" and "type" of Government is misleading. The term "forme istituzionali" or "forms of government" generic, e.g., monarchy or republic, while the term "types of government" which would be rendered in Italian "tipi" would be specific, e.g., conservative, liberal or labor. In my opinion, therefore, the views expressed and reasons given by the President of the Council are not in accordance with the true interpretation of the Decree.

7. As mentioned in the previous opinion of the Legal S/C [6 Oct 1944], it is open to the Italian Government to pass a further decree to vary the terms of the present enactment.

8. It should be added that the jurists consulted were not unanimous on the question whether the Constituent Assembly once elected may decide to determine the issue by a further appeal to the people through a referendum. They say that this is open to doubt and depends on the rules of procedure to be established. Some say that it would in any event be contrary to the spirit of the law.

9. On the further question raised by the State Department there is no evidence either in the files of the Legal S/C or in the memories of its present or past members that this sub-commission was consulted on the decree before October 1944.

/s/ W. E. Behrens
W.E. BEHRENS,
Colonel,
Deputy Chief Legal Advisor.

8. Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello W.E. Behrens sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (poteri della Costituente), 30 agosto 1945

ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 56-58

HEADQUARTERS ALLIED COMMISSION
APO 394
LEGAL SUB-COMMISSION

AC/4117/1/L.

SUBJECT: Constituent Assembly
TO: Chief Commissioner

1. I have discussed at length, with four leading and most responsible Italian jurists, the juridical position of the *Assemblea Costituente* and the relationship which will obtain between that body and the Italian Government of the day. The views of these jurists are set out below. Since the problem is essentially of Italian constitutional law and of the construction of the Italian decree, DLL No. 151 of 25 June 1944, it is obvious that the solution of the problem must be found according to the canons of Italian law.

2. In the opinion of these jurists the words "*Assemblea Costituente*" are words of art; they cannot be regarded as a mere label to be attached to an Institution created by, and invented solely with the power specifically conferred in, Art. I of the decree. They must be viewed as connoting an Institution juridically associated with the general European concept of a Constituent Assembly. Such a concept derives directly from the French Assembly of 1789 and carries with it the fundamental idea of a sovereign body invested with all power for all purposes and subject to no authority but its own.

3. In the basis of this view the *Assemblea Costituente*, when formed, will be the sovereign power in the state invested with all power of government. If any limitation on this power is to be derived from the terms of DLL No. 151, the *Assemblea* could immediately remove such limitation by amending the decree.

4. The jurists point out that in addition to the historical background, the better [sic] construction of DLL No. 151 and the general situation support this view: -

a. Art. 1 establishes the *Assemblea* and gives it one specific task; it nowhere limits its functions to this one task. On the contrary the idea behind a body elected by the universal vote of the Italian people is that of a sovereign body.

b. Art. 3 provides that Ministers will not prejudice "until the convocation of the *Assemblea*" the solution of the institutional question.

c. No weight can be attached to the expression "the functioning of the new Parliament" in Art. 4. For example, the solution of the institutional question will be known immediately the result of the election is determined. If this solution is republican it will be the duty of the king to abdicate and the *Luogotenente* to resign, so that it will not be possible to continue the procedure laid down in Art. 4.

d. The general feeling of the people is that, as in 1789, they are being asked to elect a body which will not only provide a new constitution but will legislate upon all the major issues of the day.

5. I think that it is possible to advance certain arguments in the contrary sense. For example, it might be said: -

a. The expression "Assemblea Costituente" should be regarded as words of description and not of art: as in an American or British statute a definition clause would say "For the purposes of this Act the words... shall mean...", so the definition, or scope and function, of the Assemblea Costituyente is provided in Art. 1. It is to be observed that the heading of the decree is "Assembly for the new constitution of the State".

b. Art. 3 proves that Ministers, and therefore the existing Government, continue in function as the Government after the convocation of the Assemblea. Since the solution of the institutional question will become clear immediately upon such convocation, there can be no question thereafter of such solution being prejudiced. The article however confines the limiting expression "until the convocation" to this half of the oath, and expressly avoids extending this limitation to that part of the oath which covers the general performance of their duties.

c. Art. 4 provides that the present form of government shall continue until the new Parliament (which must mean the Government set up in accordance with the new Constitution) starts to function. Even if, by reason of the election of a republican Assemblea, the king decided to abdicate, this could not affect the Council of Ministers; it would be the duty of the king, in abdicating, to provide constitutionally for government through the Council of Ministers pending the functioning of the new Government under the new Constitution.

6. These arguments are however academic, since the Italian lawyers appear to be unanimous. For your information these lawyers are: -

a. the personal adviser to the President of the Council

b. the former Chief of Cabinet of Nenni, who was the lawyer then specifically charged by Nenni with framing the proposed laws

c. the Dean of the Faculty of law in the University of Rome, who is one of the most distinguished advocates in Cassation, and

d. another advocate practicing in Cassation, and professor in University of Genoa.

7. As a practical matter I am informed by these lawyers that the procedure contemplated is that when the Assemblea convenes the existing Ministers will resign; the Assemblea will encharge them with resumption of office for normal day to day administration, but will retain under its own control all questions of policy.

W.H. BEHRENS,
Colonel,
Chief Legal Advisor.

* Questo saggio è il risultato di ricerche effettuate nell'ambito del PRIN *Le carte e il codice. Filippo Vassalli e la storia giuridica italiana nello specchio del suo archivio*, MUR-PRIN-2022, SH2, 2022FRWSFP. Finanziato dall'Unione Europea-Next Generation EU.

¹ G. Chiodi, *Filippo Vassalli giurista di tre mondi*, in «Quaderni fiorentini», 54 (2025), pp. 249-260.

² Prima, voluto dagli Alleati, ebbe l'incarico dal prorettore Caronia il 29 luglio 1944 e poi fu eletto dal Consiglio di Facoltà il 29 novembre 1944. Il giorno successivo, tuttavia, si aprì il procedimento di epurazione a suo carico, che terminò con l'assoluzione il 21 febbraio 1945. Cfr. I. Birocchi, *Sul crinale del 1944: Filippo Vassalli e la reinvenzione del ruolo della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma dopo la caduta del fascismo*, in *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, a cura di M. Cavina, Bologna, Clueb, 2014, pp. 259-272; G. Chiodi, *Il codice svelato, Progetti e varianti d'autore di Filippo Vassalli nei primi tre libri (matrimonio civile, successioni legittime, proprietà)*, in *Il Codice civile: gli anni della formazione*, a cura di F. Astone, G. Chiodi, M. Grondona, S. Solimano, Roma, RomaTrePress, 2025 (in corso di stampa).

³ F. Vassalli, *La decadenza dei senatori dalla carica. Una pagina di diritto costituzionale e di diritto giudiziario*, Bologna, Nicola Zanichelli editore, 1949.

⁴ P. Barile, U. De Siervo, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in «Novissimo Digesto Italiano», XVI (1969), pp. 541-564, in particolare pp. 554-556; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno (1943-1948)*, Milano, Giuffrè, 2005; C. Danusso, *Filippo Vassalli e l'epurazione dal fascismo*, in «Italian Review of Legal History», 10, 1 (2024), pp. 131-188; I. Birocchi-E. Mura, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti*

e Aurelio Candian, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 315-316. Si segnalano da ultimo le indagini ricche di originali spunti ricostruttivi di P. Corona, *L'avvocato dei senatori decaduti, tra «concetti» e «opportunità»: Filippo Vassalli negli anni della transizione democratica*, in «Quaderni fiorentini», 54 (2025), pp. 261-305; Id., P. Corona, *Diritto, Costituzione e politica. Alcuni profili dell'opera di Vassalli nei primi anni dell'Italia repubblicana*, in *Filippo Vassalli e la storia giuridica italiana nello specchio del suo archivio*, Giappichelli, Torino 2026 (in corso di stampa).

⁵ G. Chiodi, *Oltre la sovranità nazionale. Filippo Vassalli in missione a Londra (1945)/ Beyond National Sovereignty: Filippo Vassalli on Mission to London (1945)*, in «Italian Review of Legal History», 8 (2022), pp. 401-431.

⁶ F. Vassalli, *Appunti per la Costituyente* (App. 1).

⁷ La «macchina dello stato in frantumi» di una bella pagina di F. Calasso, *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, a cura di R. Abbondanza e M. Caprioli Piccioluti, prefazione di A.C. Jemolo, Firenze, La Nuova Italia, 1975, XXV, *Premesse alla Costituente*, p. 103.

⁸ F. Vassalli, *Costituente* (App. 1).

⁹ Problema secondario, per Vassalli, quello della scelta tra monarchia o repubblica, indipendente dal soggetto titolare di questa scelta che, come vedremo, ai sensi del d.l.lgt. 151 doveva essere indubitabilmente la Costituente. Come scriverà in una nota aggiunta al suo discorso romano del 21 marzo 1946 all'Associazione Italo-Britannica, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, Roma, Tipografia del Senato, 1946, anche in Id., *Studi giuridici*, v. II, t. II, *Studi vari (1942-1955)*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 559-587, p. 587 nt. 1: «Ora, qui in Italia, a me non è mai avvenuto di avvertire come un problema essenziale quello della struttura monarchica ovvero repubblicana della supremazia dignità. Non sono che un dato

storico l'un ordinamento o l'altro, e un dato storico era la monarchia in Italia, fino a che il cammino della storia non l'ha accantonata: lasciando poi naturalmente ai costituenti di risolvere tutti i problemi di organizzazione, ben altrimenti essenziali».

¹⁰ F. Vassalli, *Superamento dello Stato nazionale e della sovranità statale*, in «La Comunità Internazionale», I, ottobre 1946, n. 4, pp. 483-487, anche in Id., *Studi giuridici*, v. II, t. II, cit., pp. 599-604.

¹¹ Di sovranità condizionata o limitata parla a più riprese, ad esempio, Calasso, *Cronache politiche*, cit., XX, [La pace e la costituente], p. 82; XXIII, [Attesa acuita], p. 97; XXIV, *Prologo democratico*, p. 101; XLVIII, *Fuochi d'artificio*, p. 176.

¹² F. Vassalli, *La Costituente e i suoi limiti di fatto* (App. 2).

¹³ Prendendo a prestito le perspicaci parole di P. Costa, *Il problema del potere costituente in Italia fra Risorgimento e Repubblica*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, Atti del Convegno, Firenze, Villa Medicea di Castello, 11 novembre 2011, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 109-137, p. 132, si può dire che Vassalli fa valere nelle sue pagine l'idea della razionalità della lunga durata contro quella della nazione che decide, pur nella consapevolezza che il popolo ha bisogno, in quel tempo di *nation building*, di una nuova costituzione.

¹⁴ Ne ricordiamo una poco nota del 1952, significativa per lo scetticismo che la pervade, che non è rifiuto della costituzione, ma preferenza per un modello 'storico' di costituzione. F. Vassalli, *Aspetti di politica interna all'indomani della prima e della seconda guerra. Discorso in Commemorazione di Giuseppe Grassi* [pronunciato al Centro di Studi Giuridici di Lecce il 4 maggio 1952], in Università di Milano-Bicocca, Polo di Archivio Storico, Archivio Filippo Vassalli, b. 94, fasc. 8: «Beati quei popoli

che hanno la costituzione nel cuore: intendo dire che vivono a Stato secondo norme scolpite nella loro storia e nel loro costume. Gli altri, a ben guardare, non hanno una costituzione, hanno delle leggi costituzionali, cioè delle regole e delle strutture elaborate come in laboratorio da uno o più nomoteti, leggi per le quali presumono di distinguersi dalle altre solo per una loro dichiarata superiorità gerarchica». Cfr. anche il seguito di questa riflessione, avvenuta però anni dopo il periodo che qui ci interessa, e quindi maturata anche sulla base dei problemi applicativi della costituzione italiana. Esempio per la contrapposizione tra esperienza britannica e italiana il seguente brano di Vassalli, *Osservazioni di uomini di legge*, cit., p. 560: «Vero è che i procedimenti attraverso i quali noi dovremo riavere una costituzione sono proprio quanto di meno inglese si possa immaginare: poiché là è millenario il processo di formazione del diritto pubblico, così come del diritto privato, e la legge costituzionale tutta affidata alla consuetudine consolidata in lotte secolari e in faticose esperienze; qui un documento espresso dai voti di una assemblea dovrà dare la regola della vita politica dello Stato».

¹⁵ Su cui cfr. *infra*, § 3.

¹⁶ Nettissimi sul punto: C. Mortati, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945, anche in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Raccolta di scritti-I, Milano, Giuffrè, 1972, p. 218; P. Calamandrei, *Nel limbo istituzionale* [aprile 1945], in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U., [1945], anche in Id., *Opere giuridiche*, volume III, *Diritto e processo costituzionale*, Presentazione di Costantino Mortati, Riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione "Centro

di iniziativa giuridica Piero Calamandrei", Roma, RomaTrE-Press 2019, pp. 135-150, che la chiama «pia illusione», pp. 138-141; V. Crisafulli, *Profili costituzionali della crisi italiana*, in «Società», I, n. 1-2, gennaio-giugno 1945, pp. 173-186, che la definisce «tenace finzione», p. 181; P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, anche in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 298-299, 288-305; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, anno accademico 1960-61, Padova, Cedam, 1961, pp. 154-162. Controcorrente, invece, il giudizio di A.C. Jemolo, *Continuità o discontinuità costituzionale nelle vicende italiane dal 25 luglio 1943*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, anno CCCXLIV, 1947, serie ottava, *Rendiconti, Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, vol. II, Roma, Dott. Giovanni Bardi, Tipografo dell'Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 134-140, 139, in antitesi a Calamandrei. Che si tratti di rottura costituzionale è pacifico anche per P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Bologna, il Mulino, 1979, pp. 31-127, 38-47.

¹⁷ Cfr. su tutti Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 319-323; P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, [ottobre 1945], in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U., [1945], anche in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 183-210.

¹⁸ F. Vassalli, *Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano* (App. 3).

¹⁹ V. Crisafulli, *Profili costituzionali della crisi italiana*, in «Società», I, n. 1-2, gennaio-giugno 1945, pp. 173-186, p. 180. Cfr. invece

la posizione di Mortati, *La Costituente*, cit., p. 227; Calamandrei, *Nel limbo istituzionale*, cit., pp. 143-145 («organo intruso»); Id., *Sul referendum istituzionale* [Consulta Nazionale, 8 marzo 1946], in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 467-478, 470 («dietro il luogotenente non c'era il re, dunque, c'era il vuoto»); Calamandrei, *Cenni introduttivi*, cit., pp. 298-299. Conforme con ampia digressione Caretti, *Forme di governo*, cit., pp. 47-53.

²⁰ Il governo provvisorio non è «rappresentativo»: P. Calamandrei, *Governo e costituente* [giugno 1945], in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U., [1945], anche in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 161-182, 163 («governo di fatto»; Vassalli, *La decadenza dei senatori*, cit., *Memoria riassuntiva*, Roma, 7 gennaio 1946, p. 69; Calamandrei, *Cenni introduttivi*, cit., p. 302 («un certo carattere rappresentativo»). C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Settima edizione rielaborata ed aggiornata, Padova, Cedam, 1967, p. 81, scrive: «Il governo che emise la decisione costituyente venne a cambiare la qualifica giuridica prima posseduta, in quanto da organo dello stato monarchico, richiamantesi ancora, come al suo fondamento, allo statuto albertino, si trasformò in organo di un governo provvisorio, avente la propria base nell'ordinamento che, in via temporanea, si era dato allo stato con i citati decreti n. 151 e n. 98». Sulle trasformazioni del Gabinetto cfr. anche G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, in «Rassegna di diritto pubblico», I, fasc. I, Gennaio-Marzo 1946, pp. 61-76, 70-72.

²¹ Sui poteri del governo provvisorio: Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 121-122 (concentrazione di poteri di «impronta dittatoriale»); p. 132 (amministrazione ordinaria); p. 237 (dittatoriale); pp. 245-246 (anomalia del governo provvisorio data dalla coesistenza

- di organi del vecchio ordinamento costituzionale. Si considerino peraltro i limiti che Mortati pone recisamente al governo provvisorio rispetto alla Costituente (*infra*, nt. 61). Sul fondamento del governo provvisorio: *ivi*, p. 35 (processo di autocreazione); p. 48 (organo del nuovo Stato); p. 121 (poggia su un «fatto normativo»); Calamandrei, *Sul referendum istituzionale*, cit., p. 469: la costituzione provvisoria è «nata sul vuoto costituzionale», «passerella di fortuna», «sorta dai fatti delle forze in gioco»; Calamandrei, *Cenni introduttivi*, cit., p. 163 (governo monarchico appoggiato sulla volontà degli alleati, governo di fatto). Da ricordare anche una splendida pagina di Calasso, *Cronache politiche*, cit., XXXIX, *La vigilia*, p. 148: «L'alba della Costituzione è il tramonto del Comitato di Liberazione. Tramonto non inglorioso di un governo provvisorio, che ha operato per due anni sulle sabbie mobili di un ordinamento giuridico in frantumi, camminando sul ponte fragile e stretto, paurosamente sospeso nel vuoto, che la volontà esasperata di un popolo vinto aveva gettato d'impulso tra un passato lontano e non obliato di onestà e di dignità e un avvenire ignoto».
- ²² Mortati, *La Costituente*, cit., p. 207 (autoassunzione di potere e in via di fatto), p. 209 (via di fatto), pp. 223-234 (organo dello Stato in via di fatto, che occupa una posizione analoga al parlamento).
- ²³ Sulla lettura originale di Mortati (perfettamente sintetizzata da M. Fioravanti, *Mortati, Costantino*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1387-1389, con ulteriore bibliografia) v. ora le acute pagine di Costa, *Il problema del potere costituente*, cit., pp. 133-137, e I. Biocchi, *Verso la Costituente: il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico*, in «Diritto & Questioni pubbliche», XXII, 2022/1 (giugno), pp. 7-31.
- ²⁴ Sull'interpretazione estesa del-

la tregua istituzionale prevista dall'art. 3 del d.l.lgt. 151 e sui conseguenti limiti della potestà legislativa del governo provvisorio in materia costituzionale: Vassalli, *La decadenza dei senatori*, cit., *Introduzione*, pp. XXVII-XXXIV; *Memoria riassuntiva*, 7 gennaio 1946, pp. 70-71; *Memoria riassuntiva*, 4 maggio 1947, pp. 146-153; *Memoria riassuntiva*, 7 giugno 1948, pp. 208-214. Tale interpretazione, da cui deriverebbe un eccesso di potere da parte del governo provvisorio (conforme V. Gueli, *La decisione di decadenza dei senatori pronunciate dall'Alta Corte di giustizia straordinaria e i poteri della Cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», 1 (1946), 3-4, pp. 105-136, 80-81), era però avversata da altri: A.C. Jemolo, *Sulla decadenza dei Senatori (nota a sentenza)*, in «La giustizia penale», 51 (1946), III, coll. 39-42, 41; G. Sabatini, *Sulla natura del potere dell'Alta Corte per la dichiarazione di decadenza dei senatori*, in «La giustizia penale», 51 (1946), III, coll. 64-72; F. Pierandrei, *La giustizia politica, la giustizia ordinaria e i senatori*, in «Giurisprudenza completa della Cassazione-Sezioni civili», 1947, 25, pp. 167-204, 192-193. Lucidissimo, sull'intera questione epurativa, il giudizio di G. Vassalli, *Il processo alle responsabilità del fascismo*, in «Socialismo», I (marzo 1945), I, p. 23 e ss., ora anche in G. Dodaro, *Ciuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 290-302, 297. Non è questa la sede per inserire l'epurazione dei senatori nel complesso discorso della giustizia di transizione. Ci limitiamo a rinviare, tra le pubblicazioni più recenti, a *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, Edited by M. Meccarelli, C. Paixão, C. Roesler, Madrid, Dykinson, 2020, e C. Paixão-M. Meccarelli Editors, *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Eu-*

rope, Cham, Springer, 2021, che offrono importanti riflessioni anche sul concetto stesso di tempo di transizione' (M. Meccarelli) e sull'esperienza italiana (A. Meniconi).

- ²⁵ Parere della *Legal Sub-Commission* al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 29 novembre 1944, consulenza inviata ad A. Kirk il 6 dicembre 1944 (App. 7). Il contenuto di questo parere è solo sommariamente riferito nelle sue conclusioni dagli storici che lo hanno individuato nei fondi della ACC: cfr. E. Di Nolfo, *Gli Alleati e la questione istituzionale in Italia: 1941-1946*, in «Quaderni costituzionali», XVII, n. 2, agosto 1997, pp. 211-245, 243; A. Di Stefano, *Alleati. Questione istituzionale ed elezione dell'Assemblea costituente nella prospettiva degli angloamericani*, in *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, a cura di A. Buratti e M. Fioravanti, Roma, Carocci editore, 2010, pp. 317-328, che cita anche i nomi dei consulenti, però con alcuni refusi ed una omissione, p. 319 nt. 10.
- ²⁶ Occorre osservare che in realtà Giuseppe Ferri insegnava dal 1942 all'Università di Pisa.
- ²⁷ ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 4-5: Memorandum del *Chief Commissioner* Capitano Ellery W. Stone al Generale Sir Henry Maitland Wilson, 5 luglio 1944. I documenti della ACC sono conservati in originale a Washington, National Archives e sono consultabili online nel sito dell'Archivio Centrale dello Stato (v. le indicazioni in Appendice). La data del 3 luglio risulta da altri documenti del dossier: cfr. memo of July 3, 1944 to SACMED (*Supreme Allied Commander Mediterranean Theatre of Operations*, cit. nel memorandum di Stone ad Alexander, 30 giugno 1945, *infra* nt. 45); ACS, ACC/10000/136/88, pubblicato da H.L. Cotes, A.K. Weinberg,

Civil Affairs: Soldiers Become Governors, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1964, repr. Center of Military History, United States Army, Washington, D.C., 1986, pp. 466-467. Sul memorandum di Stone cfr. C.R.S., Harris, *Allied Military Administration of Italy: 1943-1945*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1957, p. 205; A. Gambino, *Storia del dopoguerra dalla liberazione al potere DC*, Editori Laterza, 1975, p. 128; C. Pinzani, *Gli Stati Uniti e la questione istituzionale in Italia (1943-1946)*, in «Italia contemporanea», 31 (1979), fasc. 134, pp. 3-44, 20-21; Di Nolfo, *Gli Alleati*, pp. 241-242; M. de Leonardis, *La Gran Bretagna e la monarchia italiana (1943-1946)*, in «Storia contemporanea», XII, n. 1, febbraio 1981, pp. 57-134, 104 (da altra fonte).

- ²⁸ Memorandum del *Chief Commissioner* Ellery W. Stone, cit.: «It might appear from the wording of the communicate that the scheme in mind was that this question be decided by a Constituent Assembly. This was not the case. The Government had not yet decided and had no present intention of discussing whether the decision should be made by a direct referendum or by the election of delegates to a Constituent Assembly, whose double task would be first to decide between monarchy and republic, and after that, on a form of monarchical or republican government». Sull'atteggiamento di Bonomi e Visconti-Venosta: Di Nolfo, *Gli Alleati*, cit., p. 239; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 20. Si rimanda a quest'ultimo saggio, e alle fondamentali indagini di P. Scoppola, *La proposta politica di De Gasperi*, Bologna, il Mulino, 1977, pp. 213-214, anche per la ricostruzione di quanto accaduto nel Consiglio dei ministri, attraverso la preziosa testimonianza di De Gasperi, lettera a Luigi Sturzo, Roma, 12 novembre 1944, in *De Gasperi scrive. Corrispondenza con capi di stato cardinali uomini politi-*

ci giornalisti diplomatici, II, a cura di M. R. de Gasperi, Brescia, Morcelliana, 1974, p. 30, cit. p. 20 nt. 64: «si finì col deliberare un testo che riserva la decisione all'assemblea, senza di per sé escludere, ma anche senza ammettere un referendum con referendum d'inchiesta» (soluzione che, dal canto suo, lo statista trentino appoggiava). Benché all'indomani della *joint declaration* dell'11 ottobre 1943, Bonomi supportasse la scelta politica di affidare alla Costituente la soluzione della questione istituzionale (Pinzani, cit., p. 13), sia lui che De Gasperi non consideravano incompatibile tale scelta, formalizzata dal d.lgt. 1. 151, con un referendum. Il che spiega la doppiezza della risposta di Bonomi a Stone, ivi, p. 22 nt. 69. Lo stesso autore, p. 21, considera quella di Stone «la prima presa di posizione alleata sul referendum», sul quale poi si sarebbero espressi altri interlocutori (Kirk, Noel Charles, Byrnes).

²⁹ *Infra*, nt. 59.

³⁰ ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 16, 5 ottobre 1944. G.R. Upjohn al *Chief Legal Officer*, all. alla lettera di Ellery W. Stone a Sir Noel Charles del 14 ottobre 1944 «The Acting Chief Commissioner desires to be advised whether D.L.L. No. 151 of the 25th June, '44, creating a new Constituent Assembly precludes or in any way prejudices the right of the Government to have a referendum of Italy to determine the constitutional question».

³¹ Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello Richard H. Wilmer al *Deputy Chief of Staff, Civil Affairs Section*, sull'interpretazione del d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 6 ottobre 1944 (App. 4). Un cenno all'opinione della ACC è in De Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 194 (ma da altra fonte).

³² Memorandum dell'Ammiraglio Ellery W. Stone, *Chief Commissioner*, a Sir Henry Maitland Wilson, sull'interpretazione del

d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 17 novembre 1944 (App. 5).

³³ *Italian Monarchy Must Move Left, Crown Prince Humbert Declares*, in «The New York Times», Nov. 1, 1944, p. 1. Sulla mossa tattica del principe Umberto cfr. Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 22; Di Nolfo, *Gli Alleati*, cit., p. 240; de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 105; G. Sale, *Dalla monarchia alla repubblica. Santa Sede, cattolici italiani e referendum*, Milano, Jaca book, 2003, pp. 15-16; U. Gentiloni Silveri, «Neither Monarchy nor Republic Has Requested Allied Intervention»: il passaggio istituzionale nella documentazione alleata, con il titolo *Il passaggio istituzionale nella documentazione alleata*, in 1945-1946. *Le origini della Repubblica*, vol. I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, pp. 99-117, anche in Id., *Sistema politico e contesto internazionale nell'Italia repubblicana*, Roma, Carocci editore, 2008, pp. 29-41, 33; Di Stefano, *Alleati*, cit., pp. 318-319; E. Di Nolfo-M. Serra, *La gabbia infranta. Gli Alleati e l'Italia dal 1943 al 1945*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010, p. 172.

³⁴ Calamandrei, *Nel limbo istituzionale*, cit., p. 145.

³⁵ Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit. p. 22 nt. 69, che cita il verbale del Consiglio dei ministri del 7 novembre 1944.

³⁶ Lettera dell'Ambasciatore Alexander Kirk al *Chief Commissioner* Ammiraglio Ellery W. Stone con il parere del Dipartimento di Stato sull'interpretazione del d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 20 novembre 1944 (App. 6).

³⁷ Parere della *Legal Sub-Commission* al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 29 novembre 1944 (App. 7).

³⁸ Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 248-249, con un'eloquente af-

fermazione, che sembra quasi un commento ai fatti sopra riportati: «Il potere che deve portare ad esecuzione tale norma non potrebbe quindi legittimamente conferire al popolo una pronuncia plebiscitaria da essa esclusa: ed è strano che dai sostenitori della tesi in parola non si sia tenuto conto di un siffatto ostacolo»; Crisafulli, *Profili costituzionali*, cit., pp. 185-186; Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 75 nt. 2; Calamandrei, *Nel limbo istituzionale*, cit., p. 141; Id., *Sul referendum istituzionale*, cit., p. 469 (che definisce «colpo di Stato» la modifica di quanto disposto dal d.l.lgt. 151); Id., *Cenni introduttivi*, cit., p. 309 («formula chiarissima»); C. Mortati, *Sui limiti all'attività della Costituente*, in «Quaderni d'oggi», *La riforma politica*, marzo 1946, n. 2, pp. 5-10, anche in Id., *Studi sul potere costituente*, cit., pp. 387-407, 400-402; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, anno accademico 1960-61, Padovana, Cedam, 1961, p. 161; Mortati, *Istituzioni*, I, cit., p. 80. Analoga la valutazione storiografica: cfr. ad es. C. Pavone, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in E. Piscitelli et al., *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974, pp. 139-289, anche in Id., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 2025, pp. 195-185, pp. 138-139; e soprattutto Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., p. 132; Scoppola, *La proposta politica*, cit., p. 209; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 19, che sottolinea anche l'ambiguità del suo testo e osserva che «la giuridicizzazione di un processo per sua natura intrinsecamente politico non era priva di rischi»; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Bologna, il Mulino, 1979,

pp. 31-127, 63-68 («pretestuosa e infondata»); Di Nolfo, *Gli Alleati*, cit., p. 238; Sale, *Dalla monarchia alla repubblica*, cit., pp. 14-15.

³⁹ Cfr. già Harris, *Allied Military Administration*, cit., p. 383.

⁴⁰ Smentite tuttavia nel noto intervento di Bonomi del 7 ottobre 1945 pubblicato sul quotidiano «Il Giornale del mattino», in cui dava al d.l.lgt. 151 un significato opposto a quello fino ad allora sostenuto.

⁴¹ ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 32, *Commodore Ellery W. Stone Chief Commissioner* al Primo Ministro, 12 dicembre 1944.

⁴² ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 34, lettera del Presidente del Consiglio all'Ammiraglio Ellery W. Stone, 3 gennaio 1945.

⁴³ Cfr. de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 109. Lo aveva già chiesto il 31 marzo 1945, come scritto nel memorandum 30 giugno 1945, cit. *infra*, nt. 45.

⁴⁴ *The Secretary of State to the Ambassador in Italy* (Kirk), Washington, January 20, 1945, in *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, Europe, vol. IV [Editors: William Slany, John G. Reid, N. O. Sappington, Douglas W. Houston. General Editor: E. Ralph Perkins, S. Everett Gleason], Washington, United States Government Printing Office, 1968, E-book 2018, consultabile online nel sito: <<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945v04/ch33>>, n. 915, *The Secretary of State to the Ambassador in Italy* (Kirk), Washington, January 20, 1945.: «a properly supervised referendum would afford a more certain expression of popular will than would a constituent assembly»; Pianzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 23.

⁴⁵ *Memorandum by the Chief Commissioner of the Allied Commission (Stone) to the Supreme Allied Commander (Alexander)*, Washington, 30 June 1945, in *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, Europe, vol. IV, cit., n. 921: «it would appear that

the ultimate decision affecting the institutional question might be most justly brought about by means of a referendum rather than by entrusting the decision to the Constituent assembly». Cfr. de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 113 nt. 239; Di Stefano, *Alleati*, cit., p. 322.

⁴⁶ ACS, ACC, 10000/141/753, *Local Government, Constituent Assembly Policy* (1945 gen.-1946 gen.), *Supreme Allied Commander's Conference (Political), Italian institutional question*, 17 luglio 1945, pp. 10d-10e; le due missive intitolate *Consideration of Italian institutional question*, pp. 10a-c e 10f. I documenti si possono consultare online nel sito: <<https://patrimonioacs.cultura.gov.it/patrimonio/53f892a8-a7ce-4c19-9133-3044f72a16a0/753-constituent-assembly-policy-1945-gen-1946-gen>>.

⁴⁷ De Gasperi nel gennaio 1946 chiese l'intervento degli anglo-americani a favore del referendum, da spendere nel Consiglio dei ministri. Sulla politica di De Gasperi in relazione sia al referendum sia ai poteri sovrani della Costituente cfr. le letture di Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., pp. 128-139; Scoppola, *La proposta politica*, cit., pp. 217-230; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., pp. 31-44, con approfondita ricostruzione degli eventi del 1945, Cfr. anche Gentiloni Silveri: «Neither Monarchy nor Republic», cit., p. 32; Di Stefano, *Alleati*, pp. 325-326.

⁴⁸ L. Valiani, *Il problema politico della nazione italiana*, in *Dieci anni dopo. 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Editori Laterza, 1955, pp. 1-112, 32 e 64.

⁴⁹ Parere del *Chief Legal Advisor* Col. W.E. Behrens al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.l.lgt. 25 giugno 1944 n. 151 (poteri della Costituente), 30 agosto 1945 (App. 8). La consultazione è preceduta da un colloquio di De Gasperi con Kirk, di cui riferisce a Byrnes in un telegramma del 25 agosto 1945, in *Foreign Relations of the United*

States, Diplomatic Papers, 1945, *Europe*, vol. IV, n. 927, *The Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State*: Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., p. 70; Scoppola, *La proposta politica*, cit., pp. 217-220; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 31. Il ministro degli esteri del governo Parri agitava abilmente lo spauracchio della Costituente-convenzione: «According to majority views of Italian jurists, establishment of *costituente* would automatically put an end to all govt in Italy including Lieutenant General of Realm, Council of Ministers and present Presidents of Senate and Chamber and power would be vested in President named by *costituente* who would then form "provisional government" resembling that in France. This situation De Gasperi added set stage for dictatorship with either Nenni or Togliatti as probable candidates. In connection with foregoing, any views which legal advisers in Department may have on law establishing *costituente* would be helpful to me». Il parere è citato (ma non analizzato) da de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 118 nt. 253, ma da altra fonte, che omette di indicare i quattro consulenti italiani e fornisce solo un *summary* del documento: *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, *Europe*, vol. IV, n. 928, *The Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State*, Rome, September 6, 1945. Tanto basta per far scattare la reazione del Dipartimento di Stato americano, di cui si dirà nel testo. Il documento termina anche con una richiesta di chiarimenti di Stone al governo italiano: «asking for views of Italian Govt with respect to machinery of operation and powers of Italian Govt once Constituent Assembly has been convened».

⁵⁰ Il Capo di Gabinetto di Pietro Nenni al Ministero della Costituente era, come noto, Massimo Severo Giannini (12.8.1945-2.8.1946): ancora in carica, dunque, benché la lettera lo definisca

former (sulla base di elementi che richiederebbero ulteriori verifiche). Su questa esperienza cfr. innanzitutto lo stesso M.S. Giannini, *Nenni al Ministero per la costituente*, in *Nenni dieci anni dopo*, presentazione di G. Tamburrano, introduzione di B. Craxi, Roma, Lucarini Editore s.r.l., 1990, pp. 47-55; e quindi una serie di studi che ne hanno messo in rilievo l'importanza, tra i quali ci limitiamo a ricordare G. Melis, *Giannini e la politica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2000, fasc. 4 pp. 1249-1276 (fascicolo tematico, che ospita altri importanti studi); S. Cassese, *Giannini e la preparazione della Costituzione*, *ibidem*, 2015, fasc. 3, pp. 863-884; M. Macchia, *Massimo Severo Giannini nell'età costituente*, in «Nomos» 3-2017, pp. 1-16, con altre indicazioni bibliografiche.

⁵¹ Identificabile forse, tra diversi possibili candidati, in quelli già consultati nel novembre 1944 (Filippo Chiomenti o Giuliano Vassalli).

⁵² Il testo del d.lgt.l. 151, infatti, era chiaro: Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 32.

⁵³ Art. 4. «Finché non sarà entrato in funzione il nuovo Parlamento, i provvedimenti aventi forza di legge sono deliberati dal Consiglio dei Ministri».

⁵⁴ Art. 3. «I Ministri e Sottosegretari di Stato giurano sul loro onore di esercitare la loro funzione nell'interesse supremo della Nazione e di non compiere, fino alla convocazione dell'Assemblea costituente, atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale».

⁵⁵ Su richiesta di Kirk, nel documento del 6 settembre 1945 cit. *supra* nt. 49.

⁵⁶ Memorandum del Dipartimento di Stato, che sostiene la *strict construction* del d.lgt. 151, telegramma n. 6608 14 novembre 1945 da Washington: ACS, ACC 10000/141/753, p. 38; ACS, 10000/109/1058, pp. 83-84; ACS, ACC, 10000/109/1058, pp.

64-65; memorandum con parafrasi del telegramma, spedito il 29 ottobre 1945 a diversi soggetti, tra cui il *Chief Legal Advisor*. Un altro documento che dà notizia della *strict interpretation* americana è pubblicato in *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, *Europe*, vol. IV, n. 933, *The Secretary of State to the Ambassador in Italy (Kirk)*, Washington, October 22, 1945, e da qui cit. da de Leonardis, *La Gran Bretagna*, p. 118 nt. 255; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., pp. 32-33.

⁵⁷ Il parere dei giuristi americani è noto alla storiografia, benché non nei suoi dettagli tecnici, da leggersi in connessione con la precedente presa di posizione della ACC: cfr. Valiani, *Il problema politico*, cit., p. 64 («un "parere" apparentemente da nessuno richiesto»); E. Ragionieri, *La storia politica e sociale, in Storia d'Italia. Dall'Unità a oggi*, 12, *Dall'Italia fascista all'Italia repubblicana*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1976, pp. 2436-2437; Pavone, *La continuità dello Stato*, cit., pp. 140-141; Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., pp. 134-135; Scoppola, *La proposta politica*, cit., p. 221; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., con acuta analisi politica pp. 32-33; Caretti, *Forme di governo*, cit., pp. 65-66; de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 118; Di Stefano, *Alleati*, cit., p. 325 (qui con riferimento alla sua collocazione archivistica nel fondo della ACC).

⁵⁸ *Supra*, § 2.

⁵⁹ ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 79-80; *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1943, *Europe*, vol. II, pp. 387-388 [Editors: E. Ralph Perkins, N. O. Sappington], United States Government Printing Office, Washington, 1964, pp. 387-388.

⁶⁰ Si può collegare questa posizione del Dipartimento di Stato, favorevole a mantenere rigorosamente la tregua istituzionale e a trarne le logiche conseguenze quanto ai poteri della Costituente, a quella manifestata l'11 aprile 1945

da Stone al ministro degli esteri De Gasperi che, come riportato nel memorandum, aveva avuto un incontro con lui per sondare le intenzioni degli Alleati circa la possibilità di riaprire la questione della tregua istituzionale mutando il governo provvisorio, come da desiderio di Togliatti, ma contro le obbligazioni assunte da Bonomi il 18 giugno 1944 (primo giorno del governo Bonomi II) e 10 dicembre 1944 (alla soglia del governo Bonomi III): ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 41-43; *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers, 1945, Europe*, vol. IV, cit., n. 916, the Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State, Rome, April 11, 1945. Sulla strategia del governo De Gasperi dal 5 gennaio 1945, data di un colloquio con Stone (collocazione esatta: *Foreign Relations of the United States, 1946, The British Commonwealth, Western and Central Europe*, Volume V, Editors: N. O. Sappington, John P. Glennon, Howard M. Smyth, Frederick Aandahl. General Editor: S. Everett Gleason, Washington, United States Government Printing Office, 1969, n. 588, *The Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State*, Rome, January 7, 1946), rimandiamo ancora alle interpretazioni di Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., pp. 130-139; Scoppola, *La proposta politica*, cit., pp. 208-252, con l'analisi completa dei documenti; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., in particolare pp. 34-44. Questi studi hanno fatto emergere lucidamente le ragioni politiche della posizione, spesso fraintesa, di De Gasperi su entrambe le questioni oggetto del nostro interesse: favorevole alla consultazione referendaria del popolo sulla scelta tra monarchia e repubblica (prima intermedio e poi preventivo) e contrario ad una Costituente dai poteri illimitati (i due problemi erano tra loro intrecciati). In particolare, come osserva Scoppola, *La proposta politica*, cit., p. 214, il referendum

(specie quello c.d. intermedio nel corso dei lavori dell'Assemblea) «era voluto da De Gasperi... per arrivare alla repubblica senza lecerazioni nel mondo cattolico e nel suo partito e soprattutto con un largo consenso di opinione che sin dall'inizio assicurasse al nuovo Stato una solida base»; mentre la preoccupazione per i poteri illimitati della Costituente poggiava su motivazioni garantiste attente all'equilibrio tra i poteri e non di rigido freno al rinnovamento (pp. 218-219). Rilevante ai nostri fini la presa di posizione espressa in una lettera del 10 ottobre 1945 ad Alberto Tarchiani, cit. p. 36 nt. 115: «In realtà la legge di Salerno del '44 non è chiara né logica. L'art. 4 prevede la continuazione del regime luogotenenziale anche dopo la Costituente fino al nuovo Parlamento: e così per dire la verità, la intendemmo allora noi e gli alleati. Poi la Costituente assunse "un significato più preciso". Ma se il Luogotenente si richiama alla legge, come ad un patto (ché tale si può interpretare) sarà bene necessario pensare ad un nuovo provvedimento legislativo, onde evitare conflitti. Basta, vedremo», in *De Gasperi scrive*, II, cit., p. 121.

⁶¹ In linea di principio, secondo Mortati, *La Costituente*, cit., p. 44, il rapporto tra governo e Costituente non può che essere di subordinazione a favore della prima. Il d.l.lgt. 16 marzo 1946 n. 98, di conseguenza, non può limitare i poteri sovrani della Costituente e risulta anomalo: Mortati, *Sui limiti all'attività della Costituente*, cit., pp. 391-393, 399, 400-402 (referendum); Id., *Costituente e ordinamento provvisorio dello Stato*, in «Idea», luglio 1946, n. 7, pp. 390-394, anche in Id., *Studi sul potere costituente*, cit., pp. 441-452, p. 446; Calamandrei, *Governo e costituente*, cit., pp. 166-169. Si veda, anche, *extra moenia*, il disagio manifestato da un acuto commentatore come Calasso, *Cronache politiche*, cit., XLV, *La Costi-*

tute, *Sulle soglie*, p. 168: «Leggete l'art. 3 del D.L.L. 16 marzo 1946, n. 98, relativo all'assemblea stessa, e, anche a non sapere di diritto, vi scoprirete tale primitività di sostanza e di forma intorno al punto fondamentale dei rapporti fra un'assemblea che, per la sua destinazione stessa nasce sovrana, e un Governo che si è autodelegato il potere legislativo ordinario, da spiegarsi lo stato di disagio dal quale è nato questo primo dibattito...». In linea anche le considerazioni di C. Fiumanò e R. Romboli, *L'Assemblea costituente e l'attività di legislazione ordinaria*, in *La fondazione della Repubblica*, cit., pp. 381-441, 390-399.

⁶² Fa perno anche su questa relazione familiare la suggestiva riflessione di B. Sordi, *Due giuristi in tempo di transizione: Filippo Vassalli e Piero Calamandrei. Spunti per un racconto parallelo*, che aiuta molto a capire la complessità dell'approccio di Vassalli al terzo mondo da lui vissuto, seppure brevemente, e in tale prospettiva sono da accostare alle pagine di G. Cazzetta, *Un'aristocrazia spirituale. Filippo Vassalli e il tramonto del codice della scienza*. Entrambi i lavori fanno parte del volume *Filippo Vassalli e la storia giuridica italiana*, cit. (in corso di stampa).

The Swedish Instrument of Government 50 years (1975-2025). Popular Sovereignty and Separation of Powers. An overview of Swedish Constitutional History

MARTIN SUNNQVIST

1. Introduction

The Swedish Constitution consists of four constitutional acts: The Instrument of Government (*Regeringsformen*)¹, the Act of Succession (*Successionsordningen*)², the Freedom of the Press Act (*Tryckfrihetsförordningen*)³ and the Fundamental Law on Freedom of Expression (*Yttrandefrihetsgrundlagen*)⁴. The Instrument of Government was enacted in 1974 and entered into force 1st January 1975. This year, it has functioned as the most important constitutional act in Sweden for 50 years.

Its name, the Instrument of Government, was used for the first time in 1634, when a constitutional act was issued to be valid during the minority of Queen Christina (1626-1689, r. 1632-1654). It has then been followed by a series of Instruments of Government, issued in 1719, 1720, 1772 and 1809. The present Instrument of Government has undergone several changes since 1975, especially in 2011.

In this article, I will first provide a brief outline of the Swedish constitutional history, especially with regard to the various constitutional acts that have existed, in order to place the Instrument of Government in its historical context. My main focus, however, will be the 1974 Instrument of Government and how the balance between King and Parliament was replaced by popular sovereignty in 1974 and how separation of powers has, again, become more important during the last decades.

A still useful overview of the Swedish constitutional history is provided by Professor Nils Herlitz in *Grunddragen av det svenska statsskickets historia*, 6th edition 1964⁵. Professor Hans-Heinrich Vogel has written a short but detailed account of the foundations of Swedish constitutional law and constitutional history in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*⁶. Because of the 50 years anniversary, some anthologies have been published discussing various aspects of the constitutional development during the last five decades⁷. There was also a thematic issue in

*Statsvetenskaplig tidskrift*⁸, and I contributed there with an article⁹ that forms the basis for the second half of this article.

2. Overview of the Swedish constitutional history before 1975

2.1 The medieval origins of the Swedish realm; the Kalmar union and its dissolution

The first constitutional act in Swedish legal history, in the modern sense of the word constitution and if we limit the discussion to acts that were to be valid in the realm as a whole¹⁰, is a charter on the election of kings, the royal oath and the coronation that King Magnus Eriksson issued around 1335 (it cannot be dated with certainty). It was to be adopted in the various provinces and incorporated into the provincial laws. This happened at least in Södermanland¹¹. The provisions in this charter were then essentially incorporated into the Book of the King in the Law of the Land of King Magnus Eriksson, which began to be applied around 1350¹². With minor changes, they were incorporated into the Law of the Land of King Christopher, which was enacted in 1442¹³.

According to these rules, Sweden was an elective kingdom. The different provinces were represented in the election, that took place in Uppsala. After the election, the King should take an oath, travel around the country so that the election could be confirmed, and then the coronation should take place in Uppsala. According to the oath, the King should, among other things, protect justice, follow the laws and protect the borders¹⁴. The King's collaboration

with bishops and secular nobles developed during the period 1280–1480 in the form of *consilium* and *parlamentum* into what came to be called, on the one hand, the King's Council and, on the other hand, the Parliament (diet)¹⁵.

In the meantime, however, another important constitutional event had occurred, namely the establishment of the Kalmar Union between Sweden, Denmark and Norway and the coronation of Erik of Pomeralia as King in 1397¹⁶. This union was full of conflicts and was dissolved in 1523 when Sweden gained independence again under King Gustavus Vasa. Constitutional matters were regulated in various acts of a more constitutional or fundamental nature. One such act was the charter on the inheritance of the crown issued at the parliamentary session in Västerås in 1544. Sweden then became a hereditary monarchy¹⁷. Another change was that peasants were represented for the first time at the diet in 1527, and after this the parliament of four estates – nobility, clergy, burghers and peasants – was convened at more or less regular intervals until 1866¹⁸.

2.2 The first Instrument of Government

In 1634, the word *Regeringsform* was used for the first time as the name of a constitutional act. It is commonly translated as "Instrument of Government", even though a literal translation would be "Form of Governance". It, and its successors, deal not only with the functioning of the Government as one of the constitutional branches, but with the governance of the state as a whole.

The 1634 Instrument of Government was designed to regulate the Swedish con-

stitutional law during the minority of Queen Christina¹⁹. It defined the different offices of the realm and the so-called colleges, the central judicial and administrative agencies, such as the courts of appeal, the war council, the admiralty, the chancery, the exchequer, etc.²⁰. In 1614, the Svea Court of Appeal had been established, and subsequently more courts of appeal were added, and the King's judicial function was thus partly delegated to a college of nobles and lawyers²¹. However, the King still retained supreme judicial power. There was also an overlap between on the one hand the King's Council, and on the other the courts of appeal and the colleges: the presidents in the colleges were also councillors, and councillors should also be among the justices of appeal²². The local administration in the country was given a new shape in 1634 by establishing the offices of provincial governors²³. The man behind these reforms was Count Axel Oxenstierna, the famous chancellor of King Gustavus II Adolphus.

In 1660, an "additament" to the 1634 Instrument of Government strengthened the Parliament, since it was to be convened every three years and not only when the king so wished²⁴. However, in 1680, king Charles XI had the Estates declare that he was not bound by the Instrument of Government of 1634 nor by the opinion of Parliament. In 1682, Charles XI took full legislative power; he did not need the consent of Parliament to change laws²⁵. In 1713, Charles XII established the function of the King's «ombudsman», an office that since 1719 is called the Office of the Chancellor of Justice (*Justitiekanslern*). The Chancellor of Justice oversees that the governmental agencies follow the law and also acts as the advocate of the state²⁶.

2.3 *The Age of Liberty and the Gustavian autocracy*

In 1719, the Estates took power and the increasingly autocratic rule of king Charles XI and Charles XII was turned into its opposite: governance through Parliament, or the so-called Age of Liberty. The 1719 Instrument of Government, accepted by Queen Ulrika Eleonora, was the year after replaced by a similar but new Instrument of Government, when she abdicated and was succeeded by her husband, King Frederick I²⁷. The 1720 Instrument of Government has been called the first liberal constitution in Europe²⁸. According to this constitution, power lay with the four estates of Parliament, even though the nobility was most influential. The King had to obey the Instrument of Government, govern the kingdom with the advice of the Council, and always follow the decisions of Parliament. The Parliament had the power to appoint the King's councillors, and the councillors were responsible to Parliament; thus the principles of a parliamentary system applied. It can even be said that Sweden was a republic disguised as a monarchy²⁹. What the King and his council had decided during the three-year intervals between the parliamentary sessions was to be scrutinized by Parliament afterwards³⁰.

Through the 1720 Instrument of Government, an important change was that the governmental agencies – that had received their structure through the 1634 Instrument of Government – became more independent: the presidents in the colleges and courts of appeal should no longer also be Councillors of the Realm. This change gave the courts increased independence, but it also gave the governmental agencies

an independence close to that of the courts. There was one exception: the College of Chancery (*Kanslikollegium*). This meant that the College of Chancery was closer attached to Council than the other colleges³¹. Here lies the origin to the division between the Government Offices (*Regeringskansliet*) and the governmental agencies³².

As regards civil, criminal and procedural law, the Law of the Land of King Christopher of 1442 was replaced by the Law Code of 1734, which entered into force in 1736. In contrast to the Law of the Land, the Law Code did not deal with constitutional matters. This means that a difference developed between civil, criminal and procedural law on one hand, and constitutional law on the other. In 1766, Sweden's first Freedom of the Press Act (*Tryckfrihetsförordning*) was enacted, with its groundbreaking rules, including a freedom of the press that was extensive for the time, and the principle of publicity of the documents held by state authorities³³.

The 1720 constitution was in turn replaced – through a coup d'état by King Gustavus III – by the 1772 Instrument of Government³⁴ and the so-called Union and Security Act (*Förenings- och Säkerhetsakten*) of 1789³⁵, which laid the foundation for the Gustavian autocracy. In 1772, Gustavus III wanted to restore the balance of power between the King and Parliament from the time of Gustavus II Adolphus, so that these two bodies would share legislative power. He linked this to a traditional image of royal power but initially adapted to the political language of the Age of Liberty³⁶. The estates had the power of taxation. The King would govern the kingdom, and the Council of State would advise him, but not govern. Although the King had the final de-

cision-making power, certain formalities had to be observed. All matters except judicial matters, matters of pardon, appointments and conferral of nobility were to be presented to the King in the cabinet or in one of the divisions of the council. In the judicial matters, the King had two votes and the casting vote. In 1789, however, Gustavus III managed to become an absolute ruler and the King's Council was abolished³⁷. The highest judicial power was transferred from this council to a Supreme Court (*Högsta domstolen*), established the same year. The King had two votes and a casting vote in the Supreme Court³⁸.

This Gustavian autocracy came to an end, not with the assassination of Gustavus III in 1792, but with Sweden's loss of the eastern half of the Kingdom (Finland) in 1809 in the context of the Napoleonic Wars. The development of events led to the dethronement of Gustavus IV Adolphus, and his uncle Duke Charles became regent and later king as Charles XIII.

2.4 *The 1809 Instrument of Government and the separation of powers*

After the 1809 coup d'état and the dethronement of Gustavus IV Adolphus, the first step was to adopt a new Instrument of Government. This was drawn up over two weeks and was subsequently adopted on 6 June 1809 by three of the estates, after which Duke Charles was declared King Charles XIII. The peasants initially refused to have their speaker sign the document, but they agreed to sign on 27 June 1809 after pressure from Charles XIII. The 1809 Instrument of Government – through which

the Book of the King in the 1442 Law of the Land was finally abolished – was in force until 1975, albeit with successive changes³⁹. Of these, one of the most notable was the abolition of the Parliament of the Estates in 1866 and the introduction of a bicameral parliament.

New Acts of Succession were enacted in 1809 and 1810, the latter establishing the still reigning Bernadotte dynasty as the Swedish royal family with Jean Baptiste Bernadotte, Prince of Ponte Corvo as Crown Prince Charles John, later King Charles XIV John. New Freedom of the Press Acts were issued in 1810 and 1812, since freedom of the press needed to be re-enacted after decline and partial abolishment during the Gustavian absolutism. Increasingly detailed rules about secrecy and publicity of documents were taken into constitutional and statutory law⁴⁰. The union with Norway 1814–1905 was regulated by a specific act⁴¹.

The ambition with the 1809 Instrument of Government was to re-establish the balance between King and Parliament, under the influence of ideas of separation of powers⁴². In connection with the adoption of the Instrument of Government, the constitutional committee, through Hans Järta, formulated the basic principle in this way, inspired by Montesquieu:

The committee has sought to shape an executive power, acting within fixed forms and united in its decision-making and implementing power, a legislative power, wisely slow to act but strong to resist, and a judicial power, independent under the laws but not autocratic over them. The committee has furthermore tried to structure these powers so that they check and restrain each other, without mixing them or granting the restraining function any power that belongs to the restrained function⁴³.

Section 90 of the 1809 Instrument of

Government also set out the principles of the separation of powers. However, given that the Constitution was adopted by the King and the four Estates of Parliament and actually created five powers – the legislative, the executive, the judicial, the taxing and the auditing powers, with the King involved in the first three – the legal situation became more complicated than the Constitutional Committee had suggested. If one uses Sieyès' distinction between constituent and constituted powers⁴⁴, it can be said that King and Parliament as the two constituent powers constituted five powers. The two constituent powers were, however, very visible in the outline of the Instrument of Government: articles 1–48 dealt primarily with the King and his powers, whilst article 49–114 dealt primarily with Parliament and its powers. Gudmund Jöran Adlerbeth, who was a member of the constitutional committee, spoke in the debate at the parliamentary session in a way that suggests the connection between constituent and constituted powers:

According to the foundations of political theory and the testimony of history, it seems to be fairly clear that security is best preserved when the legislative power belongs to the nation and its regent jointly, the adjudicative power belongs to certain bodies, which should suffer imposition neither by the nation and its representatives nor by the government, the executive power is held undivided by the regent, and the power of taxation is held undivided by the people⁴⁵.

During the second half of the 19th century, Professor Christian Naumann, who wrote the first comprehensive book on the 1809 Instrument of Government and Sweden's constitutional history⁴⁶ made his view clear: the legislative power was «the highest in the state; it represents



The King's Jubilee Portrait, Carl XVI Gustaf 2023. Photo: Thron Ullberg/Kungl. Hovstaterna

the entire nation, it determines the very state and legal order»⁴⁷. The expression shows that the legislative power – the King and Parliament – had a special weight because as a constituted power it was almost identical to the constituent powers.

As head of state, Charles XIII represented a monarchy that was extremely weakened at the time. The coup d'état against Gustavus IV Adolphus could have gone so far that Parliament had adopted a constitution without any participation from the monarch, and in that case the constituent power could have been the people only (through their representatives in Parliament) as early as in 1809. Instead, however, the Instrument of Government of 1809 was adopted by the people's representatives and the King by mutual consent, through a contract⁴⁸.

Legislation – civil, criminal and procedural law – required the approval of at least three estates and the King's consent.

Amendments to the Instrument of Government and other constitutional acts required the unanimous decision of the King and all four estates, but decisions could only be made in the next parliamentary session after the session at which the constitutional committee had supported the proposal. After the reform of Parliament in 1866, when a bicameral parliament replaced the parliament of the four estates, decisions by the King and two parliamentary sessions were required for constitutional amendments.

The King in Council legislated on matters concerning the general economy of the realm and administrative matters through ordinances (*förordningar*). The King in Council also exercised executive power – “the king alone has the right to govern the kingdom”, as stated in article 4 of the 1809 Instrument of Government. The King in Council governed the country through governmental agencies, which retained the independence introduced in 1720⁴⁹.

The Supreme Court exercised “the King's judicial power”, and the judgments were to be issued in the King's name and with his signature or seal. There have been questions raised about what status the judicial power had from the perspective of separation of powers. Based on the outline and content of the Instrument of Government and the treatment of the judicial power in the literature, Associate Professor Caroline Taube has concluded that the courts were so intertwined with the governmental agencies that they could not be considered an independent power of state⁵⁰. However, if one distinguishes between constituent and constituted powers, it becomes clearer how the courts – albeit to some extent subordinate to the

King and also scrutinized by representatives of the Parliament – had a substantial degree of independence.

In 1909 the Supreme Administrative Court (*Regeringsrätten*, from 2011 *Högsta förvaltningsdomstolen*) was established. The Council on Legislation (*Lagrådet*), with justices from both supreme courts, took over the advisory role regarding new legislation that the Supreme Court had had, originally as a remnant from the old King's Council. The Council on Legislation got the task to preview the constitutionality of statutes and to give advice as regards legal-technical aspects of proposed statutes.

Thus, King and Parliament were involved in legislation, and the courts and the governmental agencies were under the King's domain. The two remaining powers, taxation and auditing, were held by Parliament. Thus, if Parliament had not approved money in the budget for a certain area of state action and financed the cost through taxes, the King could not act. Parliament had auditors both for financial and substantive matters. The Ombudsman of Justice (*Justitieombudsmannen*), an office established in 1809, acts on behalf of Parliament and oversees that the courts and governmental agencies proceed according to law. The Parliamentary Auditors (*Riksdagens revisorer*) checked how the governmental agencies used their funds. Since 2003, the Swedish National Audit Office (*Riksrevisionen*) takes care of this task and is an agency under the Parliament, not the Government.

2.5 *Rebalancing through the breakthrough of parliamentarism and work towards a new Instrument of Government*

During the period 1907-1921, universal suffrage, proportional elections and the parliamentary system were gradually introduced. The parliamentary system had its breakthrough after the so-called Courtyard Crisis in 1914. At that time, the liberal government under Prime Minister Karl Staaff wanted to spend less money on defence than the King, Gustavus V, which led to a march of support from above all peasants (*bondetåget*) to the courtyard at the Royal Palace in Stockholm. There, the King publicly expressed that his view differed from that of his Government. This was the last time the King openly took political stance in a controversial question and caused a constitutional crisis. A few years later, Gustavus V accepted the principle of a parliamentary system by signing the 1918 bill on amendments to the Ordinance on Local Government in the Countryside, through accepting what Prime Minister Nils Edén had written there in favour of this principle⁵¹. From then on, the balance of power between the King and Parliament ceased to function within the legislative power. The King's role was from now on ceremonial. Through this development, the King's position as a constituent power was weakened, because it would be difficult for the King to refuse a constitutional amendment.

When the Supreme Administrative Court was established in 1909, the King was not to have votes there, and his two votes in the Supreme Court were abolished. These votes had not been used for many years, with an exception for the Supreme Court's 200 year anniversary in 1889⁵², and this

reform only confirmed a well-established practice. But this meant that the legislative power and the executive power on the one hand, and the judicial power on the other, became more clearly separated as constituted powers. The introduction of the parliamentary system, and the fact that the Government increasingly became a political body, meant a rebalancing with more far-reaching consequences, also for the position of the courts. This was noted by Professor Carl Axel Reuterskiöld thus: «If the constitutional responsibility has been reduced to a formality, as soon as the King and Parliament agree, then there is no other guarantee for a true rule of law than the courts»⁵³. The Social Democrat Minister for Foreign Affairs, Professor Östen Undén later ridiculed Reuterskiöld's statement and acknowledged it only for «exclusive curiosity interest»⁵⁴, but it should be noted that Reuterskiöld looked at all aspects of power balance. He acknowledged the underlying idea in the 1809 Instrument of Government that the King appeared in various guises, and the Government's dependence on Parliament instead of the King could be balanced if the courts, now effectively disconnected from the King, checked the constitutionality of statutes⁵⁵.

This development means that during the period from the introduction of the parliamentary system in the 1910s to the adoption of the 1974 Instrument of Government, the balance of power was different from what it had been during the period from 1809 to the 1910s. In the first period, the King and the Parliament had been the constituent powers, now the King's position as a constituent power was weakened. Back then, the legislative power had been closely tied to the balance between King and Parlia-

ment; now it was Parliament that constituted the actual legislative power, whilst the Government had the executive power, and the judicial power was more disconnected from the executive power than before.

This development also meant that need for reform became more and more obvious. Many reforms had taken place not through constitutional amendments but through the acceptance of King Gustavus V to enact the statutes and decisions from Parliament and Government and to appoint Governments according to the parliamentary majority. The decades from the reforms 1907-1921 to the enactment of the 1974 Instrument of Government, with important differences between forms and substance, have even been called «the half-century without a constitution»⁵⁶.

In the 1950s and 1960s, there were continuous discussions about the need for constitutional reform. First, one governmental inquiry (*Författningsutredningen*) published a proposal for a new Instrument of Government in 1963⁵⁷. The matter was not settled, and another governmental inquiry (*Grundlagberedningen*) was appointed and published a proposal in 1972 after having first dealt with the system for elections in 1967⁵⁸. The proposal was transformed into a governmental bill to Parliament in 1973⁵⁹, which was accepted by the Constitutional Committee and Parliament.

One of the ambitions for the new Instrument of Government was to adapt the rules to the actually functioning parliamentary system and the King's ceremonial function⁶⁰. One reform was made in 1968-69, to make it possible for Parliament to explain its lacking confidence in the Government. At this time, the bicameral parliament was also replaced by a unicameral parliament.

In the bill to Parliament in 1973, it was noted that the transition had taken place gradually and in parallel with the strengthening of the power of Parliament and the deepening of democracy⁶¹.

3. *The new Instrument of Government and the introduction of popular sovereignty in 1975*

The new Instrument of Government entered into force 1st January 1975. Unlike its predecessors, it was divided into chapters. The chapters were 1) The basic principles of the constitution, 2) Fundamental freedoms and rights, 3) Parliament, 4) The procedures of Parliament, 5) The Head of State, 6) The Government, 7) The procedures of Government, 8) Statutes and other provisions, 9) Finances, 10) The relationship to other states, 11) Administration of justice, and administrative offices, 12) The auditing power, 13) War and danger of war.

When work was underway to draft the 1974 Instrument of Government, the question arose as to what the separation of powers could and should mean. In the report of the first governmental inquiry, this statement can be found:

Sometimes it is [...] emphasized as a characteristic feature of a constitution that it should realize some kind of separation of powers or balance of powers. This description applies to older constitutions, where behind the various state organs stood different *de facto* power groups in society. The constitution was then often seen as an agreement between these different groups, e.g. between the prince and the people organized in different estates. A constitution based on the principle of popular sovereignty, on the other hand, does not count on any 'powers' independent of the people⁶².

Here, it is the balance between the constituent powers that is in focus. The fact that there should be no balance between different constituent powers did not, however, as such prevent a separation of constituted powers. In the text following the quote, a constitution with different balancing factors was discussed, which would limit each other but not paralyze the ability to act. Even with a constitution based on popular sovereignty, there could be limitations through «the diversity of more or less independent bodies for political representation, interest representation and the forming of opinions»; these would create «a far more finely divided system of checks and balances than any constitutional system of separation of powers can achieve»⁶³. Regarding the design of what was now called the division of functions, the text continued:

The division of functions, which therefore does not mean the same as the separation of powers in the older sense, can be said to be motivated by the following general considerations. The state's many tasks are of such a mutually varying nature that they should be entrusted to separate bodies, composed with due regard to what the specific tasks require and operating in forms adapted to the tasks. The division of functions is conditioned by the requirement for an appropriate division of work. In addition, a definite and clear division of functions facilitates public transparency in the activities of state bodies and can also be used as a basis for various types of responsibility regulation and control. The main types of state bodies that one has reason to pay attention to in the present context are - in addition to the Head of State - the Parliament, the Government, the administrative authorities and the courts⁶⁴.

Of interest here is, above all, that the «division of functions» would not mean the same as the separation of powers in the older sense. So far, one could see the concepts in the light of the difference between

constituent and constituted powers. The division between different constituted powers could function as a guarantee that no power would exceed the limits for that power. But that was – at best – a subordinate interest. What was emphasized instead was a series of reasons of a more practical nature: the different bodies should be «composed with due regard to what the specific tasks require» and they should be «operating in forms adapted to the tasks». It was «the requirement for an appropriate division of work» that was important, even though «a definite and clear division of functions facilitates public transparency in the activities of state bodies and can also be used as a basis for various types of accountability regulation and control». The control of the exercise of power according to the principle of the separation of powers was thus subordinated to practical considerations and the desire for the principle of popular sovereignty to be fully implemented⁶⁵.

The problem with the 1809 Instrument of Government was, in summary, that it was based on «the perception of the King and the people's representation as equal power factors in the state system, while the parliamentary system assumes that all state power should ultimately emanate from the people»⁶⁶. In the next report in 1972, the starting point was the same as in the 1967 report, mostly implicitly but sometimes explicitly: «The committee now proposes that the parliamentary system should be further strengthened. The new constitution should not constitute a system with powers that balance each other»⁶⁷. This prompted one of the members of the committee, Conservative Member of Parliament Allan Hernelius to point this out in a special statement:

The report lacks historical perspectives as well as more detailed accounts of the constitutional practice that has developed. It also lacks an analysis of the fundamental problems associated with the construction of a new constitution on the basis of popular sovereignty instead of the separation of powers. Furthermore, the committee has not undertaken any comprehensive evaluation of the proposal's total effects on the form of government. The various sub-issues and their solutions have not been placed in any overall perspective⁶⁸.

He went on to state why this was problematic:

Everyone agrees that if a modern constitution is to be adopted, the old classical doctrine of the separation of powers must be abandoned and the constitution must be based on the principle of popular sovereignty. This shifts the entire constitutional perspective. A new system is to be built according to which all power emanates from the people. The principle of the sovereignty of the people entails certain practical consequences. Among other things, it becomes necessary to find ways to secure the individual from different points of view⁶⁹.

Here, the protection of individuals and minorities against the decisions of a majority was brought into question. Among other things, the possibility of establishing a constitutional court was mentioned⁷⁰.

The statements became even clearer in the Government's bill to Parliament, when the main reasons for reform were summarized thus:

The new constitution completely breaks with the system of separation of powers that originally characterized the 1809 Instrument of Government. The Parliament is emphasized as the central state organ. The Government shall base its position on the composition of the Parliament and shall be responsible to Parliament. The Head of State, who according to the proposal shall still be a monarch, shall have no political power⁷¹.



Monument to the 1974 Instrument of Government outside the building for the district court and administrative court in Malmö. Artist: Pye Engström, 1985. Photo: Martin Sunnqvist

Furthermore, the Minister of Justice stated that it was an essential element of the reform that the principle of popular sovereignty was consistently expressed in the Instrument of Government and that the principle of separation of powers disappeared⁷².

This did not in itself prevent the legislative, the executive, and the judicial powers from remaining as separate state functions; municipal self-government can also be included in these functions. However, it was considered difficult to define what

the judicial function actually was and how its exercise of power related to the decision-making functions of the administrative authorities⁷³. Thus, in the first chapter of the Instrument of Government, where basic principles for the state were given, it was stated that «[f]or the administration of justice there are courts, and for public administration there are state and municipal administrative authorities»⁷⁴. This did not give much guidance as regards the tasks of the courts and authorities and the difference between them.

In parts of the literature, the distribution of tasks between the Parliament, Government and the courts came to be called «division of functions» rather than «separation of powers»⁷⁵. Professor Joakim Nergelius has criticized this use of language⁷⁶ with particular reference to Professor Håkan Strömberg, who, however, argued that the difference between the division of functions and the separation of powers was not that important: «The boundary between the areas of competence of the various state bodies is at least as clearly marked as before, and rules about their mutual control still exist»⁷⁷.

Nils Herlitz continued to use the concept of separation of powers: Even if the old «'separation of powers' and the 'balance'» were to be replaced by «the unity [...] that follows from the Government's dependence on Parliament», the Instrument of Government would still «regulate the functions of the government (as it did with the King's functions) and the Parliament and especially their competence»: «For those who have hitherto been accustomed to calling such regulation of competence separation of powers, it is natural to continue with that»⁷⁸. But when «separation of powers»

was mentioned in the name of a governmental inquiry in 1990, that investigated the separation of powers and the democracy in Sweden⁷⁹, it was about «analysing the distribution of power and influence in different areas of Swedish society»⁸⁰, not about the distribution of power between different branches of government.

Historically, as Professor Henrik Palmer Olsen has expressed it in another context, «the recognition of the existence of different state functions [is] far from identical with the recognition of the need to implement separation of powers»⁸¹. But a constitution can, as Professor Eirik Holmøyvik has written, be an expression of the will of a sovereign people and thus «an instrument of delegation from the people, as the constituent power of the state, to the powers of state as the constituted powers»⁸². In such a context, it is the principle of popular sovereignty that underlies the constitution, and when the constitution is amended, what functions is «a vertical separation of powers between the sovereign people and the powers of state»⁸³.

By approving the parliamentary system in the 1910s and finally accepting the 1974 Instrument of Government, the Swedish King took a step back from being a constituent power. The principle of popular sovereignty thus formed the basis for the representation of the people being the only constituent power. This did not necessarily mean that the constituted powers were changed, and popular sovereignty and the separation of powers do not need to be in opposition against each other, unless one is only discussing the constituent powers⁸⁴. The difference between the constituted powers was nevertheless downplayed, and the concept of the separation of powers

came to be associated with the balance of power between the King and the Parliament and thus with the political power of the King⁸⁵.

4. *Reintroduction of separation of powers in 2011?*

In 1999, a governmental inquiry regarding the democracy in Sweden published a research volume on the theme of «Separation of Powers»⁸⁶. There, fourteen political scientists and lawyers wrote texts with historical and international perspectives on the separation of powers in Sweden. Even though the texts were not aimed at interpreting the current Swedish constitution based on the (apparent) contradiction between popular sovereignty and separation of powers, the book's theme made such a discussion possible in the long run. As Jörgen Hermansson puts it in the first contribution:

When constitutionalism is combined with the idea of popular sovereignty, [...] the results can be slightly different. Constitutionalism can take several different forms, but the common feature is that to a greater or lesser extent it is about taming the power that emanates from the people itself⁸⁷.

The division of powers in Sweden was not given much space in the final report⁸⁸. However, in 2008 another governmental inquiry published a report on constitutional reforms⁸⁹. The inquiry led to a governmental bill⁹⁰ which was approved in Parliament. The changes entered into force 1 January 2011.

One change was that a distinction was made between courts and administrative

authorities through dividing Chapter 11 in the Instrument of Government about administration of justice and administrative offices into two: Chapter 11 about administration of justice and Chapter 12 about administrative offices. However, the separation of powers or the division of functions was not explicitly mentioned. According to the inquiry, the reform aimed at «clarifying the special position of the courts in the constitutional system and highlighting the importance of an independent and impartial judiciary»⁹¹. At the same time, there was «reason to protect the importance and independence of the administration in the application of norms»⁹². In this regard, the heritage from 1720 was kept. Another important reform was to strengthen the courts functions as regards judicial review of legislation.

A recent governmental inquiry, whose report was published in 2023, dealt with a strengthened protection of democracy and the independence of the courts⁹³. The separation of powers was not mentioned, and nor was the division of powers, but it was stated that one of the sections in Chapter 11 of the Instrument of Government «expresses a principled division of functions between the legislature and the courts»⁹⁴. It is suggested that the independence of the courts should be clarified in Chapter 1 of the Instrument of Government by replacing the phrase «For the administration of justice there are courts» with «The administration of justice shall be exercised by independent courts»⁹⁵. This makes it clearer that the courts are independent in relation to other powers of state. This is also combined with better institutional safeguards for the courts, among other things that the National Courts Administration

will be placed under a board elected among judges. Another suggested change is that amendments to the constitution will be more difficult to achieve, through a new requirement that at least half of the members of Parliament vote in favour of the decision to adopt a constitutional proposal for the first time and that a qualified majority of at least two-thirds of the members of Parliament vote in favour of the second confirming decision to adopt the proposal after parliamentary elections have been held. This can be compared to the present procedure where both decisions can be made by a simple majority of those voting. These suggestions have been taken into a governmental bill⁹⁶, which is now scrutinized by Parliament. This amendment, like the other recent amendments, is based on broad political consensus and compromise, and it is therefore very likely that the amendment will be approved.

In the current debate, however, not everyone agrees that the separation of powers is compatible with the structure of the Instrument of Government. For example, Judge Mikael Mellqvist has argued in some articles that «no idea of separation of powers is built into the Instrument of Government»⁹⁷. Through the principle of popular sovereignty, all power should «be concentrated in the people»⁹⁸. Mellqvist has also argued that Swedish law and Swedish legal thinking have been wrongly considered to be influenced «by the so-called 'Europeanization'», especially when it comes to the position of the courts⁹⁹. However, if «Europeanization» is discussed, there are clear demands on what European law expects of Swedish constitutional law.

5. *Separation of powers in a European perspective*

European law, of which Swedish law is a part, assumes not only that Sweden is a state governed by the rule of law but also that there is a functioning separation of powers¹⁰⁰. The EU Regulation on a general conditionality regime for the protection of the Union budget mentions – as part of the concept of the rule of law – that the principle of separation of powers is respected (preamble, paragraph 3 and article 2)¹⁰¹. The starting point here is some rulings from the Court of Justice of the EU (CJEU): the cases *Kovalkovas*, *Poltorak* and *DEB*¹⁰². These cases concern how the concept «judiciary» should be interpreted. The concept cannot include ministries or other government organs under the executive. The judiciary should «be distinguished, in accordance with the principle of the separation of powers which characterises the operation of the rule of law, from the executive»¹⁰³. The «judicial authorities», which may issue a European arrest warrant, «are traditionally construed as the authorities that administer justice, unlike, inter alia, ministries or other government organs, which are within the province of the executive»¹⁰⁴. Police authorities are not covered by the concept of «judicial authorities», as they are part of the executive branch¹⁰⁵.

In the *DEB* case, which concerned the right to legal aid in a case concerning the liability of a Member State for damages under EU law, the question arose as to how the right to a fair trial could be satisfied when the defendant in the main proceedings is the State which is also required to guarantee effective judicial protection. The CJEU held that EU law «does not preclude a Member

State from simultaneously exercising legislative, administrative and judicial functions, provided that those functions are exercised in compliance with the principle of the separation of powers which characterises the operation of the rule of law»¹⁰⁶.

The Swedish translation «lagstiftare, myndighet och domare» (literally «legislator, authority and judge», similar to the Italian and French versions) can be compared with the English «legislative, administrative and judicial functions» or the German reference to that a member state «embodies legislative, executive and judicial functions at the same time» («Legislative, Exekutive und Judikative zugleich verkörpert»). It can be concluded that the separation of powers, the rule of law and the right to a fair trial before an independent and impartial judge are closely linked.

The same can be said on the basis of case-law of the European Court of Human Rights. In the Grand Chamber judgment *Stafford* from 2002¹⁰⁷, the European Court of Human Rights found that decisions by a minister in matters of determining the duration of sentences for those sentenced to life imprisonment had become an increasingly problematic order; it had become «increasingly difficult to reconcile with the notion of separation of powers between the executive and the judiciary, a notion which has assumed growing importance in the case-law of the Court»¹⁰⁸. In several other Grand Chamber judgments, including *Maktouf* 2013¹⁰⁹ and *Ástráðsson* 2020¹¹⁰, the European Court of Human Rights has reiterated the same formulation. In the *Ástráðsson* judgment, the Court also stated that there is no requirement for states to «comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible

limits of the powers' interaction»¹¹¹. The Court held that «a certain interaction between the three branches of government is not only inevitable, but also necessary, to the extent that the respective powers do not unduly encroach upon one another's functions and competences»¹¹².

The fact that the CJEU and the European Court of Human Rights require that the principle of separation of powers be observed cannot in itself lead to this principle being interpreted into the Swedish constitution. On the other hand, since it is assumed that the principle is observed, a dilemma would arise if the Swedish constitution were not to be considered based on it. If that were so, the difference between the Swedish constitution and European law would need to be handled in some way, and one could ask whether Sweden fulfilled the basic requirements of a European state where the rule of law prevails.

The dilemma can be resolved by distinguishing between constituent and constituted powers. There are no problems under European law with the Swedish constitution being based on the idea of popular sovereignty and that there is therefore only one constituent power. The fact that this constituent power has then established several different powers of state, including an independent judicial power, is sufficient for Swedish constitutional law to meet the requirements set by the European Court of Justice and the Court of Justice of the European Union. Above, I have argued that Swedish constitutional law has developed and is developing in this direction.

6. Concluding comments

I began this article in the Middle Ages, with a charter from around 1335 whereby King Magnus Eriksson issued rules about the election of kings, the royal oath and the coronation, to be approved by the provinces. The text from the charter was then incorporated into the Book of the King in the Laws of the Land from the 1350s onwards. At this time, there was a clear power balance between the King and representatives of the population, being present in Council, Parliament and provincial assemblies.

In 1634, the word *Regeringsform* (Instrument of Government) was used for the first time for a document regulating the colleges and offices of the state, in modern terms the courts of law and the governmental agencies. The power balance between King and Parliament shifted back and forth, with powerful kings in the late 17th century to the governance by Parliament according to the 1720 Instrument of Government during the Age of Liberty. The last decades of the 18th century again saw increased royal power.

The 1809 Instrument of Government was based on a wish to restore a balance between King and Parliament, a balance that had been disturbed during royal absolutism and parliamentary governance. The two constituent powers King and Parliament established five constituted powers, the legislative, executive, judicial, taxing and auditing powers of state, all under inspiration from Montesquieu, and further developing his ideas.

With the breakthrough of the parliamentary system in the 1910s, the power balance between King and Parliament disappeared within the legislative power. Later on, the King also renounced his function as a con-

stituent power and Parliament was left alone as such. The balance between the two was replaced by popular sovereignty. This legal development was finally confirmed through the 1974 Instrument of Government.

However, it was not necessary in this context to renounce from labelling the system as «separation of powers», since the legislative, executive, judicial, taxing and auditing powers remained as constituted powers, regardless of what happened to the constituent powers. When the 1974 Instrument of Government was adopted, it was symbolically important to mark the difference in relation to the principles on which the 1809 Instrument of Government was based. This primarily concerned the constituent powers, and the changed role of the King. Partly for this reason, the separation of powers between the constituted powers was also downplayed, and lawyers and political scientists began to talk about the «division of functions».

The concept of the «division of functions» is diffuse and more unclear than «separation of powers». It is also misleading, since it was associated with a relatively practically oriented division of work between the various functions, rather than a principled control aimed at curbing abuse of power. Now, 50 years after the 1809 Instrument of Government ceased to apply, the risk of «separation of powers» being misunderstood as a return to the dualism between King and Parliament as constituent powers is negligible.

Further on, the recent and ongoing amendments of the Instrument of Government have strengthened the protection of the independence and impartiality of the judiciary, and the Instrument of Government will now become more difficult to

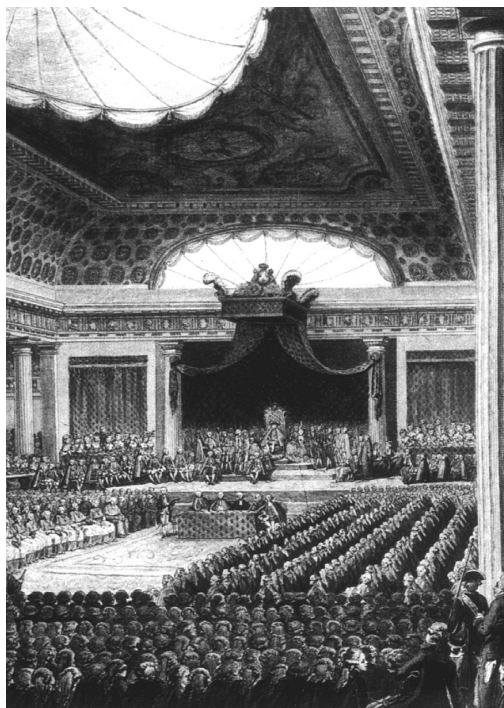
amend. This makes the principle of separation of powers more clearly visible in the Instrument of Government, and in that regard it increasingly connects to its pre-

decessor, the 1809 Instrument of Government. This development is also well in line with European standards of separation of powers and the rule of law.

- ¹ Regeringsformen, Svensk Författningssamling (SFS) 1974:152, latest amendment SFS 2022:1600.
- ² Successionsordningen, 26th September 1810, latest amendment SFS 1979:935.
- ³ Tryckfrihetsförordningen, SFS 1949:105, latest amendment SFS 2022:1524.
- ⁴ Yttrandefrihetsgrundlagen, SFS 1991:1469, latest amendment SFS 2022:1525.
- ⁵ N. Herlitz, *Grunddragen av det svenska statsskickets historia*, Stockholm, Norstedts, 1964⁶.
- ⁶ H.-H. Vogel, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweden*, in A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. M. Huber (ed. by), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, Müller, vol. I, 2007, pp. 507–564.
- ⁷ T. Möller (ed. by), *En författning i tiden. Regeringsformen under 50 år*, Stockholm, Medströms, 2024; A. Jonsson Cornell et al. (ed. by), *Regeringsformen 50 år 1974–2024*, De Lege, Uppsala, Iustus, 2024.
- ⁸ V. Persson, H. Wenander, H. Wockelberg (ed. by), *50 år av folksuveränitet. Makt, funktion och förvaltning i 1974 års regeringsform*, in «Statsvetenskaplig tidskrift», n. 3, 2024.
- ⁹ M. Sunnqvist, *Maktfördelning, funktionsfördelning och maktfördelning igen*, in «Statsvetenskaplig tidskrift», n. 3, 2024, pp. 445–460. Translated quotes in this article, where I do not write the original Swedish quote, can be found in the original there.
- ¹⁰ B. Debaenst, *Du Gamla, du Nya. 1974 års regeringsform ur ett rättshistoriskt perspektiv*, in Jonsson Cornell et al. (edited by), *Regeringsformen 50 år cit.*, pp. 44–45.
- ¹¹ Å. Holmbäck, E. Wessén, *Svenska landskapslagar tolkade och förklarade för nutidens svenskar*, 3rd series, Södermannalagen and Hälsingelagen, Stockholm, Hugo Geber, 1940, pp. 236–256; Å. Holmbäck, E. Wessén, *Magnus Erikssons landslag i nusvensk tolkning*, Rättshistoriskt bibliotek vol. 6, Stockholm, Institutet för Rättshistorisk Forskning, 1962, pp. XXV–XXVI and 18.
- ¹² Holmbäck, Wessén, *Magnus Erikssons landslag cit.*, pp. 3–8 and 18–28.
- ¹³ P. Abrahamsson (ed. by), *Sveriges Rikes Lands-Lag*, Stockholm 1726, pp. 1–160.
- ¹⁴ Holmbäck, Wessén, *Magnus Erikssons landslag cit.*, pp. 3–8 and 18–28.
- ¹⁵ H. Schück, *Rikets råd och män. Herredag och råd i Sverige 1280–1480*, Stockholm, Kungl. Vitterhets Historie och Antikvitets Akademien, 2005.
- ¹⁶ L.-O. Larsson, *Kalmarunionens tid. Från drottning Margareta till Kristian II*, Stockholm, Prisma, 1997, pp. 83–90.
- ¹⁷ E. Hildebrand (ed. by), *Svenska riksdagsakter jämte andra handlingar som höra till statsförfattningens historia*, vol. I:1, Stockholm, Norstedts, 1888, pp. 378–390.
- ¹⁸ M. F. Metcalf (ed. by), *The Riksdag. A History of the Swedish Parliament*, Stockholm, Riksdagen, 1987.
- ¹⁹ *Sveriges konstitutionella urkunder*, Stockholm, SNS, 1999, pp. 71–100.
- ²⁰ Debaenst, *Du Gamla, du Nya cit.*, pp. 47–49.
- ²¹ M. Korpiola (ed. by), *The Svea Court of Appeal in the Early Modern Period: Historical Reinterpretations and New Perspectives*, Rättshistoriska studier vol. 26, Stockholm, Institutet för Rättshistorisk Forskning, 2014.
- ²² M. Vasara-Aaltonen, *From Well-travelled "Jacks-of-all-trades" to Domestic Lawyers: The Educational and Career Backgrounds of Svea Court of Appeal Judges 1614–1809*, in Korpiola (ed. by), *The Svea Court of Appeal in the Early Modern Period cit.*, pp. 301–354.
- ²³ O. Sörndal, *Den svenska länsstyrelsen. Uppkomst, organisation och allmän maktställning*, Sundqvist & Emond, Lund, 1937.
- ²⁴ *Sveriges konstitutionella urkunder cit.*, pp. 101–112.
- ²⁵ Herlitz, *Grunddragen av det svenska statsskickets historia cit.*, pp. 96–101.
- ²⁶ S. Rudholm, *Justitiekanslersämbetet 250 år*, in «Svensk juristtidning», 1964, pp. 1–16.
- ²⁷ *Sveriges konstitutionella urkunder cit.*, pp. 113–131 and 132–153.
- ²⁸ J.-P. Lepetit, *La Constitution suédoise de 1720. Première constitution écrite de la liberté en Europe continentale*, in «Jus Politicum», n. 9, 2013.
- ²⁹ Debaenst, *Du Gamla, du Nya cit.*, p. 52.
- ³⁰ Herlitz, *Grunddragen av det svenska statsskickets historia cit.*, pp. 164–165.
- ³¹ A. B. Carlsson, *Den svenska centralförvaltningen 1521–1809. En historisk översikt*, Stockholm, Beckmans, 1913, pp. 131–132.
- ³² M. Sunnqvist, *Domstolsliknande myndigheter och myndighetsliknande domstolar? Några idé- och begreppshistoriska gränsdragnings-*

- problem, in L. Sandström, C. Peterson (ed. by), *Den svenska förvaltningsmodellen, Rättshistoriska studier* vol. 28, Stockholm, Institutet för Rättshistorisk Forskning, 2020, p. 238.
- ³³ *Sveriges konstitutionella urkunder* cit., pp. 154–160.
- ³⁴ Ivi, pp. 161–177.
- ³⁵ Ivi, pp. 178–182.
- ³⁶ M. Alm, *Kungsord i elfte timmen. Språk och självbild i det gustavianska enväldets legitimitetskamp 1772–1809*, Stockholm, Atlantis, 2002.
- ³⁷ Herlitz, *Grunddragen av det svenska statsskickets historia* cit., pp. 200–205.
- ³⁸ B. Wedberg, *Konungens högsta domstol 1789–1809*, Stockholm, Norstedts, 1922.
- ³⁹ M. Brundin, M. Isberg (ed. by), *Maktbalans och kontrollmakt. 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv*, Stockholm, Sveriges riksdag, 2009.
- ⁴⁰ J. Björverud, *Offentlighetsprincipen. Lagstiftarens avvägningar mellan handlingsoffentlighet och sekretess 1809–1980*, Lund, Lund University, 2024.
- ⁴¹ H. L. Rydin, *Föreningen emellan Sverige och Norge från historisk och statsrättslig synpunkt betraktad*, Uppsala, Edquist & Berglund, 1863.
- ⁴² S. Björklund (ed. by), *Kring 1809. Om regeringsformens tillkomst*, Stockholm, Wahlström & Widstrand, 1965; E. Rönström, *Forskardebatten kring 1809 års regeringsform – Till frågan om grundlagens härkomst*, in «Statsvetenskaplig tidskrift», 1997, pp. 448–467; Vogel, *Grundlagen und Grundzüge* cit., p. 563; Debaenst, *Du Gamla, du Nya* cit., p. 56.
- ⁴³ *Sveriges konstitutionella urkunder* cit., p. 184. Cf. O. Petersson, *The Swedish Constitution of 1809*, in E. Özdalga, S. Persson (ed. by), *Contested Sovereignties. Government and Democracy in Middle Eastern and European Perspectives*, Swedish Research Institute in Istanbul, Transactions, vol. 19, Istanbul, 2010, pp. 53–66.
- ⁴⁴ L. Rubinelli, *Constituent Power. A History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. The difference as such had been identified earlier, see U. Mükig, *Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 61, and E. Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, Bergen, Fagbokforlaget, 2012, p. 132.
- ⁴⁵ *Ridderskapet och Adelns riksdagsprotokoll*, 1809, vol. 1, p. 480.
- ⁴⁶ C. Naumann, *Sveriges statsförfattningsrätt*, vol. 1–4, Stockholm, Norstedts, 1879–1884².
- ⁴⁷ Naumann, *Sveriges statsförfattningsrätt* cit., vol. 3, pp. 122–123.
- ⁴⁸ Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814* cit., pp. 236–237; P. Nilsén, *Tradition och modernitet. Argument på vägen till 1974 års regeringsform*, in E. Holmøyvik (edited by), *Tolkingar av grunnslova. Om forfatningsutviklinga 1814–2014*, Oslo, Pax Forlag, 2013, pp. 151–153.
- ⁴⁹ Vogel, *Grundlagen und Grundzüge* cit., p. 558.
- ⁵⁰ C. Taube, *En tredje statsmakt? Domstolarna under 1809 års regeringsform*, M. Brundin, M. Isberg, (ed. by), *Maktbalans och kontrollmakt. 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv*, Stockholm, 2009, pp. 343–372.
- ⁵¹ B. von Sydow, *1809 års författningsverk – vad kan vi lära för framtiden*, in Brundin, Isberg (ed. by), *Maktbalans och kontrollmakt* cit., pp. 497–512 and 527.
- ⁵² *Nytt juridiskt arkiv*, 1889, pp. 220–223.
- ⁵³ C. A. Reuterskiöld, *Vår rättsordnings omvandling*, in «Statsvetenskaplig Tidskrift», 1918, p. 95.
- ⁵⁴ Ö. Undén, *Några ord om domstolskontroll över lagars grundlagssenlighet*, in «Svensk Juristtidning», 1956, p. 261.
- ⁵⁵ G. Petrén, *Domstols lagprövningsrätt*, in «Svensk Juristtidning», 1956; J. Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Stockholm, Norstedts, 1996, p. 662; M. Sunnqvist, *Konstitutionellt*
- kritiskt dömmande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*, Stockholm, Institutet för rättshistorisk forskning, 2014², pp. 356–359.
- ⁵⁶ My translation of: «det författningslösa halvsekel». F. Sterzel, *Författning i utveckling. Tjugotio år kring Sveriges författning*, Uppsala, Lustus, 2009, p. 18.
- ⁵⁷ *Statens Offentliga Utredningar* (SOU) 1963:16–18.
- ⁵⁸ *SOU* 1967:26 and 1972:15–16.
- ⁵⁹ *Prop.* 1973:90.
- ⁶⁰ Nilsén, *Tradition och modernitet* cit., pp. 157–168; Debaenst, *Du Gamla, du Nya* cit., pp. 57–60.
- ⁶¹ *Prop.* 1973:90 pp. 170–171.
- ⁶² *SOU* 1963:17 p. 150.
- ⁶³ *SOU* 1963:17 p. 151.
- ⁶⁴ *SOU* 1963:17 p. 151.
- ⁶⁵ T. Möller, *Från folksuveränitet till maktodelning. Författningspolitikens grundprinciper*, in Möller, *En författning i tiden* cit., p. 24; O. Petersson, *Så hur blev det? En utvärdering av 1974 års regeringsform*, in Möller, *En författning i tiden* cit., pp. 337–338.
- ⁶⁶ *SOU* 1967:26 p. 103.
- ⁶⁷ *SOU* 1972:15 p. 76.
- ⁶⁸ *SOU* 1972:15 p. 336.
- ⁶⁹ *SOU* 1972:15:336.
- ⁷⁰ *SOU* 1972:15 p. 336–337.
- ⁷¹ *Prop.* 1973:90 p. 91.
- ⁷² *Prop.* 1973:90 p. 156.
- ⁷³ Sunnqvist, *Domstolsliknande myndigheter och myndighetsliknande domstolar?* cit., pp. 251–254.
- ⁷⁴ My translation of: «För rättsskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter.» Instrument of Government Ch. 1 § 8.
- ⁷⁵ H. Jermsten, *Konstitutionell nödrätt*, Stockholm, Juristförlaget, 1992, p. 34; H. Strömberg, *Sveriges författning*, Lund, Studentlitteratur, 1974⁶, p. 62; E. Holmberg et al., *Grundlagarna. Regeringsformen, successionsordningen, riksdagsordningen*, Stockholm, Norstedts juridik, 20123, pp. 52–53; W. Warnling Conradsen, *Statsrättens grunder*, Stockholm, Norstedts juridik, 2022,

- pp. 42-47.
- ⁷⁶ J. Nergelius, *Domstolar och demokrati. Är det dags för maktindelning?*, in «Svensk Juristtidning», 2000, p. 551.
- ⁷⁷ Strömberg, *Sveriges författning* cit., p. 62; the same formulation remains in H. Strömberg, B. Lundell, *Sveriges författning*, Lund, Studentlitteratur AB, 2019²³, p. 93 – however, the chapter is now called “The Division of Tasks” (Uppgiftsfördelningen) instead of “The Division of Functions” (Funktionsfördelningen).
- ⁷⁸ N. Herlitz, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag*, in «Svensk Juristtidning», 1972, p. 527.
- ⁷⁹ SOU 1990:44.
- ⁸⁰ SOU 1990:44 p. 411.
- ⁸¹ H. Palmer Olsen, *Magtfordeling. En analyse af magtfordelingslæren med særligt henblik på den lovgivende magt*, København, Jurist- og økonomiforbundet, 2005, p. 97.
- ⁸² Holmøyvik, *Magtfordeling og 1814* cit., p. 235.
- ⁸³ *Ibidem*.
- ⁸⁴ Cf., however J. Nergelius, *Räcker grundlagsändringar för att stärka domstolarna?*, in F. Wersäll et al. (ed. by), *Svea hovrätt 400 år*, Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 446.
- ⁸⁵ T. Bull, I. Cameron, *The Evolution and Gestalt of the Swedish Constitution*, in A. von Bogdandy et al. (ed. by), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 630.
- ⁸⁶ SOU 1999:76.
- ⁸⁷ Ivi, p. 10.
- ⁸⁸ SOU 2000:1.
- ⁸⁹ SOU 2008:125.
- ⁹⁰ Prop. 2009/10:80.
- ⁹¹ SOU 2008:125 p. 347.
- ⁹² *Ibidem*.
- ⁹³ SOU 2023:12.
- ⁹⁴ Ivi, pp. 279-280.
- ⁹⁵ SOU 2023:12 pp. 59 and 287-290.
- ⁹⁶ Prop. 2024/25:165.
- ⁹⁷ M. Mellqvist, *Domstolen och dess domare. En essä om skillnader och likheter mellan institution och person*, in «Svensk Juristtidning», 2023, pp. 90-91.
- ⁹⁸ Mellqvist, *Domstolen och dess domare* cit., p. 106.
- ⁹⁹ M. Mellqvist, *De fanatiska protokollförarna. En kritisk essä rörande 'europeiseringen'*, in «Svensk Juristtidning», 2023.
- ¹⁰⁰ M. Sunnqvist, «EU's legal history in the making». *Substantive Rule of Law in the Deep Culture of European Law*, in «Journal of Constitutional History/Giornale di Storia costituzionale», n. 45 / 2023-I, pp. 11-35.
- ¹⁰¹ Regulation 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general conditionality regime for the protection of the Union budget.
- ¹⁰² Kovalkovas (10 November 2016, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, p. 36), Poltorak (10 November 2016, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, p. 35) and DEB (22 December 2010, C-279/09, EU:C:2010:811, p. 58).
- ¹⁰³ Kovalkovas, p. 36.
- ¹⁰⁴ *Ibidem*.
- ¹⁰⁵ Poltorak.
- ¹⁰⁶ DEB, p. 58.
- ¹⁰⁷ Stafford v. the United Kingdom (28 May 2002, no. 46295/99).
- ¹⁰⁸ Stafford § 78.
- ¹⁰⁹ Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina (18 July 2013, nos. 2312/08 and 34179/08), § 49.
- ¹¹⁰ Ástráðsson v. Iceland (1 December 2020, no. 26374/18) § 207.
- ¹¹¹ Ástráðsson § 215.
- ¹¹² *Ibidem*.



La Nazione libera e armata, tra istruzione ed educazione secondo Carlo Pisacane

LEONE MELILLO

1. Premessa

Una riflessione proposta da Alessandro Leogrande si sofferma sul possibile rapporto tra un «vero esercito» ed una «semplice accozzaglia di volontari», per la «liberazione del paese», nella prefigurazione teorica di Carlo Pisacane¹.

Il discorso di Leogrande evidenzia, quindi, una «contraddizione teorica (non solo pratica)», mentre rileva la difficoltà di «creare dal magma della rivolta un esempio disciplinato»², che sembra leggere il rapporto tra «guerra civilizzata» e «guerra irregolare», per capire se possono «convivere»³.

Una riflessione che già supera – con il Napoletano – la «struttura militare»⁴, posta in relazione con l'«endiadi costituzione militare – costituzione civile»⁵, fondamentale per comprendere la nazione armata, prefigurata da Carlo Pisacane, non adeguatamente colta dalla dottrina, come emergerà dal prosieguo dell'esposizione,

che impone una lettura critica degli scritti di Carlo Pisacane.

Un'attenta lettura del Saggio sull' «Ordinamento dell'esercito italiano»⁶ – spesso trascurato dalla dottrina – già evidenzierà i limiti colti dalla riflessione di Leogrande, fondamentali per delineare la «nazione libera ed armata», prefigurata da Carlo Pisacane: bisogna dipanare l'apparente contraddizione tra un «vero esercito» ed una «semplice accozzaglia di volontari», evidenziando anche la funzione educativa che assume la «nazione libera ed armata» nella delineazione dello Stato nazionale⁷.

Sembra opportuno evidenziare, al riguardo, che il Napoletano non credeva nel «distacco fra cittadino e guerriero» e riteneva che «l'arte della guerra», per un «popolo libero», «progredisce rapidamente»⁸, come hanno evidenziato «la Roma del popolo, libera e gloriosa» ed «i liberi italiani dell'undecimo e duodecimo secolo»⁹.

Una scelta che, per «educare alla partecipazione»¹⁰, legge l'«intimo legame dell'educazione con la politica» e, quindi,

«secoli di servitù che, gravando sulla penisola», «avevano addormentato i popoli in un torpore profondo di avvilitamento, di miseria, d'ignoranza, di fatalismo, d'inerzia»¹¹.

Il Napoletano accoglie, quindi, la «figura del soldato cittadino» e l'«ideologia patriottica», in luogo di «quella religiosa», affermando l'«immagine ed il ruolo del soldato» e «modificando, quindi, la sua [idea di] educazione»¹². Secondo Pisacane, infatti, se «la propaganda dell'idea è una chimera», «l'educazione del popolo è un assurdo»¹³.

Agli «apologisti degli eserciti permanenti» può replicare, avvalendosi di «trentadue secoli di storia», che «è impossibile la libertà», «con guerrieri assoldati e perpetui»¹⁴.

Un «gran generale» – secondo Pisacane – «sarà più facile ritrovarlo cercandolo fra l'universalità dei cittadini», attraverso «la libera concorrenza di tutti gli ingegni», piuttosto «che nel ristretto cerchio di un'aristocrazia o di una corte»¹⁵, perché crede nel «migliore guerriero», che «assumerà il comando» di un «esercito» «valoroso», che ha «fiducia in se stesso»¹⁶.

La «libertà non ammette restrizioni di sorte» e «per gustarla» non è necessario ricorrere all'«educazione» oppure al «tirocinio», perché è un «sentimento innato nell'umana natura», anche se la «libertà non può esistere», «senza la nazionalità» e l'«uguaglianza»¹⁷.

Secondo il Napoletano, quindi, «una nazione libera ed armata», per la «propria difesa», fornirà ardenti e numerosi guerrieri, ai quali non terranno testa i mercenari assoldati da una dinastia»¹⁸.

L'attenzione si sofferma, ancora – seguendo le tracce evidenziate da Leogran-

de – sulla «guerra», quando «assunse dimensioni inedite nella scala della mobilitazione armata e nell'intensa politicizzazione della società», che segna «il passaggio dagli eserciti di Antico regime a quelli nazionali di massa»¹⁹.

Evidenze che inducono a soffermarsi, ancora, sulla volontà di «liberare e unire l'Italia», professata da Pisacane, ma anche su «ogni sopruso, ogni principio di autorità che genera autoritarismo», sulla «struttura gerarchica», che nasce «nell'organizzarsi convulso di una rivoluzione e, subito dopo, nella creazione di un nuovo Stato»: altri interrogativi, posti sempre da Alessandro Leogrande²⁰.

2. *Pisacane e la nazione armata: disciplina, educazione e unità per la libertà d'Italia*

Una riflessione che vuole attribuire alla rivoluzione la possibilità di liberare ed unire l'Italia, per la creazione di uno Stato, non deve considerare la «guerra di popolo»²¹, ma la «nazione armata», non deve attardarsi sullo «slogan "militi tutti-soldati nessuno", che Pisacane condivise con Cattaneo», su cui si sofferma magistralmente Luciano Russi²², perché con il Napoletano, la «nazione armata» è anche «scoperta da parte del popolo della propria identità e dei propri interessi economici e sociali»²³.

Pisacane vuole «sviluppare così le condizioni per tradurre in realtà l'ideale della "nazione armata" al centro della discussione educativa e militare italiana fra il XIX e XX secolo»²⁴.

Sembra opportuno rammentare al riguardo – come chiarisce Pisacane – che la «borghesia voleva esistere», «rappresen-

tava la nazione e da lei uscirono filosofi, cospiratori e martiri»²⁵, «propugnatori della rivoluzione dell'89». La borghesia ha «predicato [...] il progresso, proponendo come mezzo le antiche massime del Vangelo e come fine la costituzione dell'89»²⁶.

Bisogna soffermarsi, quindi, sull'«esercito permanente, che sostituì i mercenari delle compagnia di ventura e delle milizie organizzate da un privato», perché «troppo spesso sfuggivano al controllo del sovrano»²⁷ e sulla «durezza della disciplina», che «fu portata al parossismo nell'esercito prussiano di Federico Guglielmo I e di suo figlio Federico II»²⁸.

In ogni caso – evidenza sempre Pisacane – «le lagnanze e le precauzioni», «contro il tradimento dei disertori» erano «moltissime», nonostante «l'esercito» fosse «composto di gente, che considerava come causa propria quella» per cui militava²⁹.

In questo contesto assume rilievo «un'educazione di stampo etico religioso, finalizzata all'acquisizione di valori e norme comportamentali che facilitassero l'accettazione dei doveri connessi con la vita militare».

Questa scelta nasceva dalla convinzione secondo cui «la rigidità della disciplina e la metodicità dell'addestramento potevano garantire l'efficienza delle truppe, ma non la loro fedeltà, perlomeno non spontanea»³⁰.

Carlo Pisacane crede, in tal senso, che «un contadino che difende il suo tugurio con coraggio da leone, un brigante che combatte valorosamente la sbirraglia può, fatto soldato, mostrarsi codardo, perché non vede la ragione, non vede la necessità di arrischiare la propria vita»³¹.

La «disciplina – secondo Pisacane –, bastante a rendere il russo e l'inglese otti-

mo soldato, non basta, con diverse gradazioni, all'italiano, al greco, allo spagnolo, al francese», che «debbono combattere sotto il pungolo d'una passione che li esalti», perché «questi popoli hanno troppo discernimento per sacrificarsi come ciechi strumenti dell'altrui volontà»³².

Sempre Pisacane evidenzia che non esistono «modi» che consentano «di trasformare in valorose soldatesche» dei «cittadini timidi ed infingardi», per «il coraggio che non hanno, l'amor di patria che non sentono»³³.

Una convinzione che sembra intendere la «disciplina» come «una forma di autocontrollo interiore, anziché un'imposizione brutale»³⁴. Una scelta che rammenta «l'esercito di massa francese», fondato sull'«amor di patria», per «determinare la vittoria»³⁵.

Non basta sottrarre dalle «loro famiglie i contadini, dalle arti gli operai», perché «questi, distribuiti alle bandiere», «vestiti della divisa» siano «già divenuti guerrieri».

Non è possibile – evidenza ancora Pisacane – «che si sviluppi in essi il valore, non già l'individuale dono di natura, ma il collettivo»³⁶, che «emerge dallo stato di progresso della nazione, costituito da svariatissimi rapporti sociali»³⁷.

Il Napoletano crede negli «avvenimenti, illuminati dalla ragione» nel «grido di rannodamento: facciamo massa»³⁸.

Una «norma» per gli «insorti», che esorta a soffermarsi sui «particolari di un'insurrezione», crede nella possibilità che il «tumultuario combattere del popolo, senza spegnerne l'ardore» sia «piegato mirabilmente», per un «disegno», che non essendo «noto al nemico», non sarà «contrariato»³⁹.

Ma, «liberata la città dagli oppressori, immediatamente si elevi il grido: *facciamo massa, all'aperto*» ed «ognuno con le armi che ha», «raccolgendo quelle vettovaglie che potrà, quei vestimenti più opportuni al caso corra in piazza», perché il «potere», nato «dalle barricate li ripartisca in compagnie, in battaglioni, faccia loro eleggere gli ufficiali»⁴⁰.

Il Napoletano crede in un «progetto d'ordinamento militare» che «dovrà offrire tanta prontezza (per servirci delle parole dette da Mazzini alla Costituente Romana), come se il nemico stesse alla porta e tanta stabilità, come se dovesse durare eterno» ed assegna alla «nazione stessa» e, quindi, alla sua «opinione», il «diritto di attuare un ordinamento che dovrà adottarsi dalla nazione intera»⁴¹.

Pisacane rammenta che la «schiavitù delle nazioni moderne, ricomparsa più terribile dopo sanguinose rivoluzioni, trae [la] sua origine dalla costituzione militare poco armonizzante con [quella] civile»; crede che «l'ordinamento militare, come il civile sorgeranno dalle viscere stesse della nazione» e che «l'unità risulterà precisamente dall'assoluta libertà proclamata come legge sovrana»⁴².

3. Educazione militare e formazione del cittadino-soldato

Pisacane è convinto che «l'armeggiare» e le «ginnastiche sono cose utilissime», «perché la destrezza nel trattare le armi ed il tono che tali esercitazioni danno alle fibre, generano confidenza nelle proprie forze» e innalzano «il morale del milite».

Sono «studi» – evidenza, quindi, Pisacane – che «per produrre un tale utile effetto, dovrebbero far parte dell'educazione nazionale, a cominciare dall'infanzia».

Pisacane ritiene, ancora, che «molto più viziosa» dell'«istruzione dei fanti», sia «quella dei cavalli», perché «l'istante in cui la cavalleria soffre l'ultima scarica dei fanti» è quello «decisivo», così come assuma rilievo «il servizio di un pezzo d'artiglieria o il passaggio dall'ordine di colonna a quello di batteria o di battaglia»⁴³. Il Napoletano avverte la necessità di individuare «le qualità che si richiedono in un ufficiale di stato maggiore», tra cui non rileva l'«impeto, ma, cosa più rara, [la] calma imperturbabile» e la «semplicità, esattezza e chiarezza nell'esprimere le proprie idee».

Il Napoletano evidenzia che «la calma, l'ingegno, il facile porgere son doni naturali», mentre «la conoscenza del terreno, delle varie armi, delle grandi evoluzioni possono acquisirsi, studiando ed applicando» questi «studi», cosa che non avviene o si verifica «assai raramente ed imperfettamente» per gli «eserciti permanenti»⁴⁴.

Pisacane ritiene, quindi, «che le esercitazioni delle milizie perpetue» sono «inutili ripetizioni» che incidono sull'«animo del milite, suscitando idee false e facendogli contrarre nocive abitudini, molto più dannose dei lievissimi vantaggi che si ottengono dalla precisione e dall'accordo dei movimenti».

Una valutazione sorretta dall'esempio degli «antichi» che «non tormentavano i loro guerrieri, ma lasciavano che si esercitassero con gli altri cittadini come meglio credevano», per praticare «la parte sublime e difficile dell'arte della guerra», che «consiste nella strategia e nell'adattamento della tattica al terreno»⁴⁵.



Autore sconosciuto, Risorgimento: il rivoluzionario italiano Carlo Pisacane (1818-1857) è assalito dai contadini a Sapri il 28/06/1857, incisione

Per questo motivo – secondo Pisacane – «gli eserciti permanenti non sono, né possono essere scuola di guerra», perché sono «sorgente di errori, che pregiudicano l'arte» della guerra. Pisacane chiarisce, quindi, che «gli eserciti permanenti sono meglio istruiti» delle «milizie cittadine in quegli esercizi meccanici, nel servizio del quartiere», che «in guerra» non hanno alcuna «utilità». Non solo. Le «milizie cittadine non hanno un'idea della guerra», diversamente dagli «eserciti stanziali» che «l'hanno falsa, il che è ancor peggio»⁴⁶.

Una visione che si dischiude ad una «nazione libera ed armata»⁴⁷, sorretta dall'«entusiasmo patriottico», che «soprivera», chiaramente, «alla mancanza di istruzione tecnico-militare»⁴⁸.

Tuttavia – chiarisce il Napoletano – «per diventare eccellente», nei «rami dello scibile umano», occorre una «naturale predisposizione», chiamata «inclinazione», come avviene per gli «esercizi», «pei quali sono indispensabili qualità fisiche», ma «per ciò che concerne l'educazione fisica, con pochissima predisposizione, si possono ottenere grandi risulta[ti] ove si cominci dall'infanzia», quando è possibile «ogni genere di esercizi».

L'«educazione militare», «distinta in due parti», «morale»⁴⁹ e «fisica», si avvale della consapevolezza che «a diciotto anni» appare «difficilissima l'educazione fisica (non che la morale) del soldato», che non sia già iniziata «dai sette anni»⁵⁰.

Carlo Pisacane si sofferma, quindi, sui «migliori cavalieri» ed ancora sui «ginnasi comunali» dove, «oltre le ginnastiche e la scherma delle varie armi», «a cui debbono per obbligo addestrarsi i giovani dai 7 ai 15 anni», sarà praticato anche il «tiro al bersaglio».

Questa «prima educazione», quindi, «farà d'ogni italiano un milite provetto almeno nel maneggio delle armi e nella scuola da soldato», perché «in questi otto anni», ognuno «addestrato al maneggio delle varie armi ed alle evoluzioni a piedi o a cavallo, avrà potuto sviluppare chiaramente la propria inclinazione e le sue speciali attitudini».

L'attenzione del Napoletano si sofferma, quindi, sul «modo come addestrare ed addottrinare l'esercito», per ottenere «quell'unità d'azione», quella «guarentigia della vittoria», «per cui le varie suddivisioni di un esercito, i vari corpi in esse, la disciplina, l'amministrazione», «tutto insomma cospiri al medesimo fine e proceda secondo gli ordini del generale»⁵¹.

Una valutazione che si attarda, quindi, su «come scegliere fra i cittadini coloro che dovranno comporre l'esercito», per confutare la scelta di «dividere i cittadini in varie classi destinate successivamente e secondo gli eventi a sottentrare alle armi», per «conservare sempre in essere un forte nerbo di milizie»⁵².

Secondo Pisacane, «ogni cittadino, per obbligo e per proprio utile deve essere pronto a prendere le armi a difesa della patria, finché dall'età non gli venga tolto il normale vigore» e «colui che in caso di guerra manchi alla chiamata sarà bandito», come «infame e codardo, privato dei diritti civili e messo fuori dalla legge»⁵³.

Il Napoletano vuole «garantire la patria dalla prepotenza militare senza disarmarla»⁵⁴, delineando un «esercito», assicurandosi che «gli interessi particolari di ogni milite» siano «indissolubilmente legati al paese», affinché il «suo utile» sia «dipendente dalla sua condizione di cittadino, non già di soldato»⁵⁵.

Una scelta che crede nei «volontari», «naturalmente inclinati alla milizia» e, quindi, i «migliori guerrieri possibili», ma anche nell'educazione dell'«ufficiale» e dell'«esercito», per cui «ogni triennio», «metà dell'esercito verrà licenziata e rimpiazzata dai nuovi volontari e dalla nuova tratta»⁵⁶.

4. *La trasformazione rivoluzionaria, dalla massa in armi alla nazione libera e democratica*

Il Napoletano aderisce alla teoria della «nazione armata» e, quindi, alla «teoria del cittadino -soldato»⁵⁷, ma chiarisce che «bisogna distinguere nelle rivoluzioni», «due periodi»: «il tumultuoso combattere del popolo e la trasformazione delle sue masse in esercito»⁵⁸.

Il Napoletano chiarisce, quindi, che «durante il primo» periodo non è opportuno attuare «un progetto di ordinamento militare»⁵⁹, per cui preferisce prevedere «qualche semplice norma per ordinare i combattenti».

In tal senso traccia «quattro obiettivi principali». La prima norma chiede di «non far cessare mai dalle armi il popolo», per «sospingerlo, per mezzo della sua stessa esaltazione, dalle città alle campagne»; il secondo obiettivo crede nella necessità di «assorbire tutti gli individui nell'ordinamento generale»⁶⁰; la terza norma vuole indurre il «popolo», «ben presto», «a scegliersi i capi senza aver bisogno di idoleggiare individui»⁶¹; il quarto obiettivo avverte la necessità, «nei primi istanti» in cui si realizza la «libertà», di «gettare le basi della futura costituzione»⁶².

Un «progetto» che – secondo Pisacane – per «trasformare le masse in esercito deve soddisfare a tante altre condizioni»⁶³.

Il Napoletano chiarisce che il «governo, uscito dalla rivoluzione, dovrà non “ordinare”, non “comandare”, ma “servire il popolo”» e che la «rivoluzione mira a *democratizzare* l'esercito, gli strumenti di lavoro e l'educazione», che dovrà essere «“universale, comune, gratuita, obbligatoria”»⁶⁴.

La «trasformazione» potrà rivelarsi attraverso una «forza», che la realizza «combattendo», oppure inverarsi «durante qualche brevissimo intervallo di tregua»⁶⁵, per il «futuro esercito italiano»⁶⁶.

Una scelta che vuole «dedicare particolare attenzione al nesso tra indipendenza politica e nazione in armi», facendo assumere «centralità» al «tema dell'educazione morale, che sola rende l'uomo libero»⁶⁷.

L'attenzione si sofferma sulla necessità che «la nazione stessa», quindi, «manifesti la propria opinione»⁶⁸.

Una convinzione che avverte la «necessità», per gli «italiani in armi, raccolti a difesa della patria», di un'«assemblea di militari», di un «Tribunato», che «esaminando i progetti», «ne adotti e compili uno, da porsi in atto da una commissione eletta dallo stesso Tribunato».

Pisacane chiarisce infatti che «la schiavitù delle nazioni moderne, ricomparsa più terribile dopo sanguinose rivoluzioni, trae sua origine dalla costituzione militare poco armonizzante con la civile», perché «allontanandosene genera quel disaccordo, quell'attrito, da cui la tirannide immediatamente prende forza»⁶⁹.

Sembra opportuno rammentare che – secondo Pisacane – se lo «schiavo» viene «educato ai voleri del padrone», «per vivere da uomo libero» bisogna «seguire gli im-

pulsi della propria natura»: «la discussione, le opinioni, i sistemi emergono dai mali che soffre la società», perché «la dottrina, in politica, segue e non precede i fatti»⁷⁰.

In tal modo, la «nazione», quando «abbatterà tutto l'ordine sociale che l'opprime», «sarà la testa di colonna dell'umanità» e «questo popolo non sarà il più dotto, ma il meno degradato e quello che maggiormente sente l'oppressione attuale»⁷¹.

Un modello educativo che accoglie «la riflessione sul tema della nazione armata in Italia», già «sviluppata dai pensatori giacobini, che posero il nesso tra la conquista dei diritti civili, il diritto-dovere a portare le armi e l'indipendenza politica della nazione»⁷², perché, secondo il Napolitano, l'«esercito di un popolo libero» deve «essere "fuso, completamente coi cittadini", nella prospettiva della "nazione armata"»⁷³.

Secondo Pisacane, infatti, «è falso che l'uomo associandosi coi suoi simili debba sacrificare parte della sua libertà», perché «questa può definirsi il libero esercizio delle proprie facoltà fisiche e morali, che viene limitato dal mondo esteriore, dai bisogni, dai mezzi» per «soddisfarli»⁷⁴.

La «nazione armata», secondo questa ricostruzione teorica, «sostituisce al lento, impossibile, assurdo sistema di educazione, quello prontissimo della rivoluzione»⁷⁵ e «in luogo di escludere, come irriducibili, un numero considerevole d'individui e restringere gli eletti a pochissimi, allarga in vasto campo la nostra coscienza ed abbraccia senza eccezione di sorta l'universalità dei cittadini»⁷⁶, che si «manifesta» nella «coscienza nazionale»⁷⁷.

Tutto sembra riconducibile alla convinzione che il «sommo bene della nazione altro non è che l'assoluta libertà», «costi-

tuita non dai limiti imposti alla libertà individuale, ma dal pieno sviluppo di essa»⁷⁸.

Secondo Pisacane, le «nazioni funzionano come l'individuo, che prima avverte appena, poi con turbamento, quindi riflette, in ultimo opera», anche se, «sovente, il dolore troppo vivo precipita l'uomo dal turbamento all'azione, senza dargli campo a riflettere, mentre altre volte gli stimoli essendo leggeri ne prolungano oltre il bisogno la riflessione»⁷⁹.

In tal modo, «per educarsi a libertà bisogna vivere, per quanto possiamo, liberamente», affinché «ognuno educando sé medesimo educa tutti, e tutti compiono l'educazione d'ognuno»⁸⁰.

5. *Il modello educativo della disciplina tra antichi e moderni*

Carlo Pisacane delinea, quindi, un modello educativo che contrappone «la disciplina degli antichi», fondata sul «rispetto [... delle] leggi del paese», alla «disciplina dei moderni» che persegue la «cieca ubbidienza agli individui»; tutto ciò per sottolineare che «gli antichi sentivano la necessità di ubbidire alle loro leggi e manifestavano in tutti i loro atti un tal sentimento», diversamente dai «moderni» che vogliono «prescrivere le esterne manifestazioni, sperando [... di] suscitare il sentimento»⁸¹.

Secondo Pisacane, «l'educazione, le leggi, con cui si reggono le milizie fra i moderni son volte a distruggere in esse ogni genere di volontà», perché l'«ubbidienza cieca in tutte le circostanze, l'indifferenza alle questioni politiche che si agitano nel paese sono i mezzi, le regole volte a spiegare

la ragione e fare del soldato l'essere il più stupido ed il più vile che possa immaginarsi»⁸².

La ragione di questo cambiamento risiede nella «disciplina», intesa come «quel sentimento», che richiede, per la «vittoria», l'«esatta osservanza» di quel «religioso rispetto per le leggi e gli ordini che regolano l'esercito»⁸³. Questo sentimento – chiarisce Pisacane – «non può esistere in un esercito se non esiste nell'intera nazione; non può durare senza la più severa giustizia ed imparzialità»; deve affermare il «convincimento universale, che le cariche vengono distribuite secondo il merito di ciascuno»⁸⁴.

Secondo Pisacane, «chiunque, che dal caso o dal voto universale è eletto al governo d'una nazione» ritiene di essere immediatamente rivestito di quel potere e di quella somma sapienza ispirata da Dio», che «si attribuiscono i re»⁸⁵. Una convinzione che induce i «più accaniti nemici dei principi», che li hanno «sostituiti», ad «imitarli»⁸⁶.

L'attenzione si sofferma ancora sulle «masse», fondamentali per la causa italiana e sull'«onore della Nazione»⁸⁷, sui «guerrieri», «vittima immediata del dispotismo»⁸⁸, che non sono «destinati a difendere la nazione», perché sono «il sostegno del trono»⁸⁹; sull'avvertita necessità di «sacrificare l'onore della nazione ed opprimere il popolo per mantenere lo *statu quo*»⁹⁰. Ma «il dispotismo, costringendo i popoli ad insorgere con la sua continua pressione, potrebbe rompere questo involucro»⁹¹.

In questa prospettiva – secondo Pisacane – le «idee, i ragionamenti, le dottrine politico-sociali non sono che lo studio dei mali che opprimono la società»⁹² e, quindi, della «miseria» e dell'«ignoranza», che sono

gli «angeli tutelari della moderna società», i «sostegni sui quali la sua costituzione s'innalza», «restringendo» l'«ampio cerchio dell'universale cittadinanza»⁹³.

Il Napoletano non crede nel «fatale avventuriero», che «dopo aver rotto le speranze di una nazione, ne ha calpestato l'onore» e «per giustificare la sua ignoranza o la sua perfidia ha tacciato di vigliaccheria un popolo intero ed ha commesso l'assassinio di un generale»⁹⁴.

Carlo Pisacane crede nella «necessità di tradurre in fatti l'idea», ma «i destini di una nazione» non possono essere «retti da individui, senza esservi un'idea delle masse che tracci loro la via da tenersi»⁹⁵ e «sono i fatti e non le dottrine che manifestano la vita della nazione»⁹⁶.

Il Napoletano evidenzia anche che «i battaglioni accozzati in pochi mesi, con gente» che «corre alle armi costretta dalla forza o adescata dal guadagno» sono «plebe, ardente nell'ammutinarsi e codarda in ordinate battaglie» e la «disciplina potrebbe educarla», «ma dopo anni»⁹⁷.

Carlo Pisacane preconizza «l'Italia divenuta una Repubblica unitaria, Roma Capitale, la nazione costituita», si chiede «quale sarà» il «suo avvenire»⁹⁸ ed afferma che «in Italia non esiste un partito che possa dirsi rivoluzionario, e quello che usurpa tale nome dividesi in due classi: moderati e repubblicani»⁹⁹.

6. Conclusione

L'esposizione sembra fornire risposte agli interrogativi, posti da Alessandro Leogrande, evidenziati dalla premessa di questa ricerca, che consentono di delineare la

“nazione armata”, prefigurata da Carlo Pisacane.

Leogrande non comprende che il «processo rivoluzionario, visto come causa ed effetto di ogni possibile autodeterminazione», è l’«unico fattore di educazione-emancipazione»¹⁰⁰.

Carlo Pisacane, infatti, consapevole che la “nazione armata” può essere «un caposaldo del programma delle forze politiche democratiche» e «socialiste», non aderisce alla convinzione che l’«esercito» possa essere considerato come «la vera “scuola della nazione”»¹⁰¹, perché crede nella necessità «di dare vita alla “nazione armata” in contrapposizione all’esercito regio»¹⁰².

L’attenzione si è soffermata, infatti, proprio sulla possibilità di «creare dal magma della rivolta un esempio disciplinato», sulla «lotta», «volta non solo a liberare e unire l’Italia, ma a criticare ogni sopruso, ogni principio di autorità che genera autoritarismo», che impone di considerare il «medesimo principio di autorità», al «nostro interno o nella nuova Italia».

Non è stata trascurata neppure la possibilità di «accettare una struttura gerarchica nell’organizzarsi convulso di una rivoluzione e, subito dopo, nella creazione di un nuovo Stato», senza «assumere i modelli e le forme degli stessi regimi che si vorrebbe abbattere»¹⁰³.

Il Napoletano vuole, infatti, «chiamare le masse alla lotta», offrire «loro quelle prospettive di miglioramento materiale che essi non riscontrano», convinto che la «parte più viva e cosciente della nazione non basta ad assicurare il successo»¹⁰⁴.

Pisacane fornisce le note conclusive di questa ricerca, quando evidenzia gli «inconvenienti gravissimi» che possono essere evitati con l’«ordinamento»¹⁰⁵ della

«rivoluzione futura», «chiaramente formulata», che crede nella «bandiera»¹⁰⁶, «scolpita nel cuore» di «ogni milite»¹⁰⁷.

Il Napoletano crede nella «volontà», nelle «passioni» e non vuole «costruire una macchina senza vita, un automa che manca di volontà e di passioni», per cui vuole «determinare quella ed eccitare queste»¹⁰⁸.

Secondo Pisacane, «è l’ardore dei soldati, il desiderio, il bisogno di vincere, che costituisce la solidità d’un esercito», per cui «possiamo conc[cludere] che: *l’esercito della democrazia dovrà, certamente, vincere quello delle dinastie e delle sette*»¹⁰⁹.

Il «milite» – secondo il Napoletano – «sarà forte, ubbidiente e valoroso» e l’«esercito sarà considerato come la parte più cara e più nobile della nazione», «onorato dal pubblico rispetto», quando la «guerra» saprà «tutelare gli interessi di ognuno»¹¹⁰.

Una visione che crede nel «risorgimento dei popoli», per adattare la «costituzione militare» ai «nuovi ordini civili»; «scorgendo con quanta facilità possano addestrarsi i guerrieri e comporsi gli eserciti, si conosceranno i pregi della moderna arte del guerreggiare»¹¹¹.

Secondo Pisacane, i «tratti di eroismo nei guerrieri», i «disegni arditi», i «voli d’ingegno nei capi, gesta di cui si onora la storia delle milizie cittadine, non possono risultare che dalle grandi passioni» e da una «determinata volontà»¹¹², che delineano la “nazione armata”.

In questa prospettiva, «il fine è l’unità di interesse, la fratellanza; il mezzo, la riforma completa degli ordini sociali operata con la forza»¹¹³.

In tal modo, «solo un concetto chiaro, pratico, che prometta al popolo un cam-

biamento di stato può spingerlo volontariamente alla guerra ed unificarne gli sforzi»¹¹⁴.

Una possibilità che compendia l'educazione militare della "nazione armata", per lo Stato nazionale. Una visione che crede negli «strumenti del lavoro in comune», nell'«educazione universale, comune, gratuita, obbligatoria»¹¹⁵.

Ma, «finché i mezzi necessari all'educazione e l'indipendenza assoluta del vivere non saranno guarentigia d'ognuno, la libertà è promessa ingannevole»¹¹⁶.

Pisacane crede nel «risorgimento dei popoli» che, «scorgendo con quanta facilità possono addestrarsi i guerrieri e comporsi gli eserciti», «conosceranno i pregi della moderna arte del guerreggiare»¹¹⁷, anche se «l'arte della guerra non dovrà più essere il monopolio di pochi, ma la nazione tutta dovrà esser guerriera»¹¹⁸, perché «fra lo stato di guerra e quello di pace non dovrà esservi alcuna differenza»¹¹⁹.

Un nuovo modello educativo, che avverte «l'influenza dell'istruzione premilitare»¹²⁰, per il «milite» e, quindi, per la "nazione armata", fondato sulla convinzione che «la causa per cui combatte è giusta e utile per tutti»¹²¹, che «gli ordini e le istituzioni militari sono state discusse ed adottate da tutta la nazione»¹²², che «i capi sono quelli, che l'esercito stesso ha giudicato i migliori»¹²³ e che la «disobbedienza verrebbe universalmente disapprovata»¹²⁴.

Una scelta educativa che ottiene l'«obbedienza in guerra, pronta ed illimitata»¹²⁵, l'«amore e l'energia solerti ad eseguire tutte le incombenze», il «desiderio di vincere»¹²⁶, l'«ordine, la precisione, la calma nel campo, come in tutte le operazioni della vita», intese come «virtù guerriere», che devono essere «a tutti comuni

ed apprezzate», quali «conseguenza della fiducia nella capacità ed imparzialità dei capi e dell'educazione militare»¹²⁷.

La «forza educativa» di Carlo Pisacane, la sua «lezione morale», avverte la «capacità di convincere e di giudicare». Il Napoletano è «fedele a Mazzini nella persuasione che ogni problema politico si riduce in definitiva a un problema di coscienza»¹²⁸.

L'ordinamento dell'esercito, «proposto» da Carlo Pisacane, diventa fondamentale perché si «accord[a] con la costituzione civile della nazione, e questo e quello sorgono spontanei» e si «adagiano sulle leggi immutabili e magistrali della natura», attraverso la Nazione libera ed armata, tra istruzione ed educazione.

Questa prospettiva legge «gli ordini militari che risulteranno dal caos», la «ribellione», in cui dovrà «indubbiamente precipitare la nazione», il «corso naturale degli avvenimenti», l'«umano istinto, per adattarsi con pochissima fatica ai propositi», i «primi passi fatti dai cittadini per serrarsi a guerra»¹²⁹, perché la «nazione tutta dovrà esser guerriera»¹³⁰.

- ¹ La «Repubblica romana, così come quella veneziana, erano state sconfitte innanzitutto perché erano state rispettivamente l'una troppo romana e l'altra troppo veneziana» e «impegnate [...] a difendere le proprie mura [...] non si erano lanciate verso la liberazione del paese». «Tuttavia – evidenzia ancora Leogrande – per lanciarsi in campo aperto era necessario un vero esercito, non una semplice accozzaglia di volontari». A. Leogrande, *Conoscere Pisacane*, in *L'altro Risorgimento: Carlo Pisacane*, a cura di A. Leogrande, Roma, Edizioni dell'asino, 2017, p. 10.
- ² La contraddizione legge il rapporto tra «la necessità dell'insurrezione popolare», posta in relazione con la «necessità di mettere in moto un processo il più possibile democratico ed egualitario (perché la rivoluzione non può essere affidata solo ai rivoluzionari di professione)». Ivi, pp. 10-11.
- ³ Una riflessione che già si era attardata sulle «gerarchie sociali e morali» dei «modelli culturali e ideologici di Antico Regime». C. Pinto, *Soldati e briganti. Una storia militare e culturale*, in C. Pinto (a cura di), *Soldati e briganti. Biografie, pratiche, immaginari tra Sette e Ottocento*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2024 p. 11.
- ⁴ Viene intesa dal Napoletano, «nei suoi scritti giovanili, influenzati da Luigi Blanch», come «luogo di produzione e organizzazione dei saperi», «nelle relazioni con la situazione storica, politica, economica della società». L. Russi, *La critica della democrazia in Carlo Pisacane*, in G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, p. 177.
- ⁵ Pisacane, «dall'iniziale indissolubilità tra scienza militare e ordinamento civile», «passa alla politicizzazione della questione militare e, infine, all'individuazione di obiettivi sociali e materiali della guerra politica». Ivi, p.

- 177.
- ⁶ C. Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano. Saggi storici-politici-militari sull'Italia*, Milano, Tipografia di P. Agnelli, 1860, pp. 168.
- ⁷ Non sembra condivisibile la tesi di Leogrande, che radica questa lettura nelle «risposte (o meglio, [...] nei) tentativi di risposta», che «sono racconti nel [...] Saggio sulla rivoluzione». Leogrande, *Conoscere Pisacane* cit., p. 11.
- ⁸ Secondo Carlo Pisacane, «le conquiste, le opere di un popolo sono eterne, perché traggono origine dall'ingegno universale e costante di un'intera nazione e non già da un uomo». Diversamente, l'arte della guerra «sotto la monarchia procede incerta e lenta o decade, trasformandosi i generali in cortigiani». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 5.
- ⁹ Ivi, p. 6.
- ¹⁰ F.M. Sirignano, *Alle origini del rapporto pedagogia-politica*, in F. M. Sirignano, G. Borghese, *Fondamenti di pedagogia della politica*, Limena, Libreriauniversitaria edizioni, 2024, pp. 9-15.
- ¹¹ A. Gambaro, *La pedagogia italiana nell'età del Risorgimento*, in *Nuove questioni di Storia della pedagogia. Da Comenio al Risorgimento italiano*, II, Brescia, Editrice La Scuola, 1977, p. 536.
- ¹² «L'ideologia patriottica, sostituendosi a quella religiosa, imprime una nuova dimensione all'organizzazione della vita militare, profondamente alterata dal carattere di massa». S. Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca*, in «Pedagogia e Vita», LVII, 1999, n. 1, p. 109.
- ¹³ C. Pisacane, *Testamento politico*, in *Saggio sulla Rivoluzione*, Bologna, Libreria Treves, 1894, p. 267.
- ¹⁴ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 6. «Premessa alla teorizzazione del primato italiano era la rivendicazione del "far da sé": l'aiuto e l'intervento stranieri avrebbero comportato la prevalenza degli interessi in-

- dividuali su quelli collettivi [...]». La nazionalità, la libertà, l'indipendenza, e soprattutto il giusto assetto sociale "non altrimenti si ottengono che conquistandoli». L. Russi, *L'idea di Nazione in Italia. Lezioni di Storia delle dottrine politiche*, Pescara, Libreria dell'Università Editrice, 1998, p. 148.
- ¹⁵ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., pp. 11-12.
- ¹⁶ Pisacane chiarisce che la fiducia in se stesso non «può esistere senza glorie militari». Ivi, pp. 139-140.
- ¹⁷ Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 98. Sembra opportuno rammentare che, secondo il Napoletano, «il progresso era lungi dall'essere un movimento lineare e indefinito (stante l'eterno dualismo tra istinto e ragione) senza per questo diventare un corso e ricorso secondo lo schema della ciclicità». Russi, *L'idea di Nazione in Italia. Lezioni di Storia delle dottrine politiche* cit., p. 157.
- ¹⁸ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 12.
- ¹⁹ Pinto, *Soldati e briganti* cit., p. 11.
- ²⁰ Leogrande, *Conoscere Pisacane* cit., p. 11.
- ²¹ Russi, *La critica della democrazia in Carlo Pisacane* cit., p. 178.
- ²² È «convinto [...] che le masse sono capaci di avvertire autonomamente i propri bisogni», per cui contesta «chiunque agisce in nome e per conto del popolo, chiunque si auto delega a rappresentare la volontà popolare». Ivi, p. 179.
- ²³ Diversamente, Cattaneo «intende la scoperta che il popolo ha fatto di sé stesso come scoperta della propria forza militare, in quanto nazione tutta armata». U. Puccio, *Cattaneo e Pisacane*, in «Rivista Critica di Storia della Filosofia», XXV, 1970, n. 2, p. 155. Non sembra, quindi, condivisibile la conclusione che vuole preservare la posizione di Carlo Pisacane, «portavoce con Cattaneo dell'idea della nazione armata, del popolo in armi, del cittadino e milite, del cittadino-soldato»,

- escludendo ogni contraddizione. G. Ferrari, *La questione dell'educazione nel pensiero di Carlo Pisacane*, in «Rivista di Storia dell'Educazione», n. 1, 2023, p. 83.
- ²⁴ D. Elia, *Promuovere la "nazione armata": l'azione dell'istituto nazionale per l'incremento dell'educazione in Italia*, in «Rivista di storia dell'educazione. Periodico del Centro Italiano per la Ricerca Storico-Educative», n. 2, 2014, p. 137.
- ²⁵ C. Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane*, in L. Maino (a cura di), Roma-Milano, Società editrice Dante Alighieri, 1906, pp. 8-9.
- ²⁶ Ivi, p. 8.
- ²⁷ Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca* cit., p. 106.
- ²⁸ Ivi, p. 107.
- ²⁹ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 102.
- ³⁰ Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca* cit., p. 107.
- ³¹ Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 146.
- ³² Ivi, pp. 146-147.
- ³³ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 20.
- ³⁴ Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca* cit., p. 115.
- ³⁵ «Lazare Carnot, che nel 1793-94 diede vita all'esercito di massa francese, sostenne che, più che le innovazioni tattiche, fosse la forza morale delle truppe, cioè l'amor di patria, a determinare la vittoria». Ivi, p. 109.
- ³⁶ «Un contadino, il quale sarebbe capace di difendere ferocemente la porta del suo tugurio, la moglie, i figli, fugge innanzi al nemico in guerra, perché ivi non vede una cagione per cui debba arrischiare la propria vita». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 20.
- ³⁷ Il «concetto della nazione è fatale», il «solo giusto ed il solo possibile», l'«arbitrio delle nostre sorti». Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 195.
- ³⁸ Quindi, «ogni città, ogni terra, ogni borgo, che scacci dalle sue mura il nemico, non frapponga indugio, non curi di apprestarsi a difesa e di innalzare barricate: tempo perduto, sangue inutilmente sprecato; ma la gioventù abbandoni le sue dimore, raccoglie tutte le armi, le vestimenta, le vettovaglie che può, e accordandosi coi vicini, corran tutti a far massa». Ivi, p. 149. La «teoria militare della massa costituisce il modello genetico del collettivismo economico-sociale del Pisacane». L. Derla, *Sul pensiero militare di Carlo Pisacane*, in «Belfagor», XXXII, 1977, n. 2, p. 133.
- ³⁹ «Ogni cittadino» che «voglia prepararsi [... agli] avvenimenti, impari come difendersi una casa, una chiesa, un cimitero: come elevasi una barricata, giovandosi di quanto si trova in quei momenti [...]; riconosca tutti gli avvenimenti ed il quartiere più difficile ed intricato della città, ed attenda». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., pp. 149-150.
- ⁴⁰ Quindi, «si corra al punto ove deliberasi di far massa», «che dovrà essere il più sicuro dagli attacchi nemici ed ove maggior gente può raccogliersi di quella regione, che il caso ha dichiarato teatro della guerra». Ivi, p. 151. «La sottolineatura del ruolo della massa [...] e la saldatura tra causa insurrezionale e interessi materiali sono i punti che attribuiscono alla teoria militare di Pisacane un'autonomia e un'originalità davvero singolari». L. Russi, *Carlo Pisacane. Vita e pensiero di un rivoluzionario senza rivoluzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 177.
- ⁴¹ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 154. Il «progetto di ordinamento militare [...] insiste sulla necessaria integrazione [...] fra il discorso tecnico e il discorso istituzionale», «per assicurare, mercé il nuovo ordinamento, la massima efficacia all'arte e, alla milizia nazionale, l'assoluta padronanza di quei principi e di quei mezzi tecnici di cui gli eserciti permanenti non sarebbero in grado di profittare. Di qui nasce, nel segno di Machiavelli, la dottrina "che lega indissolubilmente la costituzione militare alla civile, non che l'arte militare con esse"». Derla, *Sul pensiero militare di Carlo Pisacane* cit., p. 148.
- ⁴² Con Pisacane, è evidente la «saldatura fra discorso militare e discorso politico [...]». Se negli scritti giovanili [...] la struttura militare [...] è già considerata nelle sue relazioni con la situazione storica, politica, economica e culturale della società, nelle opere maggiori l'endiadi costituzione militare/costituzione civile diventa un punto fermo di tutto il sistema ideologico. Con la *Guerra combattuta* la polemologia [...] si trasforma in momento dell'elaborazione teorica: si pensi a come la interdipendenza (organica, dialettica, costitutiva) fra realtà della società e stato della scienza militare sia una vera e propria struttura del suo pensiero politico». Russi, *Carlo Pisacane. Vita e pensiero di un rivoluzionario senza rivoluzione* cit., p. 169.
- ⁴³ Ivi, pp. 21-22.
- ⁴⁴ Secondo Pisacane, «gli ufficiali di stato maggiore non sono che topografi», «molti [sono] dot-tissimi», «la maggior parte [...] sono oziosi, scelti per favore, lavorano meno [...] di] ogni altro ufficiale dell'esercito», «avvezzi a patteggiare coi generali non già le occupazioni, ma il lusso o l'ozio». Ivi, pp. 22-23.
- ⁴⁵ Ivi, p. 23.
- ⁴⁶ Ivi, p. 24. Sulle «milizie cittadine», i «loro ordini», la «loro decadenza» e, quindi, sulle «milizie cittadine e la libertà». C. Pisacane, *Dell'arte bellica in Italia. Saggi storici-politici-militari sull'Italia*, in A. Romano (a cura di), Milano-Roma, Edizioni Avanti, 1957, pp. 103-110.
- ⁴⁷ Pisacane, *Ordinamento dell'eserci-*

to italiano cit., p. 12. La «nazione di Pisacane esiste infatti, come società politica, solo in quanto si riconosce come *società militare* al servizio della rivoluzione». Derla, *Sul pensiero militare di Carlo Pisacane* cit., p. 151.

⁴⁸ Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca* cit., p. 109.

⁴⁹ Questa «serve per addottrinare i guerrieri in tutto ciò che riguarda l'arte della guerra ed accostumarli all'obbedienza». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 116.

⁵⁰ «A diciotto anni i muscoli sono già soverchiamente duri, gli abiti cattivi già contratti», perciò «eccettuati i predisposti ad alcuni esercizi, per gli altri [...] queste] esercitazioni saranno una specie di tortura, che modificherà solo la loro apparenza; quindi, tendendo conto di tale verità, l'educazione militare comincerà dai sette anni». *Ibidem*.

⁵¹ Un'«unità che risulta dall'universale opinione che l'esecuzione precisa degli ordini ricevuti è il miglior modo di adoperarsi al comune vantaggio e che, per soverchio zelo, far più del prescritto può nuocere quanto il fare meno». Ivi, pp. 116-119.

⁵² «Questo metodo – secondo Pisacane – non è ammissibile in uno stato liberamente costituito; in esso l'esercito deve essere uno e proporzionato [...] alla natura del paese che bisogna difendere; il resto dei cittadini verrà a far parte di esso per integrarlo [...] e non già come classe o come corpi già impiantati». Ivi, p. 122.

⁵³ Carlo Pisacane ritiene che il «servizio militare» dovrà essere «obbligatorio per 52 anni», anche se gli «ascritti saranno i giovani dai 18 ai 25». Ivi, pp. 122-123. La «durata del servizio è di sei anni» ed «ogni cittadino sino ai 50 anni potrà sempre essere richiamato alle bandiere. Nondimeno, il resto dei cittadini saranno tutti militi». Ivi, p. 125.

⁵⁴ Ivi, p. 137.

⁵⁵ In tal modo, «l'esercito ha cessato così di essere setta; all'amor proprio di corpo» viene «sostituito il sentimento nazionale; e l'unità di comando e d'azione» non diviene il «risultato [...] di un'esistenza staccata da quella della nazione», perché «trasforma l'ignobile dogma della cieca ubbidienza in convinzione profonda». Ivi, p. 138.

⁵⁶ Pisacane precisa che i «gradi» saranno «annullati tutti e le elezioni rifatte [...]»; ognuno nella conferma della sua carriera, nell'avanzamento o nell'essere privato di un tale onore troverà il premio o la pena della sua condotta. In caso di guerra», anche se sarà «trascorso il triennio, non si farà nuova leva, ma per contro le elezioni degli ufficiali saranno annullate e rifatte [...], se non fosse trascorso il tempo stabilito per la durata delle loro cariche», perché «rileva sommamente [...] entrare in guerra con ufficiali» che «godono l'intera fiducia dei militi». Ivi, pp. 123-125.

⁵⁷ Secondo la convinzione storiografica più diffusa, «la "nazione armata" democratica affonda le proprie radici ideologiche recenti nel pensiero politico illuminista. È qui che si trovano i due cardini che ne costituiscono la base portante: la condanna degli eserciti permanenti, come momento qualificante della critica ai regimi assolutistici, e l'esaltazione del "cittadino-soldato". Elia, *Promuovere la "nazione armata": l'azione dell'istituto nazionale per l'incremento dell'educazione in Italia* cit., pp. 137-138.

⁵⁸ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 152. «Identificata con la mobilitazione rivoluzionaria delle masse, la guerra di popolo si contrappone tanto alla guerra di eserciti che alla guerra per bande». Russi, *Carlo Pisacane. Vita e pensiero di un rivoluzionario senza rivoluzione* cit., p. 176.

⁵⁹ Questo «non solamente potrà riuscire d'impaccio in quei momenti, ma richiederebbesi, per

porlo ad effetto, tempo, calma ed autorità». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 153.

⁶⁰ Vuole «evitare quelle bande, quelle legioni, che fannosi un idolo del capo e che senza estendere i loro desideri ed il loro sguardo all'intera nazione, mirano solo a qualche scaramuccia, da cui vincitori e vinti sperano sempre lode». *Ibidem*.

⁶¹ Si sofferma su «un popolo avvezzo a servitù, che tende sempre a crearsi nuovi padroni». Ivi, pp. 153-154.

⁶² Una «costituzione, che per dirsi libera bisogna che tutto vi proceda dal basso all'alto». Ivi, p. 153.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Inoltre, «l'arte della guerra non dovrà più essere il monopolio di pochi, ma la nazione tutta dovrà essere guerriera; gli strumenti del lavoro [dovranno essere] in comune». C. Vallauri, *Carlo Pisacane*, Milano, Marzorati editore, 1970, p. 19.

⁶⁵ «In ambi i casi, cotesto progetto non dovrà avere nulla di provvisorio, ma invece somma stabilità, ed abbracciare l'intera Italia». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 153.

⁶⁶ «Se una regione qualunque d'Italia esordisce con ordinamenti militari circoscritti, al solo suo territorio, commette errore gravissimo e pericoloso, perché i suoi futuri destini sono inesorabilmente stabiliti; o verrà schiacciata o l'Italia intera sarà libera, quindi l'esercito che sorgerà in essa non dovrà essere esercito Romano, Toscano, Napoletano, [...] ma parte del futuro esercito italiano». Ivi, pp. 153-154.

⁶⁷ Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca* cit., pp. 114-115. Secondo Pisacane «le masse» non devono «credere all'invulnerabilità ed all'infallibilità di un uomo», «alla fede» in luogo della «ragione: è questo il segreto sul quale sino ad ora si è basata la tirannide, che ha trovato [...] la strada al conseguimento dei suoi disegni». Pi-

- sacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., p. 326.
- ⁶⁸ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 154. La «nazione», quindi, «sente il peso dei propri mali» ed «onora quelli che danno la vita per combatterli e dal martirio alla battaglia non [...] vi è] che un passo». Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 137.
- ⁶⁹ Secondo Pisacane, «quindi è un errore fatale trattar con troppa leggerezza l'ordinamento dell'esercito, e per piegarsi a qualche esigenza momentanea, gettare delle basi false, su cui in seguito tutto l'edifizio viene ad informarsi». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 154.
- ⁷⁰ Ivi, p. 94.
- ⁷¹ Ivi, p. 171.
- ⁷² Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca* cit., p. 113. Secondo Pisacane, «è necessario operare per la trasformazione della massa in esercito perché il compito fondamentale [...] da darsi è quello della costituzione di milizie popolari per la fondazione della nazione armata. [...] Pisacane propone la teoria del cittadino soldato. "Ogni cittadino — egli scrive — correrà alle armi [se] interessato materialmente alla causa che difende". Una teoria (sintetizzata, nelle pagine finali della *Guerra combattuta*, attraverso la formula *militi tutti, soldati nessuno*) cui il Napoletano, confortato dall'autorità del Machiavelli, giunge attraverso l'intuizione della necessità di collegare la "costituzione materiale" alla "costituzione politica"». L. Russi, *Pisacane e la rivoluzione fallita, con Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49 di Carlo Pisacane*, Milano, Jaca Book, 1972, pp. 43-44.
- ⁷³ F. Della Peruta, *Carlo Pisacane*, in *Carlo Pisacane. La Rivoluzione*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1970, p. XVI.
- ⁷⁴ Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 98.
- ⁷⁵ Ivi, pp. 164-165. G. Rensi, *Prefa-*
- zione*, in C. Pisacane, *Ordinamento e costituzione delle milizie armate ossia come ordinare la nazione armata*, Palermo-Milano-Bellinzona, Remo Sandron - EL. EM. Colombi & C, 1901, pp. XXIV-XXV.
- ⁷⁶ Anche «il traditore, l'assassino, il ladro, [...] tutti potranno diventare utili al paese allorché saranno sparite le cagioni del delinquere e l'utile che dal delitto traevano». Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 165.
- ⁷⁷ «Cotesta coscienza, cotesto sentimento è vago nella generalità, in pochissimi è reciso; esso per conseguenza è soggetto a vacillare sotto l'impressione dei fatti». Ivi, p. 188.
- ⁷⁸ Ivi, p. 210.
- ⁷⁹ Ivi, p. 186.
- ⁸⁰ Ivi, p. 210. La «pubblica educazione che ferma l'attenzione e sviluppa il pensiero, non solo è dovuta di diritto ad ognuno, ma è il cardine principale della libertà». Ivi, p. 236.
- ⁸¹ Ma «questo [non] avviene perché siasi cangiata l'umana natura, ma perché l'utile privato non accordasi con l'utile pubblico». Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano. Saggi storici-politici-militari sull'Italia* cit., p. 28.
- ⁸² Ivi, p. 100.
- ⁸³ Ivi, p. 28 s. La «riflessione pisacanianiana sulla questione militare individua, come condizioni necessarie per la vittoria di un esercito, la disciplina, l'istruzione e il numero» che, se «bastano per ottenere un successo, non sono sufficienti "per menare a compimento una rivoluzione". Per la fondazione di un esercito rivoluzionario, infatti, le qualità e le condizioni tradizionalmente attribuite alle strutture militari sono assolutamente inefficaci». Russi, *Pisacane e la rivoluzione fallita* cit., pp. 37 s.
- ⁸⁴ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 29. Una convinzione che sembra rammentare «il soldato rivoluzionario e napoleonico [che] non era più un mercenario, uno spostato, un criminale, bensì un cittadino chiamato a difendere la patria, che a lui doveva gratitudine». Polenghi, *Educazione militare e Stato nazionale nell'Italia ottocentesca* cit., p. 110.
- ⁸⁵ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., pp. 106-107.
- ⁸⁶ Ivi, p. 107.
- ⁸⁷ Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., p. 169.
- ⁸⁸ Ivi, p. 173. Secondo Pisacane, «disgraziatamente l'Italia non ancora conta gli apostoli del suo avvenire», ha solo il «germe della futura rivoluzione italiana», «oppresso sotto l'impenetrabile involucro dell'ignoranza e della miseria». Ivi, p. 324.
- ⁸⁹ Sono pronti a «lascia[re ...] libero il passo al nemico che calpesta il suolo dello Stato». Ivi, p. 173.
- ⁹⁰ Ivi, p. 210.
- ⁹¹ In «quei momenti di febbre, che rendono il popolo corvado ad accettare i più arditi concetti, per quanto sia ostile a riconoscerli nel suo stato consueto, potranno le nuove dottrine farsi strada, trovare dei propugnatori e colmare il vuoto che ci separa dalla rivoluzione; ed i pensatori saranno allora costretti dalla forza a risolvere quei problemi che ora proclamano impossibili». Ivi, p. 324.
- ⁹² Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 186.
- ⁹³ Ivi, p. 214. Pisacane «cercò di compiere la saldatura tra l'elemento politico e quello militare, per dirigere l'azione del popolo in armi verso la rivoluzione». L. Russi, *I percorsi della stella. L'idea di Nazione in Italia dal 1796 al 1948*, Pescara, Libreria dell'Università editrice, 2003, p. 82.
- ⁹⁴ Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., p. 201. L'attenzione di Pisacane si sofferma sulla "Prima guerra d'indipendenza italiana", su Wojciech Chrzanowski (Biskupice, 1793 - Parigi, 1861) e sulla «condotta del generale Ramorino» (Genova, 1792 - Torino, 1849), che fu fuci-

- lato. Ivi, pp. 198-201.
- ⁹⁵ Ivi, p. 313.
- ⁹⁶ Il «popolo progredisce nelle sue idee, ma i soli fatti lo balzano da un concetto in un altro. Se dai libri dipendesse il progresso di una nazione, gli scrittori sarebbero gli arbitri delle sorti dell'umanità». Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., pp. 190 s.
- ⁹⁷ Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., p. 318. Secondo Pisacane, «sarà sempre un enigma inesplicabile, come alcuni trovano nelle pagine del Vangelo l'inno delle battaglie». Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 165.
- ⁹⁸ Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., p. 319.
- ⁹⁹ Ivi, p. 320.
- ¹⁰⁰ Russi, *La critica della democrazia in Carlo Pisacane* cit., p. 183.
- ¹⁰¹ La «nazione in armi» è posta in «opposizione agli eserciti della Restaurazione» e «quindi allo stesso Esercito Regio che da quella tradizione proveniva». Elia, *Promuovere la "nazione armata": l'azione dell'istituto nazionale per l'incremento dell'educazione in Italia* cit., p. 138.
- ¹⁰² Ivi, p. 140.
- ¹⁰³ Leogrande, *Conoscere Pisacane* cit., p. 11.
- ¹⁰⁴ L. Aricò, E. Daino, *I democratici italiani: Mazzini e Pisacane*, Napoli, Editrice Glauk, 1970, pp. 20-21.
- ¹⁰⁵ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 154.
- ¹⁰⁶ Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., p. 323. Quindi, «l'ideale da realizzare attraverso la militarizzazione della rivoluzione e la miglior difesa contro il militarismo sarà, dunque, la militarizzazione del popolo stesso». Derla, *Sul pensiero militare di Carlo Pisacane* cit., p. 150.
- ¹⁰⁷ «Indisciplina in pace e disciplina in guerra è la divisa di ogni rivoluzione: quella genera la discussione e crea il concetto, ovvero la bandiera; questa unifica gli sforzi, ed invita il soldato a tener gli sguardi fissi sul vessillo e non già sul capitano». Non interessa «che la mitraglia distrugga un generale: un altro lo rimpiazza; ma la bandiera non cambia, ogni milite deve averla scolpita nel cuore». Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., p. 326.
- ¹⁰⁸ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 100.
- ¹⁰⁹ «Il bastone e la pedantesca disciplina non formano gli eroi; le evoluzioni da scena, quella esagerata precisione svaniscono al tuonar del cannone». Ivi, p. 12.
- ¹¹⁰ La «guerra non vi sarà senza ardore, senza passioni, senza determinata volontà. Esistendo le passioni, le istituzioni militari debbono reggerle, ed all'impeto cieco e disordinato sostituire le virtù guerriere». Ivi, pp. 103-104.
- ¹¹¹ Ivi, p. 12. L'«esercito», «un nucleo di cittadini destinati dalla nazione a compiere una speciale missione», «ha il diritto di eleggersi i propri capi, ai quali [...] per ragione di guerra si addicono i [...] disegni militari e la esecuzione di essi». C. Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 207.
- ¹¹² Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 103.
- ¹¹³ Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 165.
- ¹¹⁴ Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., pp. 318-319.
- ¹¹⁵ Secondo Pisacane, «le masse si avvicinano al possesso della ragione con tanta più rapidità», perché «tale sviluppo [si] armonizza con le sofferenze dei loro sensi»; «il primo germe esiste, il popolo sente i suoi mali e mormora nello scorgere il proprietario ed il capitalista, oziando, godersi il frutto dei lavori del contadino e dell'operaio [...]; il popolo più non accetta il suo stato, ma lo subisce. Questo primo sentimento di disgusto, per lo stato presente, che già comincia a palesarsi nel popolo, è il germe della futura rivoluzione italiana [...], che i pensatori dovrebbero svolgere, elaborare, discutere, formulare, renderlo popolare e farne la bandiera di un partito». Ivi, pp. 323-324.
- ¹¹⁶ Pisacane, *Saggio sulla Rivoluzione* cit., p. 214.
- ¹¹⁷ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 12.
- ¹¹⁸ Pisacane, *Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-49. Narrazione di Carlo Pisacane* cit., pp. 322-323.
- ¹¹⁹ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 106. In tal modo, «in pace, l'esercito ha esclusivamente compiti addestrativi», «nell'ambito di una società fortemente militarizzata». Il Napoletano, «nel programmare l'attività addestrativa, [...] dimostra idee molto chiare e moderne, che si faranno strada nei grandi eserciti più di quindici anni dopo». V. Gallinari, *L'utopia militare di Carlo Pisacane*, in *Il pensiero di studiosi di cose militari meridionali, in epoca risorgimentale. Atti del Congresso Nazionale di Studi, promosso dalla Società di Storia Patria di Terra di Lavoro con la collaborazione dell'Ufficio Storico dello Stato Maggiore Esercito e di "Rivista Militare" (Napoli, 12-15 ottobre 1978)*, Roma, Tipografia regionale, 1978, pp. 68-69.
- ¹²⁰ Ivi, p. 69.
- ¹²¹ È «giusta ed utile» «particolarmente» per lui, che «ha riconosciuto la necessità d'intraprendere la guerra». C. Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 103.
- ¹²² Ritiene «che tutti gli ingegni prestarono l'opera loro in tale bisogno». *Ibidem*.
- ¹²³ È convinto «che nelle [...] decisioni [dei capi] prevale l'utile pubblico e non già il favore». Ivi, pp. 103-104.
- ¹²⁴ Ivi, p. 103.
- ¹²⁵ Ivi, p. 104.
- ¹²⁶ *Ibidem*. L'«apologia della guerra» persegue la «soluzione della

questione nazionale», «attraverso [...] la rottura anche militare dello *status quo*. Di qui la proposta del "cittadino soldato", dei "militi tutti-soldati nessuno", del "popolo in armi"». Russi, *L'idea di Nazione in Italia. Lezioni di Storia delle dottrine politiche* cit., p. 156.

¹²⁷ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 104.

¹²⁸ G. Pintor, *Prefazione*, in G. Pintor (a cura di), Carlo Pisacane, *Saggio su la Rivoluzione*, Torino, Einaudi editore, 1956, p. 11.

¹²⁹ Pisacane, *Ordinamento dell'esercito italiano* cit., p. 140.

¹³⁰ G. Berti, *La dottrina pisacanianiana della rivoluzione sociale*, in «Studi Storici», I, 1959, n. 1, p. 36.

Agli albori della *imperial presidency*: trame del West, *habeas corpus* e poteri impliciti (1890)

GIACOMO ALBERTO DONATI

«America is hard to see»
- Robert Frost -

1. Ieri ed oggi: i poteri del Presidente

Tra le questioni più accuratamente dibattute in seno alla dottrina costituzionalistica d'oltreoceano, i precisi limiti dei poteri presidenziali occupano un posto di indubbio rilievo: sia che si discuta di poteri inerenti o – più propriamente, a sommosso avviso di chi scrive – di poteri impliciti, l'interesse per quelle prerogative costituzionali non esplicitamente rintracciabili nel testo fondamentale è tuttora vivo e desto¹.

Tra coloro che si sono occupati della questione, Arthur Schlesinger, nel suo celebre e celebrato saggio «Imperial Presidency»², ebbe a rimarcare come la ferma intenzione dei padri costituenti di confe-

zionare una struttura costituzionale fondata sul principio della separazione dei poteri avesse finito per produrre una inevitabile (ma necessaria) tensione tra l'organo investito del potere di iniziativa³ (il Presidente) e gli altri due rami costituzionali dell'Unione (il Congresso e la Corte Suprema). Tale tensione tuttavia, se, in un primo momento, poteva definirsi di costituzionale e ragionevole primazia, andò, nel corso degli anni e di fronte all'inerzia specialmente dell'organo congressuale, ad assumere sempre più i connotati di una infondata e preoccupante supremazia, di una vera e propria appropriazione di poteri, di spossessamento financo, di poteri riservati al Congresso dalla carta fondamentale. Avendo Schlesinger per primo strutturato la questione in termini storiografici, non sembra fuori luogo rievocare alcuni episodi, tratti dalla storia americana più o meno recente, ritenuti particolarmente significativi ai fini della corretta impostazione di tale problema.

Il primo agosto dell'anno 1801, al largo delle coste tripolitane e nel più ampio contesto del primo conflitto Barbaresco, la goletta *USS Enterprise* ingaggiò in battaglia la libica *Tripoli*, finendo per catturare legno ed equipaggio. La Reggenza di Tripoli, peraltro, aveva già dichiarato guerra agli Stati Uniti ma, non avendo ricevuto ordini in merito alle spoglie del nemico, il comandante americano preferì rilasciare nave e prigionieri. In patria, Thomas Jefferson (1801-1809), appena insediatosi quale terzo Presidente, non ritenne di poter procedere autonomamente: deferì quindi al Congresso la questione e, a mente della Costituzione⁴, domandò autorizzazione per passare all'offensiva contro i Berberi (permesso che l'organo congressuale concesse l'anno successivo)⁵.

Duecentodieci anni dopo questo fatto, nel contesto della guerra civile libica del 2011, il caso volle che il Presidente Barack Obama (2009-2017) si trovasse a dover giustificare operazioni militari condotte nella stessa regione: adducendo a sostegno delle proprie azioni una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite⁶ e confortato dal sostegno di una coalizione internazionale, il *Commander in Chief* delineò gli obiettivi dell'intervento, comprendenti la rimozione di Muammar al-Gaddafi dal potere. Materialmente, gli Stati Uniti avrebbero fornito supporto logistico e finanziario ai ribelli che combattevano contro il regime del colonnello ma si sarebbero preoccupati, altresì, di eliminare strategici bersagli militari libici attraverso lo schieramento di mezzi navali ed aeronautici battenti la bandiera a stelle e strisce. Di fronte a questo non minuto spiegamento di forze, il Presidente, diversamente da Jefferson, non domandò autorizzazioni legislative

previe o successive: dietro precisa richiesta del Congresso, la Casa Bianca, oltre a rievocare, tra gli altri argomenti addotti, l'opinione del giudice Felix Frankfurter in *Youngstown*⁷ ed alcuni precedenti storici risalenti alla seconda metà del Novecento, fece leva sulla sola autorità costituzionale del Presidente, più che sufficiente ad ordinare quanto disposto e compiuto, e questo «even without prior specific congressional approval»⁸.

Nel mettere a confronto i due episodi, la dottrina giuridica ha evidenziato la chiara difformità d'interpretazione che il potere esecutivo diede circa i limiti dei poteri ad esso conferiti: se Thomas Jefferson, pur dinnanzi ad ostilità già esplose e ad un nemico che minacciava gli interessi commerciali americani, non riteneva di potersi muovere unilateralmente nella conduzione di ulteriori offensive, dichiarandosi esplicitamente bisognoso di ulteriori conferimenti di potere⁹, Barack Obama, nel favorire la transizione di poteri in Libia, informava il Congresso di potersi avvalere di una speciale riserva di autorità affidata alla presidenza in virtù del suo ruolo di comandante in capo e di responsabile ultimo della fedele esecuzione delle leggi¹⁰.

Per tentare di dar ragione di tale contrapposizione nell'agire presidenziale, potrebbe argomentarsi che tale mutamento è da ascrivere ai duecento anni trascorsi tra le due crisi libiche: tempi diversi richiede-rebbero diversi metodi di allocazione del potere; un'evoluzione in senso espansivo dei poteri presidenziali sarebbe quindi da attribuire ad un'implicita, organica trasformazione. Tale allegazione, cionondimeno, incontrerebbe immediatamente alcuni ostacoli: anzitutto, la lettera costituzionale, che non è mutata, sul punto, dal 1801; da ul-

timo, non sarebbe nemmeno possibile affermare che, in merito, si sia assistito ad un progresso incontestato, pacifico o consolidato, come altri due episodi, occorsi durante la presidenza Truman, possono aiutare a comprendere.

Successore di Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), dopo l'improvvisa morte di quest'ultimo nell'aprile del '45, Harry S. Truman (1945-1953) venne catapultato sul proscenio mondiale quale leader del mondo libero, ma anche mediatore di conflitti interni: uno tra i più spettacolari fu quello che lo vide contrapposto a John L. Lewis, presidente dell'influente sindacato United Mine Workers. Questi, nella primavera del 1946, aveva indetto uno sciopero generale dei lavoratori nelle miniere di carbone: Truman, combattivo, invocando l'autorità del *War Labor Disputes Act* del 1943, ordinò la confisca federale delle relative miniere e provvide a negoziare con i sindacati condizioni loro più vantaggiose. Ancora, quando Lewis minacciò un nuovo sciopero per l'autunno dello stesso anno, Truman ricorse alle corti, ottenendo un'ordinanza restrittiva che imponeva al sindacalista di desistere da qualsiasi attività turbativa di imprese direttamente controllate dal governo: il fondamento giuridico di tale ordinanza venne individuato in un'espressa previsione dello *statute* del 1943. Quando, nel 1947, la Corte Suprema si occupò del caso, in *U.S. v. United Mine Workers*¹¹, le decisioni di Truman fra la primavera e l'autunno del '46 furono di fatto avallate¹².

Ben diverse furono le azioni intraprese dall'ex senatore del Missouri alcuni anni dopo: al principio del 1952, la *United Steelworkers* aveva indetto uno sciopero generale di tutti i lavoratori del settore siderurgico. Di là del Pacifico, la guerra di Corea s'era

infilata in un *cul de sac* che avrebbe solidificato, per i decenni successivi, le posizioni nord e sud coreane lungo il parallelo geografico tuttora secante le due nazioni della penisola ma che, allora, richiedeva la partecipazione fattiva ed il continuo supporto di centinaia di migliaia di soldati americani; preoccupata dalle possibili ricadute sugli sforzi bellici di uno sciopero generale, la Casa Bianca decise nuovamente per la confisca delle aziende siderurgiche senza alcuna autorizzazione da parte del Congresso, sol emanando un ordine esecutivo nel quale, dopo l'illustrazione dei motivi contingenti che consigliavano di agire, si delineava una semplice (se non financo vaga) ma amplissima concezione dei poteri presidenziali, giuridicamente fondando la confisca governativa degli impianti mediante un linguaggio reminiscente un rescritto imperiale od una bolla pontificia: «by virtue of the authority vested in me by the Constitution and laws of the United States, and as President of the United States and Commander in Chief of the armed forces of the United States, it is hereby ordered as follows»¹³.

Al momento di difendere questo atto innanzi alla corte federale distrettuale di Washington D.C. (ove rapidamente l'amministrazione venne convenuta dai titolari delle aziende espropriate), le posizioni del governo si fecero ancora più nette, arrivando a sostenere che la Costituzione aveva limitato i soli poteri legislativo e giudiziario e non quello esecutivo¹⁴: tali considerazioni non trovarono peraltro accoglienza presso il giudice distrettuale, che ingiunse all'amministrazione di desistere. Alcuni giorni dopo, però, l'appello prontamente proposto dal governo contro tale ordinanza venne accolto dalla competente *Court of Appeals*, a

condizione che la questione, dagli evidenti profili di rilevanza costituzionale, venisse deferita alla Corte Suprema.

Colà, il *solicitor general* badò a moderare toni e contenuti delle precedenti allegazioni governative; ciononostante, i nove *justices* si trovarono a dover giudicare della bontà di un ricorso fondato su una rivendicazione di poteri asseritamente inerenti all'ufficio di Presidente, scaturenti, a parere del ricorrente, da una lettura congiunta delle clausole concernenti l'«executive Power» (U.S. Const. art. II, § 1), il ruolo di «Commander in Chief» (U.S. Const. art. II, § 2) ed il dovere di «take Care that the Laws be faithfully executed» (U.S. Const. art. II, § 3). Sebbene i più scommettessero su di una seconda vittoria delle ragioni governative¹⁵, la Corte Suprema consegnò alla posterità una delle più importanti sentenze del Novecento¹⁶ (*Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, già citata e sulla quale si avrà modo di tornare), ribadendo che il potere legislativo pertiene ed inerisce al solo Congresso ed ordinando la restituzione degli impianti produttivi ai legittimi proprietari¹⁷.

Non è disagevole prendere nota della somiglianza (debitamente tenute in considerazione le dissimiglianze) delle posizioni assunte dalla Casa Bianca nel corso della confisca delle acciaierie del 1952 e della crisi libica del 2011: in entrambi i casi, il capo dell'esecutivo ritenne di poter procedere senza previa o successiva autorizzazione congressuale, fondando l'esistenza di una propria, inerente autorità su di una lettura congiunta di alcune clausole della Costituzione. Queste due coppie di episodi, ciascuna recante una differente concezione dei poteri presidenziali, paiono in effetti atteggiarsi singolarmente a rappresentare quel fenomeno denunciato già a partire da-

gli anni Settanta del secolo scorso da Schlesinger: non pare peraltro necessario rammentare quanto altamente pratiche ed assai poco speculative possano riuscire queste considerazioni circa l'autentica natura della separazione tra i poteri fondamentali; nel corso degli anni (ma specie nella seconda metà del Novecento), in diversi contesti e con differenti fortune, la Casa Bianca è più volte ricorsa a simili argomentazioni circa l'esistenza di un'autorità presidenziale inerente, indipendente ed in qualche modo non controllabile dal Congresso, che si estenderebbe, in altre parole, oltre che alla confisca di proprietà private ed alla conduzione indipendente di operazioni militari, alla revoca unilaterale di un trattato debitamente ratificato dal Senato¹⁸, alla possibilità di non disporre la spesa di fondi già stanziati dal Congresso¹⁹ e, financo, all'ordine di lanciare un attacco nucleare²⁰.

Eppure, non si deve concludere, contrariamente a quanto si potrebbe supporre dinnanzi a tali dati, che questo fenomeno si sia originato *ex nihilo* a partire dal secondo dopoguerra: sebbene, certamente, la presidenza del secondo Roosevelt vide aumentare consistentemente le competenze del capo dell'esecutivo a fronte dei sacrifici necessari alla vittoria²¹, gli albori dell'imperialismo presidenziale paiono far capolino, perlomeno attraverso le vetrine della Corte Suprema, in una sentenza di fine Ottocento, i cui contorni fattuali risultano essere talmente eccezionali da meritare d'essere rammentati con una qualche diffusione, non foss'altro perché mai avrebbero autorizzato a pensare che sarebbero stati prodromici a riflessioni onuste di significato e fortuna intorno alla natura dei poteri dell'esecutivo.

2. *Un caso da romanzo giallo: il tentato omicidio del giudice Field*

La mattina del 14 agosto 1889, Stephen Johnson Field, *associate justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti, ed il vicesceriffo federale David Neagle, assegnato alla sua protezione, discesero dal treno che li stava conducendo a San Francisco, ove il giudice era atteso per tenere udienza presso la locale corte distrettuale federale: la stazione era quella di Lathrop, California, una città della frontiera occidentale che deve la propria esistenza alle ferrovie, il suo nome alla famiglia della moglie del primo presidente della Central Pacific Railroad e la propria fama ad una *cause célèbre* i cui fatti si dipanarono alla locale stazione²².

L'uno accanto all'altro, i due formavano una coppia senz'altro curiosa e quantomai caratteristica: Neagle, piccolo e sottile, aveva trentacinque anni, di cui dodici trascorsi a Tombstone, Arizona, quale proprietario di saloon e sceriffo della città ai giorni in cui anche i fratelli Earp vegliavano sopra quelle terre; Field²³, un vecchio gentiluomo rassomigliante ad un patriarca vetero-testamentario, aveva veduto oramai diversi soli tramontare sui suoi giorni migliori, da quelli della giovinezza, in cui era stato avvocato di successo a New York e poi di frontiera in California, a quelli della realizzazione professionale come giudice (1857) e poi giudice capo (1861) della Corte Suprema del *golden state*, sino alla consacrazione della maturità con l'elevazione (1863) ad *associate justice* della Corte Suprema federale per volontà di Abraham Lincoln (1861-1865). Erano, quelli dei fatti di Lathrop, gli anni in cui egli stava oramai cavalcando verso un crepuscolo in parte glorioso (la sua lettura espansiva del XIV emendamento in difesa

della proprietà privata contro le limitazioni statali avrebbe incontrato una decisa fortuna negli anni della *Gilded Age*²⁴) ed in parte non privo di complicazioni dovute alla sua veneranda età²⁵.

Nonostante la comune esperienza nel vecchio West, non furono legami di amicizia o il caso ad aver appaiato i due pionieri in quella mattina d'un agosto californiano: gravi fatti avevano infatti consigliato di pensare che una minaccia imminente incombesse sulle settuagenarie spalle del giudice Field.

L'anno precedente, nel disbrigo del proprio ufficio di *circuit judge*²⁶, egli si era trovato a dover rendere giustizia in una causa che vedeva coinvolta la moglie di un ex collega del corpo giudicante, David S. Terry: al termine del procedimento, al momento della lettura della sentenza (proprio a Field era toccato questo compito), Sarah Althea Hill in Terry si era alzata in piedi e aveva domandato quanti denari il giudice della Corte Suprema avesse accettato per giudicare a suo sfavore; rivelatosi inutile un primo ammonimento, la corte dispose che le forze dell'ordine accompagnassero la signora fuori dall'aula ma, non appena uno sceriffo federale fece per avvicinarle, il marito, David Terry, colpì al volto il poliziotto così violentemente da fargli saltare un dente. Nella colluttazione che seguì, si rivelò necessario l'intervento di diversi sceriffi ed astanti per ricondurre a più miti consigli l'assalitore, che nel frattempo aveva anche estratto un coltello *bowie* dalla giacca. In quell'aula, i protagonisti della tragedia che si sarebbe consumata un anno più tardi erano tutti presenti: Field assiso tra i giudici; Sarah e David ristretti e condotti a forza fuori dall'aula e Neagle tra gli astanti accorsi in soccorso degli sceriffi (pare anzi che

fosse proprio lui ad aver disarmato Terry).

A seguito di questo violento tafferuglio, i Terry vennero condannati ad alcuni mesi di carcere ma non mostrarono segni di risipiscenza: entrambi, anzi, rimosstrarono che avrebbero fatto di tutto per esigere soddisfazione da Field, arrivando financo a minacciarlo di morte non appena egli fosse rientrato in California per l'espletamento dei propri doveri. Queste ripetute intimidazioni sortirono l'effetto di impensierire il governo federale: sollecitato da amici del giudice, il procuratore generale diede disposizioni affinché il *marshal* del distretto settentrionale di California assumesse una guardia del corpo appositamente consacrata alla protezione di Field. La scelta cadde su David Neagle e l'opportunità di tale precauzione si appalesò alla stazione di Fresno, ove i Terry salirono a bordo del treno che stava riconducendo i due pubblici ufficiali a San Francisco.

Giunti a Lathrop, l'anziano giudice, contro il parere di Neagle, scelse di consumare la sua colazione direttamente presso la locale stazione: lì giunti, i due, seduti l'uno accanto all'altro ad un tavolo, furono avvistati dai Terry. La signora si assentò per tornare sul treno ed armarsi di un revolver ma, prima che questa potesse tornare, suo marito si era già diretto al tavolo di Field, posizionandosi alle spalle del giudice e riuscendo a sferrargli due colpi ad entrambi i lati del capo. Ovviamente, Neagle intervenne prontamente: dichiarando la propria veste ufficiale e mostrando la pistola, lo sceriffo di Tombstone intimò a Terry di fermarsi. Questi, invece di desistere, fece per infilare la mano nella giacca: sicuro che questo gesto anticipasse l'estrazione del *bowie*²⁷ già sfoderato nell'aula di giustizia, Neagle, con la sinistra, esplose due colpi

ravvicinati contro Terry, colpendolo all'orecchio e al petto. La morte colse immediatamente l'uomo e ciò che ne seguì fu una serie di sapidi incidenti giurisdizionali che, nel caso di Neagle, si protrassero sino alla Corte Suprema federale.

I fatti, in ogni caso, non furono chiariti che con una certa fatica: sia contro il *marshal* che contro il *justice* vennero infatti spiccati ordini d'arresto. Per quanto riguarda Field, lo sceriffo californiano non poté procedere a causa della presenza, in San Francisco (ove i due ufficiali erano finalmente riusciti a tornare), dello sceriffo federale, che intimò di non alzare un dito contro un giudice della Corte Suprema: l'ordine restrittivo venne infine presentato a Field nelle sue stanze, nello stesso edificio dove teneva udienza, con il giudice che rimarcò, senza acrimonia alcuna, allo sceriffo californiano, la necessità di svolgere sempre il proprio dovere. Alcuni minuti dopo, in una stanza attigua, un collega del *justice* concesse subito un *writ of habeas corpus*²⁸ e, nello spazio di soli alcuni giorni, il governatore del *golden state* ordinò al suo procuratore generale di archiviare qualsiasi accusa contro l'anziano giudice²⁹.

Il periplo giudiziale di Neagle fu, invece, più complesso ma, al contempo, lineare: una volta agli arresti presso lo sceriffo californiano, il medesimo giudice federale che aveva concesso l'*habeas corpus* a Field fece altrettanto per Neagle, il quale venne prontamente trasferito in custodia dello sceriffo federale. Al termine di un combattivo dibattito volto all'accertamento dei fatti suesposti³⁰, il *deputy marshal* venne rilasciato per aver agito «in pursuance of a law of the United States»³¹ ed un rapido appello proposto dalla California avanti la Corte Suprema di Washington, venendo

immediatamente autorizzato. Un fatto degno di una trama da romanzo si era oramai colorato di tinte giuridiche: il punto di osservazione si spostava quindi presso la più alta corte dell'Unione, ove i procuratori generali di California e Stati Uniti avrebbero anticipato molti degli argomenti che ancora oggi vengono proposti intorno alla natura dei poteri spettanti alla presidenza.

3. *Il processo: le argomentazioni di parte*

Sin dalle prime battute, fu subito chiaro che il caso giunto innanzi agli otto giudici della Corte Suprema (Field si era subito, naturalmente, recusato) si sarebbe incentrato su di una questione squisitamente costituzionale: il quesito dirimente, infatti, ruotava non tanto sull'opportunità fattuale di quanto compiuto da Neagle (se, ad esempio, egli avesse agito proporzionalmente nel difendere il giudice Field; quale fosse la gravità della minaccia costituita da Terry; se la cornice entro cui le circostanze della vicenda si erano svolte fossero tali da autorizzare una simile reazione da parte del *deputy*) quanto, piuttosto, sulla sua legittimità formale. Si è già rammentato come il giudice di prime cure avesse audito approfonditamente il caso: ciononostante, le rimostranze del governo californiano si concentrarono proprio sulla correttezza dei presupposti in forza dei quali la causa era stata trasferita (con la concessione di un *writ of habeas corpus*) alla giurisdizione federale.

In proposito, l'avvocato Zachariah Montgomery, per lo Stato della California, fece notare come tale provvedimento potesse essere adottato solo per prigionieri detenuti per atti compiuti «in pursuance

of a law of the United States»³² o in esecuzione di un ordine di una corte di giustizia: ora, è chiaro come sarebbe stato molto difficile per il governo federale sussumere la disposizione con la quale il procuratore generale aveva organizzato la protezione del giudice Field entro la cornice di un atto legislativo o di un ordine giudiziario. Ben conscio di tale vantaggio, Montgomery colse l'opportunità per fulminare l'argomento che più avrebbe potuto inficiare la posizione californiana, ossia che Neagle avrebbe agito dietro legittimo mandato del procuratore generale e, quindi, del Presidente, a discrezione del quale questi serve: più in particolare, il ricorrente si domandò da dove scaturisse un tale potere, visto che né la Costituzione né uno *statute* del Congresso lo autorizzava a distaccare agenti federali a protezione dei *justices* della Corte Suprema. Un po' teatralmente (e, vien da dire, significativamente³³), Montgomery si domandò: se la Casa Bianca veramente possedeva un potere (non esplicitato in alcuna fonte) che le consentiva di proteggere qualsiasi estensione del governo federale assegnandogli una guardia del corpo, che cosa avrebbe impedito in futuro al Presidente di esercitare un potere altrettanto abnorme e distaccare guardie armate a difesa di ogni singolo americano contro prevaricazioni dei propri concittadini? E, in definitiva (e ben più pregnante), «if it has come to this, what use, would I ask, have we for the state governments?»³⁴

Di stampo marcatamente più federalista³⁵ risultarono le dirette ma efficaci argomentazioni presentate dal procuratore generale federale: configurando quale vero e proprio dovere quello dell'esecutivo di proteggere la vita di Field («it was the duty of the Executive Department of the United

States to guard and protect, at any hazard, the life of Mr. Justice Field in the discharge of his duty ...»), il capo del dipartimento di giustizia sottolineò anzitutto come tale incombenza fosse connaturata alla missione ed all'esistenza stessa di un governo («... (1) because such protection is essential to the existence of the government ...»); come, in particolare, tale compito ricadesse sul Presidente, a cui è demandata la fedele esecuzione delle leggi («... (2) because it is enjoined upon the President, as the executive ...»); come, infine, Neagle fosse meramente un agente del governo, una *longa manus* senza la quale l'amministrazione della giustizia e la persona dei giudici si sarebbero ritrovate indifese ed impotenti («... the marshal was merely the hand of the executive and unless protected by the marshal the courts and judges have no protection»³⁶). In definitiva, evocando un argomento ripreso da Alexander Hamilton³⁷, il governo federale collegò questo dovere incombente sull'esecutivo di proteggere quello giudiziario all'autorità che fonda autonomamente un connaturato potere di autodifesa, di preservazione contro ogni minaccia, a sua volta inevitabilmente necessario all'esistenza stessa di un'amministrazione pubblica: «the reason why I say it is the duty of the Executive Department to protect the judicial, and why I say it has the authority so to do, is because the power of self-preservation is essential to the very existence of government»³⁸. Da questo punto di vista, non potrebbero non riconoscersi «the inherent powers of every government [...] sufficient [...] to protect the individual judge who fearlessly and conscientiously in the discharge of his duty pronounces judgment»³⁹; per vero, più che ad un'illimitata o non ben definita riserva di poteri meta-

fisicamente assegnati al potere esecutivo (come oggi una parte della dottrina, ricorrendo al lemma «inherent», insegna), è bene sottolineare come qui il procuratore generale parlasse di un'autorità indipendente da un'autorizzazione del Congresso ma implicita (e quindi esplicitabile) e rinvenibile nel testo stesso della Costituzione:

we insist that, by the Constitution of the United States, a government was created possessed of all the powers necessary to existence as an independent nation; [...] that Congress is invested not only with expressed but with implied legislative powers; that the judiciary is invested not only with expressed powers granted in the Constitution as its share of the government, but with all the judicial powers which have not been expressly withheld from it; and that the President, in like manner, by the very fact that he is made the chief executive of the nation, and is charged to protect, preserve, and defend the Constitution, and to take care that the laws are faithfully executed, is invested with necessary and implied executive powers which neither of the other branches of the government can either take away or abridge⁴⁰.

Questa dottrina circa l'esistenza di poteri esecutivi impliciti e necessari al raggiungimento degli scopi costituzionalmente assegnati era, ben si badi, limitata dal medesimo procuratore generale a quella sola autorità che potesse essere «reasonably incident to the exercise of the executive function»⁴¹, forse anche per disperdere le ombre evocate dall'avvocato californiano circa un'autorità illimitata ed esondante i confini di un sistema federale.

Che, del resto, l'amministrazione si fosse mossa con grande serietà nella difesa della propria posizione e si aspettasse molto dalla Corte è confermato dal fatto che essa era riuscita ad assicurarsi i servizi di Joseph Hodges Choate quale secondo *counsel*: il decano degli avvocati di Washington⁴², dopo una dotta disamina delle origini

e dei fini tipici del *writ of habeas corpus*⁴³, si preoccupò di far riecheggiare con maggior nitore le posizioni governative, avendo cura di farle suonare come posizioni di condivisibile ragionevolezza e buon senso. Due, da questo punto di vista, i passaggi più significativi: innanzitutto, l'aver configurato, con parole limpide e senza tempo, le azioni di Neagle quale espletamento di un preciso dovere scaturente dalla Costituzione, sottolineando come, pur in mancanza di una disposizione congressuale, tale obbligazione rientrasse nel novero delle funzioni protettive assegnate all'esecutivo e come ciò che è necessariamente implicito in un testo normativo è parte di esso tanto quanto ciò che vi è esplicitato:

it is not pretended that there is any single specific statute making it his duty to furnish this protection. The authority arose directly and necessarily out of the Constitution and positive congressional enactments. Whatever is necessarily implied is as much a part of the Constitution and statutes as if it were actually expressed therein⁴⁴.

V'è qui da sottolineare che Choate impiegò, in un successivo passaggio, il lemma «inherent» con accezione sinonimica a «implied», in ciò probabilmente avvalorando le ragioni di chi ritiene solo la seconda interpretazione sussumibile entro i confini della carta fondamentale (specie alla luce delle conclusioni della Corte, aderenti a quelle dei convenuti):

[the government] has, necessarily, the inherent power of protecting itself and its agents in the exercise of all its constitutional powers, and of executing its own laws by its own tribunals, without any interruption from a State or any state authorities⁴⁵.

In secondo luogo, egli espone le ragioni di buon senso che militavano dalla parte di Neagle, ossia che le sue azioni costituiva-

no risposta proporzionata e diretta conseguenza delle sconsiderate gesta dei Terry, le quali minacciavano di compromettere la pacifica amministrazione della giustizia nel distretto settentrionale californiano: in un governo di leggi e non di uomini, di diritto e non d'arbitrio come quello instaurato dalla Costituzione, è ricompreso tra i doveri del Presidente il compito di assicurarsi che la pace continui a regnare incontrastata⁴⁶.

A chiudere il dibattito fu il procuratore generale della California Johnson, le cui ragioni si basarono su argomentazioni riguardanti la struttura federale degli Stati Uniti: oltre a ribadire come la lettura più conveniente del lemma «law» all'interno dello *statute* che autorizzava la concessione del *writ of habeas corpus* (la già menzionata locuzione «in pursuance of a law of the United States») fosse il riferimento alla sola «statutory law and its necessary incidents»⁴⁷, Johnson rammentò la delicatezza del meccanismo costituzionale divisato dai padri fondatori, che come un sistema solare ordina con precisione ed opportunità i diversi corpi in esso sussistenti e nel quale, di conseguenza, un piccolo aggiustamento di una parte può provocare impreviste ripercussioni a danno di un'altra⁴⁸; di come il governo federale fosse stato immaginato come un governo di poteri limitati («the general government itself is but a government of limited powers»⁴⁹), destinato ad appoggiarsi ai poteri costitutivamente inerenti (quali enti preesistenti) ai singoli Stati e di come principe tra questi fosse quello di polizia, «which is an inherent power with the States»⁵⁰, ai quali, soli, spetta l'amministrazione della giustizia penale⁵¹. Anche, quindi, se la Corte avesse deciso di lumeggiare il lemma «law» delle tinte asseritamente pericolose proposte dal

governo federale, tale decisione sarebbe risultata comunque errata, avocando eccessivi poteri all'Unione a discapito dei singoli Stati: «the offences which Congress has the right to define and punish are only offences against the authority of the United States. It cannot assume any supervision of the police regulations of the States. All this is elementary learning»⁵².

3.1 *La decisione della Corte: la consacrazione degli implied powers*

Il compito di dare forma definitiva alla decisione del sestetto di giudici che votò per confermare la concessione dell'*habeas corpus* cadde su Samuel F. Miller, che di lì a meno di un anno avrebbe intrapreso l'ultimo viaggio terreno: coetaneo di Field ed a lui pari per doti intellettuali, il retroterra culturale dei due colleghi non avrebbe potuto essere più differente. Se Field proveniva da una famiglia celebre e celebrata per la frequentazione del diritto, il pugnace, pragmatico, perseverante giudice repubblicano dell'Iowa giunse alla Corte Suprema con alle spalle una laurea in medicina ed un decennio di professione sanitaria. Nonostante questo tardivo ripensamento, Miller finì per rappresentare il rivale perfetto del Field: se questi propendeva istintivamente per una robusta difesa dei diritti dell'individuo, la giurisprudenza del primo si caratterizzò per uno spiccato favore, come efficacemente riassunto da uno dei suoi biografi, a salvaguardare il diritto del governo a governare⁵³. Da questo punto di vista, la sentenza in commento si inserisce convenientemente entro una produzione giudiziale dallo spiccato accento federalista.

Innanzitutto, riassunti i fatti secondo le direttrici narrative offerte sopra, la Corte si preoccupò di affermare a chiare lettere come non ci fosse dubbio che il loro collega, mentre si trovava importunato ed assalito da Terry, stesse, pur lontano da un'aula di giustizia, adempiendo ai propri obblighi d'ufficio e fosse quindi pienamente nel proprio diritto ad essere protetto in tutti i modi consentiti dalla legge: all'obiezione che tale difesa non fosse basata, però, su di una specifica previsione statutaria, Miller oppose una lettura estensiva della clausola della legge congressuale⁵⁴ che identificava in una «law of the United States» il presupposto formale necessario al fine del rilascio del *writ of habeas corpus* e rintracciò il fondamento di tale allargamento nell'*intentio legislatoris*, secondo la quale tale legge era stata «designed to extend in a liberal manner the benefit of the writ of habeas corpus to persons imprisoned for the performance of their duty»⁵⁵. A parere del Miller, il dovere correttamente assegnato a Neagle di proteggere la vita del giudice costituiva un presupposto sufficiente a ricomprendere gli atti da questi compiuti entro la definizione della previsione statutaria.

Per ciò che riguarda, invece, l'autorità del Presidente di deferire un tale compito, la Corte rintracciò direttamente nel testo costituzionale la fonte di tale potere:

in the view we take of the Constitution of the United States, any obligation fairly and properly inferrible⁵⁶ from that instrument, or any duty of the marshal to be derived from the general scope of his duties under the laws of the United States, is "a law" within the meaning of this phrase⁵⁷.

Istituendo un paragone con le buone norme d'igiene pubblica⁵⁸, altro ambito nel quale la prevenzione, come nel diritto penale, può essere più efficace della re-

pressione, la Corte concluse che sarebbero stati una Costituzione ed un esecutivo assai inefficienti quelli che non avessero accordato ad un giudice, nell'esercizio delle sue responsabilità, una misura di tranquillità e di conforto da insulti, assalti ed ingiurie⁵⁹. Che, del resto, questa misura debba essere fornita dal potere esecutivo, è, a parere della Corte, cosa evidente: il potere giudiziario dipende infatti già dall'esecutivo per la sicurezza ed il buon ordine entro le proprie aule; quello congressuale, del resto, può agire solo attraverso previsioni legislative, ossia l'elemento che, nel caso *de quo*, faceva difetto⁶⁰. D'altro canto, il Presidente è chiamato dalla Costituzione a vigilare che le leggi siano fedelmente applicate (art. II, § 3) e, in ordine al raggiungimento di tale alto compito, è autorizzato, assieme al Congresso, ad istituire uffici ministeriali («cabinet ministers»⁶¹) che lo coadiuvino in tal senso; di tutta evidenza come l'ordine del procuratore generale potesse sussumersi convenientemente entro tale cornice, sol che s'accedesse ad un'interpretazione non strettamente letterale dei doveri demandati dal Congresso ma ad una estensiva, comprendente anche quelli che implicitamente possono desumersi dalla Costituzione medesima:

is this duty limited to the enforcement of acts of Congress or of treaties of the United States according to their express terms, or does it include the rights, duties and obligations growing out of the Constitution itself, our international relations, and all the protection implied by the nature of the government under the Constitution?⁶²

Nella chiusa della propria opinione, Miller consacrò l'estensione semantica del lemma «law» nella locuzione esaminata, da *statute* congressuale a Costituzione *tout court*, da legge a diritto, da norma ad ordi-

namento, dichiarando enfaticamente «that Neagle [...] was acting under the authority of the law of the United States»⁶³.

3.2 La dissenting opinion

Due gli aspetti che, entro i confini imposti al presente contributo, è qui più opportuno rammentare a proposito della *dissenting opinion*: uno concernente le ragioni che spinsero il *chief justice* Fuller⁶⁴ e il giudice Lamar⁶⁵ (redattore dell'opinione dissenziente) a non assentire con i colleghi e l'altro gli elementi di teoria costituzionale coi quali, invece, concordarono.

Per ciò che concerne il primo punto, è d'uopo sottolineare come i due giudici non accolsero l'opinione del procuratore generale californiano circa la supremazia degli Stati sul punto in questione: già il grande John Marshall⁶⁶, infatti, aveva stabilito che al Congresso, e non agli Stati, era demandato il compito di deliberare su quella vasta massa di questioni concernenti la sovrapposizione tra competenze statali e federali, pena non l'interpretazione di una Costituzione ma di uno splendido orpello⁶⁷. Da questa premessa non poteva che discendere la conclusione cui giunsero i dissenzienti, ossia che, più che al Presidente, il potere di assegnare Neagle per la protezione dell'anziano Field «must proceed [...] primarily from Congress»⁶⁸. Per questa ragione, l'ordine proveniente dal procuratore generale si trovava ad essere «without authority of law» e Neagle «a simple deputy marshal – no more and no less»⁶⁹.

Tutto questo premesso, è comunque assai rilevante che il *chief justice* e Lamar accogliessero a chiare lettere (e, per certi

versi, con un linguaggio ancora più cristallino di quello della maggioranza) la teoria dei poteri impliciti offerta dai colleghi: dovendo rendere ragione qualificata del proprio dissenso, la minoranza principiò il discorso assicurando di accedere pienamente alla teoria dei poteri impliciti avanzata dal procuratore generale. Ciò che, infatti, è necessariamente sottinteso alle parole della Costituzione o di un'altra fonte di legge è parte integrante di esse come se in esse fosse espressamente menzionato: «whatever is necessarily implied in the Constitution and laws of the United States is as much a part of them as if it were actually expressed»⁷⁰.

4. *In re Neagle: una sentenza per i secoli*

Trovandosi a motivare il proprio assenso alle conclusioni raggiunte dalla Corte in *Youngstown* (al termine, come si rammenterà, della vicenda relativa alla confisca federale delle acciaierie da parte dell'amministrazione Truman), il giudice Robert H. Jackson⁷¹ ebbe modo di offrire il suo parere circa i tentativi, avvicendatisi nel corso degli anni, di definire i poteri presidenziali non espressamente menzionati nella Costituzione: sia che si parli di poteri ora inerenti, ora impliciti, ora ancora incidentali, talora plenari o talaltra di «war powers», essi parvero al giudice quali termini intercambiabili e senza un significato ben fisso, assai utili a fornire all'esecutivo strumenti dialettici utilizzabili nell'agone dell'opinione pubblica ma poco adatti, nella loro nebulosità e vaghezza, a formare una solida base per una sentenza giudiziale⁷². Dall'altro lato della barricata e dalla

parte dei dissenzienti sconfitti, del resto, il *chief justice* Vinson⁷³ citò ampiamente *In re Neagle* (la sentenza che si è qui illustrata) al fine di provare come le azioni del Presidente Truman fossero pienamente giustificate e niente affatto ignote alla giurisprudenza della Corte, la quale, anzi, già avrebbe sanzionato un simile accentramento di poteri oltre sessant'anni prima⁷⁴.

Eppure, a ben vedere, alla luce di quanto sin qui esposto, queste riflessioni di Jackson e Vinson non sembrano del tutto cogliere nel segno: da un lato, aggettivi come «inherent» ed «implied» sono entrati a far parte del dibattito dottrinario e costituiscono i termini entro i quali si svolge la discussione accademica e non sugli strumenti costituzionali a disposizione dell'esecutivo; dall'altro, non pare che la Corte di *In re Neagle*, nel riconoscere al Presidente la facoltà di assegnare il *deputy marshal* a protezione di Field, abbia inteso accordare all'amministrazione il genere di autorità inerente che Truman ed i suoi successori hanno preteso di esercitare.

Come si rammenterà, gli otto giudici, e ciò tanto quelli della maggioranza quanto quelli della minoranza, riconobbero l'esistenza di poteri sì non espressamente riconosciuti all'esecutivo ma comunque implicati in quelli: di poteri impliciti discendenti da quelli espliciti; di poteri che, pur non testualmente rinvenibili nella Costituzione od in altra fonte legislativa, possono, attraverso un ragionamento esegetico-deduttivo, derivarsi dal testo che enuncia esplicitamente il conferimento di altri, implicandone, a mo' di corollario, l'attuazione.

Da questo punto di vista, la sentenza del 1890 può, lo si suggerisce sommessamente, costituire un precedente a cui rifarsi per

la soluzione del dibattito circa la natura ed i limiti dei poteri presidenziali: proprio perché emanata in un'epoca nella quale comunque i poteri federali (ed esecutivi⁷⁵, in particolare) erano esercitati con somma parsimonia (a tutto vantaggio dei singoli Stati), è rilevante il fatto che la maggioranza della Corte si sia mossa nel senso di riconoscere una generosa (ma, lo si sottolinea con enfasi, limitata) dose di poteri impliciti al governo federale (e si rammenterà come il dissenso della minoranza fosse basato unicamente su di una diversa collocazione di tale potere, non sulla sua esistenza). Il principio di diritto enunciato in questa sentenza, in effetti, potrebbe anche assurgere, pur con le dovute cautele ed adattamenti, a strumento di valutazione di nuove rivendicazioni da parte dell'esecutivo, a baluardo contro futuri assalti mossi dalla presidenza imperiale di schlesingeriano monito: se si

accoglie questa prospettiva di potenza nella limitazione, infatti, tanto le dichiarazioni del Presidente Truman quanto quelle del Presidente Obama⁷⁶ sembrano collocarsi al di là del dettato costituzionale, così come lo scenario, retorico certo, evocato da parte californiana nel 1890 di assegnare ad ogni cittadino americano una guardia del corpo armata (autorità che, evidentemente, non può essere ritenuta implicita nel dettato costituzionale). Per quanto riguarda il futuro, esso potrebbe fornire strumenti teorici, retorici e giuridici utili allo scioglimento di questioni di legittimità costituzionale quali il lancio unilaterale di una testata atomica⁷⁷ o il ritiro degli Stati Uniti dal trattato di mutua difesa dell'Atlantico del Nord⁷⁸.

¹ La distinzione, assai controversa, tra poteri impliciti (cui qui si accederà) e poteri inerenti risulta frequentata dalla dottrina ma inficiata, anche a causa degli accenti polemici che caratterizza tale dibattito, da una certa vaghezza: secondo i proponenti dei poteri impliciti, ogni prerogativa non esplicitamente conferita dalla Costituzione deve trovare il proprio fondamento in ciò che può essere implicitamente dedotto dal testo di essa; a parere dei secondi, ogni potere non apertamente enunciato dalla carta ma necessario al perseguimento dei fini demandati al governo federale inerebbe immancabilmente ad esso. Da questo punto di vista, entrambe le posizioni appaiono comunque espansive delle diverse prerogative dei tre grandi po-

teri dell'Unione (non limitandole a quanto consegnato alla lettera della Costituzione) ma se chi parla di poteri impliciti li fa discendere dal testo della carta attraverso il ricorso ad un metodo che potrebbe definirsi esegetico-deduttivo, chi parla di poteri inerenti appare più propenso a ragionare secondo assiomi e parametri desunti dalla teoria generale del diritto e, più in generale, delle istituzioni politiche. L'auspicio è che gli esempi che si addurranno nel corso del testo aiutino a lumeggiare entrambe queste posizioni, pur propendendo chi scrive, come detto, per la costituzionalità dei soli poteri impliciti. Tra i molti studi sul punto si rimanda perlomeno ai seguenti: L. Fisher, *The Law of the Executive Branch. Presidential Power*, Oxford, Oxford University

Press, 2014; Id., *The Unitary Executive and Inherent Executive Power*, in «Journal of Constitutional Law», XII, 2, 2010, pp. 569-591; N. Kinkopf, *Inherent Presidential Power and Constitutional Structure*, in «Presidential Studies Quarterly», XXXVII, 1, 2007, pp. 37-48; L. Fisher, "The Law". *Presidential Inherent Power. The "Sole Organ" Doctrine*, in «Presidential Studies Quarterly», XXXVII, 1, 2007, pp. 139-152; D.G. Adler, *The Steel Seizure Case and Inherent Presidential Power*, in «Constitutional Commentary», XIX, 1, 2002, pp. 155-214; E. Chemerinsky, *Controlling Inherent Presidential Power. Providing a Framework for Judicial Review*, in «Southern California Law Review», LVI, 1983, pp. 863-911.

² Ci si riferisce ad A.M. Schlesing-

er, Jr., *The Imperial Presidency*, Boston, Houghton Mifflin, 1973.

³ Nella ricostruzione di Schlesinger, il sistema di *checks and balances* approntato dai costituenti si sarebbe risolto in uno stallo insuperabile se uno dei tre poteri non avesse assunto il ruolo di leader, con la conseguente libertà di rispondere il più rapidamente possibile alle sfide del momento: che questo compito ricadesse, tra i tre, sull'unico potere monocratico è, a parere dello studioso, «necessary to overcome the tendency toward inertia» (Schlesinger, *The Imperial* cit., p. VII).

⁴ E precisamente di U.S. Const. art. I, § 8: «the Congress shall have power [...] to declare War».

⁵ Ci si è qui rifatti, per la narrazione degli eventi, alle ricostruzioni offerte in G. S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 633-639, anche per l'ulteriore bibliografia.

⁶ Si veda United Nations Security Council (2011), *Resolution 1973 on Libya*.

⁷ In questa decisione, reperibile in 343 U.S. (1952) at 589-628 e che si citerà nuovamente a breve, Frankfurter rimarcò come il presidente godesse della più vasta competenza nella conduzione della politica estera e come, di conseguenza, gli fosse attribuita un'autorità indipendente da quella del Congresso in questo campo (343 U.S. (1952) at 610-611).

⁸ U.S. Justice Department. Office of Legal Counsel (2011), *Authority to Use Military Force in Libya*, <<https://www.justice.gov/olc/opinion/authority-use-military-force-libya-0>>, novembre 2025, in particolare pp. 27, 28 e 29.

⁹ I passaggi più significativi del ragionamento di Jefferson son riportati in D. Gray Adler, *The Constitution and Presidential Warmaking: the Enduring Debate*, in «Political Science Quarterly»,

CIII, n. 1, 1988, pp. 1-36, in particolare 18-19.

¹⁰ Si tratta delle clausole in U.S. Const. art. II, § 2 («the President shall be Commander in Chief») e § 3 («he shall take Care that the Laws be faithfully executed»).

¹¹ Si veda 330 U.S. (1947) at 258-385.

¹² Gli eventi appena riassunti son stati desunti da J.E.St. Clair, L.C. Gugin, *Chief Justice Fred M. Vinson of Kentucky. A Political Biography*, Lexington (KY), University Press of Kentucky, 2002 e da W.M. Wiecek, *The Birth of the Modern Constitution. The United States Supreme Court, 1941-1953*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 383-387.

¹³ Exec. Order No. 10.340, 3 C.F.R. 3141 (1952)

¹⁴ Tale posizione può vedersi riassunta in Wiecek, *The Birth* cit., p. 388.

¹⁵ La previsione era condivisa, oltre che da Truman (R. J. Donovan, *Tumultuous Years. The Presidency of Harry S. Truman, 1949-1953*, Columbia (MO), University of Missouri Press, 1982, pp. 386-387), da un giovane William Rehnquist, ai giorni di *Youngstown* assistente del giudice Jackson (W. H. Rehnquist, *The Supreme Court*, Vintage Books, New York, 2002, p. 189: «the law on the equitable issues was clearly in favor of the government, and while the law on the constitutional question was more or less up for grabs, the whole trend of the Court's decision in the preceding fifteen years leaned toward the government»).

¹⁶ L'opinione della corte in *Youngstown*, a firma del giudice Hugo Black, si trova in 343 U.S. (1952) at 582-589.

¹⁷ Per la ricostruzione di questo celebre caso ci si è rifatti a Wiecek, *The Birth* cit., pp. 387-396; D. G. Adler, *The Steel Seizure Case and Inherent Presidential Power*, in «Constitutional Commentary», XIX, n. 1, 2002, pp. 155-213; A. F. Westin, *The Anatomy of a Constitutional Law Case. Youngstown Sheet*

and Tube Co. v. Sawyer. The Steel Seizure Decision, New York, Columbia University Press, 1990; M. Marcus, *Truman and the Steel Seizure Case. The Limits of Presidential Power*, New York, Columbia University Press, 1977; E. S. Corwin, *The Steel Seizure Case. A Judicial Brick without Straw*, in «Columbia Law Review», LIII, n. 1, 1953, pp. 53-66.

¹⁸ Come nel caso del trattato di mutua difesa stipulato dagli Stati Uniti con Taiwan, dal quale il Presidente Carter si ritirò unilateralmente nel 1979 per poter instaurare relazioni diplomatiche con la Cina: nonostante il trattato fosse stato ratificato dal Senato, il Presidente non ritenne necessaria la partecipazione di questo al recesso (si vedano in proposito: S. Taheran, *Congressional and Supreme Court Restraints on Treaty Termination Carried out at the President's "Lowest Ebb" of Authority*, in «Journal of National Security Law & Policy», XIII, 2023, pp. 553-588; C. A. Bradley, *Treaty Termination and Historical Gloss*, in «Texas Law Review», XCII, 2014, pp. 773-835; V. M. Kraft, *The U.S. Constitution and Foreign Policy. Terminating the Taiwan Treaty*, Westport (CT), Greenwood Publishing Group, 1991). La questione rimane comunque controversa e tutt'altro che pacifica, come evidenziato in H. Hongju Koh, *Could the President Unilaterally Terminate All International Agreements?*, in P.B. Stephan, S.H. Cleveland, *The Restatement and Beyond*, New York, Oxford University Press, 2020, pp. 67-96.

¹⁹ Una sentenza della Corte, *Train v. City of New York*, fugò ogni dubbio in merito: la sentenza si trova in 420 U.S. 35 (1975).

²⁰ Si veda, per una prima introduzione agli elementi, specie fattuali, di tale decisione, A. L. Fink, P. K. Kerr, *Defense Primer. Command and Control of Nuclear Forces*, in «Congressional Report», n. IF10521, <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/>

- IF10521/14», novembre 2025.
- ²¹ Tale il giudizio di Wiecek, *The Birth* cit., p. 365: «in World War II, the accretions of presidential and federal power proved to be both permanent and more far-reaching than anything the Republic had previously experienced».
- ²² I dati salienti della causa sono stati riassunti dal giudice Miller in 185 U.S. (1889), at 1-99. Ci si è anche rifatti, peraltro, ai resoconti forniti in D. Votaw, *Judicial Vendetta. California Style*, in «The Western Political Quarterly», XII, n. 4, 1959, pp. 948-961; W. Lewis, *The Supreme Court and a Six-Gun. The Extraordinary Story of In Re Neagle*, in «American Bar Association Journal», XLIII, n. 5, 1957, pp. 415-478, 475-478; A. Russell Buchanan, *David S. Terry of California. Dueling judge*, San Marino (CA), Huntington Library, 1956, in particolare pp. 210-230; M.D. Green, *In Re Neagle. A Study in Judicial Motivation. Part II*, in «Rocky Mountain Law Review», XIV, n. 2, 1942, pp. 86-104; M. D. Green, *In Re Neagle. A Study in Judicial Motivation*, in «Rocky Mountain Law Review», XIV, n. 1, 1941, pp. 29-43; G.C. Gorham, *The Story of the Attempted Assassination of Justice Field*, 1893; A.E. Wagstaff, *Life of David S. Terry*, San Francisco, Continental Publishing Co., 1892.
- ²³ Sul quale possono vedersi, specificamente, P. Kens, *Justice Stephen Field. Shaping Liberty from the Gold Rush to the Gilded Age*, Lawrence (KS), Kansas University Press, 1997 e C. B. Swisher, *Stephen J. Field. Craftsman of the Law*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1930, in particolare pp. 321-361. Su alcuni aspetti della sua giurisprudenza si è avuto modo di riflettere in G.A. Donati, *Baldwin v. Roosevelt: le vene d'America. Una disputa giuslavoristica (1910)*, in «JUS-ONLINE», n. 6, 2023, <<https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-baldwin-v-roosevelt-le-vene-damerica-una-disputa-giuslavoristica-1910-6437.html>>, novembre 2025.
- ²⁴ Tale il giudizio, tra i molti, di J. W. Ely, Jr., *The Chief Justiceship of Melville W. Fuller. 1888-1910*, Columbia (SC), South Carolina University Press, 2012, pp. 25-26 e pp. 61-65. Sulla *Gilded Age* possono vedersi, in generale, R. White, *The Republic for Which It Stands. The United States during Reconstruction and the Gilded Age, 1865-1896*, Oxford, Oxford University Press, 2017, e, in particolare per ciò che riguarda la storia del diritto, G. Edward White, *Law in American History. Vol. 2. From Reconstruction through the 1920s*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- ²⁵ Celebre, in proposito, l'episodio, tramandato in M.I. Urofsky (ed. by), *The Supreme Court Justices. A Biographical Dictionary*, New York-London, Routledge, 1994, p. 166, che vide un suo collega giudice intento a persuaderlo a godersi una ben meritata pensione, rinunciando al suo incarico a Washington: Field, riattizzando i fuochi della sua famigerata lingua tagliente, si difese dichiarando ignobile una tale ambasciata.
- ²⁶ Sino al 1911, i *justices* della Corte Suprema erano tenuti a percorrere («to ride ...») i tribunali collocati nel distretto loro assegnato («... the circuit»): l'impegno richiedeva che il giudice si assentasse dalla capitale e poteva risultare particolarmente gravoso; ciò spinse il giudice capo Fuller (1888-1910) a sollecitare il Congresso ad una riforma, la quale, infine, condusse alla sostanziale obsolescenza ed eliminazione di questa antica pratica (come si può evincere da E.C. Surrency, *History of the Federal Courts*, New York-London-Roma, Oceana Publications, 1987, in particolare pp. 27-60; Ely, Jr., *The Chief* cit., pp. 42-44).
- ²⁷ Il coltello non sarebbe poi stato ritrovato su Terry (Votaw, *Judicial* cit., p. 959).
- ²⁸ Sull'uso del *writ of habeas corpus* nel sistema giudiziario statunitense si veda G. Edward White, *Patterns of American Legal Thought*, New Orleans, Quid Pro Books, 2010, in particolare pp. 114-117 circa il collasso del sistema dei *writs* negli Stati Uniti.
- ²⁹ In Votaw, *Judicial* cit., p. 960 si riporta questa sapida noterella, forse riferita al governatore, di un giornale di New York, a commento del fatto: «"Newsboy: Man tries to kill judge in California!! Customer: What did they do about it? Newsboy: Oh, they arrested the judge"».
- ³⁰ I cui atti possono trovarsi riassunti in J.B. Uhle, *Annotation. Matter of David Neagle*, in «The American Law Register», XXXVII, 10, 1889, pp. 585-653.
- ³¹ Uhle, *Annotation* cit., p. 623.
- ³² 185 U.S. (1889), at 7.
- ³³ La *reductio ad absurdum*, infatti, colpisce più per il tentativo di fiaccare la forza di una buona argomentazione che non per la sua carica gnoseologica o giuridica: di tutta evidenza che la protezione di ogni singolo cittadino americano è cosa di grandezza e, soprattutto, ordine diverso rispetto a quella di un solo giudice.
- ³⁴ 185 U.S. (1889), at 11-12. Tale posizione statalista verrà poi ampiamente ripresa dal procuratore generale di Sacramento.
- ³⁵ Lemma che qui si usa nell'accezione dicotomica *nation/states* tipica dell'esperienza costituzionale statunitense, quale estremo dell'oscillazione dei diritti del governo di Washington avverso quelli dei singoli Stati dell'Unione.
- ³⁶ 185 U.S. (1889), at 13.
- ³⁷ Il riferimento è al *Federalist* n. 31, ove il primo segretario del tesoro, discorrendo invero di questioni fiscali, enumerò alcuni principi primi, tra i quali è dato rinvenirsi il seguente, invocato dal procuratore generale: «a government ought to contain in itself every power requisite to the full accomplishment of the objects commit-

ted to its care, and to the complete execution of the trusts for which it is responsible; free from every other control but a regard to the public good and to the sense of the people» (si è usata l'edizione: A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist. The Gideon Edition*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001, p. 151).

³⁸ 185 U.S. (1889), at 13.

³⁹ 185 U.S. (1889), at 14.

⁴⁰ 185 U.S. (1889), at 15-16. L'aver riconosciuto a tutti e tre i poteri dell'Unione tali connaturate facoltà, v'è da dire, pare salvaguardare anche la dottrina della necessaria separazione ed egual dignità dei tre poteri.

⁴¹ 185 U.S. (1889), at 16.

⁴² Sul punto sia consentito di rimandare a D.M. Marshman, Jr., *The Four Ages of Joseph Choate*, in «American Heritage», XXVI, 1975, pp. 32-40, 96-97.

⁴³ Si veda 185 U.S. (1889), at 20-27.

⁴⁴ 185 U.S. (1889), at 27.

⁴⁵ 185 U.S. (1889), at 27.

⁴⁶ Queste le evocative parole del Choate: «we live under a government of laws and not of men, and can claim no authority or power for the President, or for any executive department, not conferred by law. What we assert is, that it is not only within the lawful power, but is the plain duty of the President, when informed that the due and regular administration of justice, on one of the federal circuits, is about to be interfered with by a threatened attack on the federal judge, assigned by law to administer it, and actually engaged in that service, to provide, by adequate means, for his protection» (185 U.S. (1889), at 30).

⁴⁷ 185 U.S. (1889), at 32.

⁴⁸ La metafora organicistica suonava così: «this machinery of a federal government and of state government is at once delicate and complex, and consists of balances and adjustments for all time to come, so that there may be no friction; like the harmony of our solar system, where each planet

moves in its own orbit, without any impingement by the greater orbit which lightens all» (185 U.S. (1889), at 32).

⁴⁹ 185 U.S. (1889), at 38.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ In 185 U.S. (1889), at 39 si rimarca come «the whole domain of the criminal law comes under this power».

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Il giudizio è in Urofsky, *The Supreme Court* cit., p. 322, al quale si rimanda per l'ulteriore approfondimento bibliografico.

⁵⁴ Ci si riferisce qui a 28 U.S. Rev. Stat. § 753, ove l'emissione del *writ* è limitata al caso in cui il detenuto abbia agito in forza di una legge degli Stati Uniti (ove, chiaramente, il portato semantico del lemma «law» era da limitare al solo *statute congressuale*).

⁵⁵ 185 U.S. (1889), at 58.

⁵⁶ Si noterà l'uso dei verbi «to infer» e «to derive» per descrivere il corretto metodo di individuazione della fonte di tali poteri: un punto di osservazione, questo, che pare avvicinare l'opinione della Corte a quella di chi riconosce al Presidente poteri impliciti assegnatigli dalla Costituzione ma non poteri inerenti all'ufficio stesso.

⁵⁷ 185 U.S. (1889), at 59.

⁵⁸ Qui forse memore il Miller dei suoi anni passati tra nosocomi e sofferenti.

⁵⁹ *Ibidem*: «we do not believe that the government of the United States is thus inefficient, or that its Constitution and laws have left the high officers of the government so defenceless and unprotected».

⁶⁰ Si veda il ragionamento in 185 U.S. (1889), at 63: «where, then, are we to look for the protection which we have shown Judge Field was entitled to when engaged in the discharge of his official duties? Not to the courts of the United States [...]. The ministerial officers through whom its commands must be executed are marshals of the United States, and

belong emphatically to the executive department of the government. The legislative branch of the government can only protect the judicial officers by the enactment of laws for that purpose, and the argument we are now combating assumes that no such law has been passed by Congress».

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² 185 U.S. (1889), at 64.

⁶³ 185 U.S. (1889), at 76.

⁶⁴ Su Melville Weston Fuller si possono con profitto consultare Ely, Jr., *The Chief* cit. e O. M. Fiss, *The Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

⁶⁵ Primi riferimenti bibliografici in Urofsky, *The Supreme Court* cit., pp. 281-282.

⁶⁶ Nell'impossibilità di rinviare ad una bibliografia esaustiva, sia consentito di far cenno ai fondamentali R. Kent Newmayer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge, Louisiana University Press, 2007 e C.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence, Kansas University Press, 1996.

⁶⁷ Questo il riassunto di Lamar: «we regard them also as a vindication of Congress as the law-making department of the government; [...] as Mr. Chief Justice Marshall expresses it, of the power to legislate upon that vast mass of incidental powers which must be involved in the Constitution, if that instrument be not a splendid bauble» (185 U.S. (1889), at 94).

⁶⁸ 185 U.S. (1889), at 83.

⁶⁹ *Ivi*, at 84.

⁷⁰ *Ivi*, at 77-78. Si noterà come queste parole riecheggino quasi *verbatim* quelle del Choate.

⁷¹ Il giudizio offerto in Wiecek, *The Birth* cit., p. 106 intorno alla mancanza di una biografia generale e scientificamente inappuntabile su questo gigante pare condivisibile a chi scrive: sia dunque consentito di seguire fino in fondo il giudizio di Wiecek e di riman-

dare all'abbozzo tratteggiato in G. Edward White, *Personal versus Impersonal Judging. The Dilemmas of Robert H. Jackson*, in Idem, *The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges*, New York, Oxford University Press, 1988, pp. 230-50.

⁷² In 343 U.S. (1952) at 647: «"Inherent" powers, "implied" powers, "incidental" powers, "plenary" powers, "war" powers and "emergency" powers are used, often interchangeably and without fixed or ascertainable meaning. [...] The claim of inherent and unrestricted presidential powers has long been a persuasive dialectical weapon in political controversy. While it is not surprising that counsel should grasp support from such unadjudicated claims of power, a judge cannot accept self-serving press statements of the attorney for one of the interested parties as authority in answering a constitutional question, even if the advocate was himself. But prudence has counseled that actual reliance on such nebulous claims stop short of provoking a judicial test».

⁷³ Finito in minoranza nonostante, pare, avesse rassicurato, in una modalità a dir poco non ortodossa, Truman di poter procedere serenamente alla confisca (si veda Wiecek, *The Birth* cit., p. 388): sul Vinson si può consultare, sempre tenendo conto della pessima opinione che gli storici hanno sempre intrattenuto su di lui e che non ha giovato alla scrittura di giudizi obiettivi, St Clair, Gugin, *Chief* cit.

⁷⁴ Si veda 343 U.S. (1952) at 687, 689, 691, 698, 702.

⁷⁵ Proprio al giudice Miller, l'estensore di *In re Neagle*, sono attribuite in H.P. Monaghan, *The Protective Power of the Presidency*, in «Columbia Law Review», XCIII, 1, 1993, pp. 1-74, in particolare 2, le seguenti considerazioni: «Justice Samuel Miller described the executive department as "the most crippled, confined and limited in

its practical use ... of the power really conferred on it"».

⁷⁶ Sebbene, lo si sottolinea, la Casa Bianca, in quella congiuntura, non basò la propria azione unicamente sull'asserita riserva di poteri inerenti ma anche su autorizzazioni congressuali previe (la cui pertinenza fu peraltro anch'essa contestata).

⁷⁷ Scenario comunque, teoricamente, contemplato nel già rammentato Fink, Kerr, *Defense* cit.

⁷⁸ Eventualità esplicitamente presa in considerazione in Taheran, *Congressional* cit., già messa in pratica dalla presidenza Truman con la rammentata denuncia del trattato bilaterale con Taiwan ed oggi fortemente disincentivata (e vieppiù improbabile, se si aderisse ad una concezione implicita e non inerente di poteri presidenziali) da recenti interventi congressuali (si veda H.R.2670 - 118th Congress (2023-2024): National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2024, <<https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/2670/text?s=2&r=1&q=%7B%22search%22%3A%22canada%22%7D>>, novembre 2025, in particolare § 1250).

Incunaboli d'Europa. Parte II: Nicola Catalano, tra Tangeri e Lussemburgo (1950-1953)

MARCO FIORAVANTI

1. *Nicola Catalano, consigliere giuridico a Tangeri*

La figura di Nicola Catalano rappresenta il *trait-d'union* tra l'amministrazione internazionale di Tangeri e le nascenti istituzioni europee. La partecipazione all'amministrazione della Zona internazionale di Tangeri avrebbe condizionato il suo operato presso le istituzioni europee, così come quello di altri giuristi che si erano formati in Marocco e più in generale in situazioni semi-coloniali (come, per esempio, Michel Gaudet)¹. La sua lunga carriera di giurista – pressoché sconosciuta, al di fuori degli specialisti del diritto dell'Unione europea² – ha visto nell'esperienza tangerina un momento centrale.

Nato a Castellaneta, in provincia di Taranto, il 17 febbraio 1910 e deceduto a Roma il 5 agosto 1984³, concluse i suoi studi giuridici alla Sapienza il 13 luglio 1933, divenendo poi avvocato; nel 1937 vinse il concorso per procuratore e nel 1939 entrò a far parte

dell'Avvocatura dello Stato e nello stesso anno divenne assistente in "materie giuridiche" all'Università di Roma alla Facoltà di Ingegneria⁴, carica che ricoprì fino al 1950. Nel 1946, essendo cessata la sospensione dei concorsi dovuta allo stato di guerra, partecipò alla prova per sostituto avvocato dello Stato di II classe, riuscendo vincitore e nominato il 16 luglio 1946⁵, raggiungendo nel gennaio del 1950 il grado di Vice-Avvocato dello Stato⁶. Durante la sua carriera ricoprì gli incarichi di Commissario per la gestione della Società Anonima "Il Giornale d'Italia" (1944-1946), quotidiano che durante la guerra e specialmente dopo l'8 settembre 1943 aveva svolto attività in favore del fascismo e del nazismo⁷, e quello di Consulente Legale dell'Istituto Poligrafico dello Stato (1946-1948). Agente del governo italiano presso le Commissioni di conciliazione italo-francese, italo-britannica e italo-americana, prevista dall'art. 83 del Trattato di Parigi e membro della Commissione nominata dal Ministro della Pubblica Istruzione per la riforma della Legge sulle

Belle Arti⁸. Partecipò infine, in qualità di esperto giuridico, alla delegazione italiana presso la commissione italo-jugoslava per l'applicazione del trattato di pace.

Nel giugno 1947 il ricostituito Comitato di controllo stilò una nota per l'Amministratore della città, Edmond Girardièr (che avrebbe ricoperto tale carica fino al 24 marzo 1952)⁹, in cui si sottolinea la necessità di munirsi di un consigliere giuridico per fornire aiuto e consulenza legale su numerose questioni pratiche e per coadiuvare non solo il Comitato di controllo ma l'Assemblea legislativa e l'Amministratore stesso: «le Comité de Contrôle – si legge in questa minuta dattiloscritta – exprime donc l'avis qu'il serait désirable que des mesures soient prises en vue de nommer un Conseiller Juridique à l'Administration Internationale»¹⁰. Dal punto di vista operativo il Comitato di controllo pregava i governi dei diversi Paesi, attraverso la propria intermediazione, di presentare i nomi degli eventuali candidati da sottoporre alla verifica di una Commissione espressione del Comitato di controllo, dell'Amministratore e dell'Assemblea legislativa.

Deliberata il 14 agosto 1947 l'istituzione di un posto di consigliere giuridico, nel gennaio 1948 l'Italia aveva proposto quattro nominativi per ricoprire questo ruolo a Tangeri: il consigliere di Cassazione Giuseppe Marchegiano (che aveva svolto un ruolo centrale nell'amministrazione della città per almeno un decennio)¹¹, il sostituto-procuratore generale di cassazione Francesco Fornari, il consigliere di cassazione Leonardo Giocoli e il giudice Giovanni Apostoli. Sebbene la scelta di un giurista italiano sembrasse incontrare il consenso di Stati Uniti e dell'Inghilterra, che vedeva-
no di buon occhio la figura di Marchegiano,

prevalse il giurista e diplomatico spagnolo Pedro Cortina Mauri («più giurista che diplomatico», secondo la diplomazia francese che, forse proprio per questo, lo preferì ad altri candidati)¹², nominato dal Comitato di controllo il 13 maggio 1948¹³. Dopo meno di due anni, resosi vacante il ruolo di Cortina, che per ragioni di salute rinunciò al rinnovo annuale¹⁴, agli inizi del 1950, per l'Italia si aprì una partita fondamentale per riaffermare la sua presenza e la sua influenza a Tangeri¹⁵.

Il ministero si adoperò subito per indicare i candidati al concorso, per soli titoli¹⁶, a consigliere giuridico, nei cui curricula figurasse, oltre la formazione giuridica, l'esperienza internazionale, la conoscenza del francese, dell'inglese e dei rudimenti dell'arabo. I candidati italiani furono Bonaventura Dall'Asta, Rino Rossi, Giovanni Luigi Colli e Nicola Catalano. Dall'Asta¹⁷, consigliere di Corte d'appello, fortemente sostenuto dal Ministro degli affari esteri, con una elevata competenza in ambito coloniale (era stato distaccato presso le isole italiane dell'Egeo dal 1933 al 1937 e giudice presso il Tribunale misto egiziano dal 1937 al 1940)¹⁸, fu scartato in quanto troppo anziano. Rossi¹⁹, consigliere della Corte d'appello di Bologna, con esperienza nell'amministrazione coloniale a Rodi e nelle Isole dell'Egeo e giudice-console al Cairo, e Colli, consigliere di Corte d'Appello senza un'esperienza diretta nell'amministrazione coloniale²⁰, furono anch'essi scartati. Sebbene Catalano non potesse vantare una competenza coloniale, grazie alle «ottime referenze del Ministero»²¹, alla sua «egregia collaborazione»²² e alle sue esperienze di consulente del governo italiano per questioni di diritto internazionale, nella riunione del 24 ottobre 1950, in seguito a un

concorso in cui parteciparono 17 candidati di diverse nazionalità (13 spagnoli, 3 italiani e un libanese)²³ venne eletto con sei voti su sette (il membro spagnolo del Comitato di controllo votò per il connazionale Barcia Trellez) dall'Assemblea legislativa, in seguito alla delibera del Comitato di controllo del 25²⁴, Consigliere giuridico presso il Comitato di controllo, l'Assemblea legislativa e l'amministrazione internazionale per la durata di un anno, rinnovabile per prassi fino a tre²⁵.

Le ragioni della scelta di Catalano furono così motivate dal Comitato di controllo:

*Les raisons de ce choix s'expliquent d'une part par le souci de maintenir une répartition équilibrée des postes importantes parmi les diverses nationalités, et, d'autre part, des candidats italiens, M. Catalano était celui qui, par sa formation et les postes qu'il avait occupés, paraissait le plus apte à exercer les fonctions de conseiller juridique*²⁶.

L'Italia recuperava con soddisfazione in tal modo la carica giurisdizionale principale presso l'amministrazione internazionale di Tangeri²⁷. Catalano stesso in una lettera al Ministro del commercio estero scrisse che l'Italia, uscendo vittoriosa dal concorso per consigliere giuridico, aveva recuperato il suo posto nell'amministrazione cittadina, con grande beneficio per gli interessi italiani²⁸.

Vinto il posto da consigliere giuridico della Zona Internazionale nell'ottobre 1950, venne subito sollecitato a raggiungere la città marocchina per sbrigare alcune questioni interpretative in sospeso e installarsi stabilmente in città (anche a fronte dell'assenteismo del suo predecessore che, stante ai dispacci diplomatici francesi e alla stampa locale²⁹, si trovava «plus souvent à Madrid qu'à Tanger»)³⁰. Giunto in città il

16 gennaio 1951³¹, iniziò a lavorare ad alcune spinose questioni giuridiche (come quella del porto della città) già prima di recarsi in Africa. La stampa locale accordò una certa importanza alla nomina di Catalano a consigliere giuridico della Zona, non senza polemiche e richieste verso il nuovo giurista italiano³².

Sarebbe rimasto a Tangeri fino al 16 luglio 1953 quando, in seguito alle modifiche dello Statuto Internazionale della Zona, era stato soppresso il posto di Consigliere giuridico, in quanto assorbito dal ripristino della carica di Amministratore aggiunto degli affari giudiziari. Grazie al Protocollo firmato a Tangeri il 10 novembre 1952 l'Italia migliorava la sua posizione nell'amministrazione internazionale della Zona, con l'abolizione dell'art. 11 dell'Accordo franco-britannico del 1945 che, come si è visto, ne penalizzava le aspettative. In questa riorganizzazione, tuttavia, veniva soppresso il ruolo di consigliere giuridico ricoperto in quel momento da Catalano e sostituito con quello di Amministratore previsto dagli accordi del 1928³³. Sapendo che non sarebbe stato designato per tale nuovo posto, accettò l'offerta di assumere le funzioni di Consigliere giuridico presso la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, fondata in seguito ai trattati di Parigi del 1951 ed entrata in vigore il 23 luglio 1952, con sede a Lussemburgo.

Nel suo nuovo ruolo a Tangeri, iniziò subito a concettualizzare le implicazioni del principio di supremazia del diritto internazionale che si sarebbe sviluppato alla Corte di giustizia europea. In particolare, un suo parere circa i limiti del Tribunale misto della Zona di Tangeri, comportò la teorizzazione del principio della supremazia del diritto internazionale: il Tribunale misto di

Tangeri aveva rifiutato di applicare una legge nazionale contraria alle libertà economiche consacrate dai "trattati costituzionali" della Zona.

Già nel 1948, il predecessore di Catalano, Pedro Cortina Mauri era intervenuto con un parere proprio sul valore "costituzionale" delle libertà economiche tangerine³⁴. L'art. 7 dello Statuto, riprendendo le disposizioni degli Accordi di Algeciras e di numerosi altri trattati internazionali tra il Marocco e le potenze occidentali, prevedeva che «la Zone de Tanger respecte les traités en vigueur» aggiungendo che l'eguaglianza economica tra le nazioni, così come risulta da questi trattati, avrebbe continuato a essere osservata a Tangeri, anche se i suddetti trattati fossero stati abrogati o modificati. Come abbiamo visto l'Atto di Algeciras, il cui carattere è fondante per l'amministrazione della città, si basava su tre capisaldi: la sovranità del Sultano, l'integrità dei suoi Stati e la libertà economica senza alcuna ineguaglianza. Il parere del consigliere giuridico conferma sia la struttura eminentemente liberal-liberista di Tangeri sia l'impossibilità di modificarla senza la modifica dei trattati internazionali: «ceci est confirmé par la structure du droit privé de la Zone, puisque le code des contrat et obligations sanctionne la liberté contractuelle qui constitue le fondement de la liberté économique. De même, le code pénal punit les manœuvres contre le libre exercice de l'industrie et du travail»³⁵. E più avanti specificava che

les codes fondamentaux ne peuvent être modifiés seulement qu'après l'assentiment unanime de tous les membres du Comité de Contrôle et le consentement des 2 autres zones du Maroc – article 32, paragraphe du Statut. [...] L'unanimité du Comité de Contrôle et le consentement des

deux autres zones du Maroc sont les deux points marquants du procès réglementaires de modification des codes fondamentaux de Tanger. Mais serait erroné de croire que l'accomplissement de ces formalités suffise pour introduire tout un ordre de modifications aux dispositions de ces textes puisque ne pourraient prévaloir des modifications qui seraient en opposition avec les principes fondamentaux du Statut parmi lesquels se détache la liberté économique sans inégalité³⁶.

Ciò che Cortina Mauri prima e Catalano poi sembrano presagire è la possibilità di pensare un ordine al di là della sovranità dello Stato, oltre le frontiere di una nazione, di una costituzione o di un codice (si pensi alla necessità dell'unanimità nelle scelte di tutti i rappresentanti delle potenze dominanti sul territorio). Sebbene ovviamente fondamentali, le tradizionali fonti del diritto assumono una "forza" diversa in un contesto come quello della Zona in cui, lo ricordiamo, erano in vigore una molteplicità di fonti di diversa natura, e dove, soprattutto, vigeva una *Verfassung* basata sulla condivisione e non sulla polarizzazione della sovranità³⁷.

2. Questioni di costituzionalità: il Tribunale Misto

Il predecessore di Catalano come Consigliere giuridico nella Zona, il già menzionato Cortina Mauri, in un suo parere del 4 febbraio 1949³⁸, argomentò che la divisione dei poteri prevista dal trattato di Parigi istitutivo della Zona internazionale di Tangeri prevedesse un equilibrio di interessi tra le potenze firmatarie, il cui primo dovere era il rispetto delle disposizioni dello Statuto che veniva considerato come una «ver-

dadera "Constitución convencional"»³⁹. In altri termini si introduceva, ad avviso del giurista spagnolo, futuro Ministro degli Esteri del governo di Francisco Franco, nell'elaborazione dottrinale, sia l'idea di una embrionale gerarchia delle fonti sia la consapevolezza che nessun organo interno potesse modificare il dettato "costituzionale" senza intraprendere il processo legislativo internazionale previsto dall'art. 56 dello Statuto stesso. Del resto, la funzione del Comitato di controllo – come abbiamo visto l'organo di fatto più rilevante nella molteplicità delle magistrature tangerine – consisteva proprio nel potere di controllo verso leggi e regolamenti votati dall'Assemblea legislativa affinché non fossero in contrasto con la norma fondamentale. Così, muovendo dall'interpretazione del menzionato art. 11 del Dahir, chiosava: «Estos textos señalan una jerarquía normativa que el órgano jurisdiccional no puede ignorar al inquirir la auténtica voluntad de ley aplicable al caso sometido a su decisión»⁴⁰.

Interessante, infine, il ricorso al diritto comparato e, in assenza in quegli anni di una solida cultura di controllo di costituzionalità in Europa, al confronto condotto da Cortina Mauri con la Corte suprema americana. Il suo potere di valutare il carattere costituzionale di una legge non implicava la possibilità di annullarla: «al declarar la inconstitucionalidad de una ley y dejar de aplicarla al caso concreto, esta decisión no afecta para nada a la validez de la ley, la cual conserva jurídicamente su fuerza de obligar hasta que es abrogada por el poder legislativo»⁴¹. Tornando al sistema tangerino il parere di Cortina Mauri, che sarebbe stato ricalcato due anni dopo da Catalano, era che non spettasse al Tribunale Misto il diritto di annullare una disposizione legislativa o re-

golamentare, bensì al Comitato di Controllo, l'organo che possedeva la competenza per pronunciarsi sulla regolarità statutaria delle leggi e dei regolamenti votati dall'Assemblea legislativa, attraverso il più volte menzionato diritto di veto previsto dall'art. 31 dello Statuto della città.

Il procedimento di verifica del Comitato di controllo avveniva prima della promulgazione della legge da parte del Mendub, mentre il Tribunale Misto entrava in azione quando una legge era stata già promulgata. Ma il Tribunale Misto era incompetente nell'annullamento della legge. «Todo exceso de jurisdicción cometido por el Tribunal Mixto – così si concludeva il parere – podría provocar la intervención del Comité de Control para reprimirla, ya que asiste a éste la facultad de resolver los conflictos de jurisdicción por tener encomendado el supremo cometido de hacer observar la "Constitución convencional", es decir, el Estatuto (art. 3o, párr. 5), sin que a este respecto escape a su acción en propio Tribunal Mixto»⁴².

Dopo neanche un mese dal suo arrivo nella Zona infatti, Catalano fu subito coinvolto in una spinosa questione di carattere interpretativo. A suo avviso i poteri del Tribunale Misto di Tangeri erano comparabili a quelli di un tribunale di diritto comune che esercitava per delega nel territorio tangerino una parte della sovranità marocchina nel campo dell'amministrazione della giustizia⁴³. Catalano evidenziò subito la sua posizione che può apparire in controtendenza rispetto allo sviluppo della sua elaborazione dottrinale, ma coerente con il suo ruolo di giurista in un sistema di diritto codificato che conviveva con numerose consuetudini locali e di diritti singolari: «ce qu'il importe de souligner ici, c'est que le Tribunal Mixte

n'a certainement pas les pouvoirs d'une *cour constitutionnelle*»⁴⁴, ovvero che non aveva competenza a giudicare la legittimità costituzionale delle leggi, comprese quelle votate dall'Assemblea legislativa e approvate dal Comitato di Controllo, rispetto alle disposizioni poste, secondo lo Statuto di Tangeri, a un livello gerarchico superiore (come i trattati o i codici). In assenza di una disposizione esplicita non si poteva pretendere, ad avviso di Catalano, che il Tribunale Misto avesse il potere di apprezzare la legittimità costituzionale delle leggi. Ci sarebbe voluta una norma *ad hoc*, che mancava assolutamente nello Statuto fondamentale, i.e. nella Costituzione.

Il faut donc reconnaître que le Statut de Tanger est basé sur le principe commun de la division des pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) et que la compétence du Tribunal ne peut pas sortir des limites de l'administration de la justice, c'est-à-dire de l'interprétation et de l'application du droit écrit et coutumier⁴⁵.

Premessa dunque questa considerazione di metodo, Catalano continua nell'analisi dei limiti delle potestà del Tribunale tangerino giungendo alla conclusione che esso poteva, come ogni tribunale del resto, stabilire quale, tra differenti fonti del diritto, prevalesse sulle altre. Per esempio, la non applicazione di un regolamento in contrasto con la legge, restando tuttavia nei limiti dell'interpretazione e dell'applicazione della legge. Oltre questi casi, comuni a ogni giurisdizione, lo Statuto di Tangeri prevedeva una gerarchia delle fonti: trattati, dahirs istituzionali (che possiamo considerare come leggi costituzionali), codici, altri dahirs, leggi ordinarie, ecc.

Di grande rilevanza, nella prospettiva della primazia del diritto internazionale rispetto a quello interno, la disposizione

del Dahir di organizzazione della Zona di Tangeri del 16 febbraio 1924 – una sorta di legge costituzionale – che prevedeva espressamente, all'art. 11, che in caso di disaccordo tra le stipulazioni dei trattati e le leggi e i regolamenti dell'Assemblea legislativa, prevalevano i primi. Il Tribunale misto aveva dunque il potere di disapplicare la legge in contrasto con i trattati istitutivi. Da un lato Catalano ridimensionava le velleità costituzionale del Tribunale misto di erigersi a giurisdizione costituzionale, in assenza di precise disposizioni convenzionali, ma allo stesso tempo gli riconosceva il diritto di rifiutarsi di applicare le leggi giudicate contrarie ai trattati costitutivi della Zona, nei soli casi in cui la contraddizione tra il trattato e la legge fosse stata evidente e limitatamente al caso concreto⁴⁶.

Al centro dell'interpretazione di Cortina Mauri e, soprattutto, di Catalano, vi era l'art. 11 del Dahir del 1924 che, come si è visto, stabiliva un criterio di superiorità di alcune fonti (i trattati) rispetto ad altre (leggi e regolamenti). Inoltre, secondo il medesimo Dahir le leggi non potevano essere promulgate senza l'approvazione del Comitato di controllo, detentore del potere negativo esercitato attraverso il veto. Ma Catalano puntualmente sottolineava come l'art. 11 non stabilisse la superiorità dei trattati sui Dahir stessi, comportando pertanto che questi ultimi potessero derogare ai trattati. Ciò significava che nel sistema normativo tangerino la legge occupava una posizione intermedia tra il dahir (fonte legislativa completa, comparabile alle leggi formali dei regimi costituzionali) e il regolamento. Ergo, continuava Catalano nel suo parere del febbraio 1951, «en appliquant ce Dahir, le Tribunal ne peut pas se passer de l'article 11. Il a, par conséquent, le pou-

voir de juger tous les cas de désaccord qui peuvent se présenter entre les dispositions d'une loi et les dispositions d'un traité; une fois le désaccord constaté, il doit déclarer la prééminence de ces dernières et refuser l'application de la loi»⁴⁷. Ma, come aveva già stabilito Cortina Mauri, il Tribunale, rifiutando l'applicazione di una legge al caso concreto, non aveva il potere di annullarla. La sua decisione produceva il suo effetto esclusivamente rispetto al caso di specie, secondo la regola della «cosa giudicata». La legge, dunque, restava in vigore e avrebbe potuto trovare applicazione in un altro contesto.

Catalano si orientò per una lettura prudente del sistema del diritto tangerino, caratterizzato da una molteplicità di fonti normative e da una non facile sistematica giuridica. Per di più invitava alla moderazione proprio nell'applicazione dell'art. 11 da parte dei magistrati in quanto i trattati, come è noto, contenevano principi di carattere più politico che giuridico, mentre le leggi erano destinate a trovare una loro applicazione concreta. Muovendo dal presupposto che le leggi entrate in vigore erano già state sottoposte al potere di veto del Comitato di Controllo, si raccomandava il carattere eccezionale di non applicazione delle stesse:

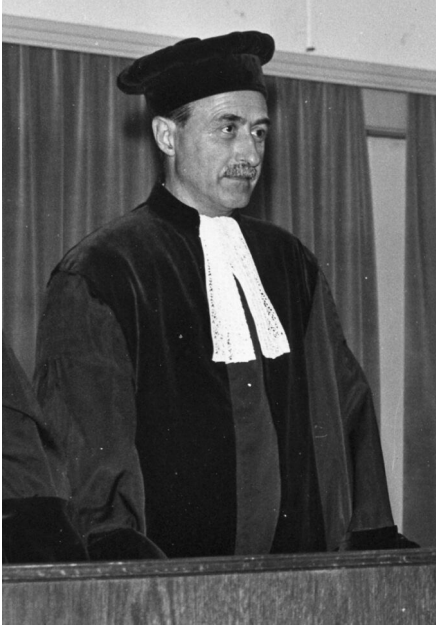
En principe, les cas de contraste réel entre les traités et les lois de la Zone de Tanger doivent être considérés comme tout-à-fait exceptionnels, surtout si l'on pense au contrôle scrupuleux exercé par le Comité de Contrôle. Le Magistrat ne devrait donc recourir à l'application de l'art. 11 que dans des cas très rare et seulement quand la contradiction entre le traité et la loi apparaît évident, *ictu oculi*⁴⁸.

Per quanto riguarda il controllo formale esercitato dai magistrati, essi avevano il do-

vere di non applicare una legge che non fosse stata pubblicata secondo le forme previste dallo Statuto (senza l'approvazione del Comitato di Controllo, per esempio), ma non potevano, secondo Catalano, sindacare l'operato del Comitato di Controllo stesso nella sua funzione di garante della costituzionalità degli atti normativi.

Di conseguenza, una sentenza del Tribunale Misto che dichiarasse l'incostituzionalità di una legge – o semplicemente la sua inapplicabilità – per il fatto dell'assenza di approvazione della Zona internazionale, risultava in contraddizione manifesta con il principio di autonomia legislativa, stabilito dall'art. 5 della Convenzione di Parigi del 1923 e dall'art. 1 del Dahir del 1924. Risulterebbe viziata di un vero eccesso di potere, poiché l'art. 48 della Convenzione affidava al Tribunale Misto esclusivamente l'amministrazione della giustizia. Il tribunale, operativamente, attesta l'incostituzionalità di una legge e, conseguentemente, la annulla o la disapplica. Non possiamo parlare di una alternativa tra incostituzionalità e disapplicazione, ma tra annullamento e disapplicazione, dunque sul piano degli effetti che conseguono alla previa rilevazione dell'incostituzionalità.

Un mese dopo il parere sui limiti delle competenze del tribunale Misto, il nuovo consigliere (che, lo ricordiamo, insediato nella sua funzione a gennaio 1951, da subito era stato investito di questioni di grande rilevanza giuridica), si trovò di fronte a una situazione ancora più complessa. In seguito agli scontri di tipo nazionalistico avvenuti tra il 6 e il 9 aprile 1951, egli fu incaricato di fornire una sua interpretazione sui limiti della libertà di riunione previsti dall'ordinamento tangerino. Il giorno successivo alla fine delle tensioni sociali, su richiesta



Nicola Catalano presso la Corte di Giustizia di Lussemburgo

dell'Amministratore della Zona, Catalano si pronunciò, sempre con equilibrio, sul tema delle riunioni politiche arrivando alla seguente conclusione, in base alle leggi e ai regolamenti in vigore: le riunioni in luoghi pubblici erano vietate in ogni caso mentre le riunioni pubbliche in luoghi privati potevano aver luogo solo in seguito all'autorizzazione dell'Amministratore⁴⁹. Dopo una settimana, il 17 aprile, Catalano elaborò un memorandum più articolato sulla legittimità di adottare misure per il mantenimento dell'ordine pubblico, la cui responsabilità ricadeva sul Mendoub e sull'Amministratore (sotto la vigilanza del Comitato di Controllo)⁵⁰.

Un'altra questione di caratura costituzionale, per quanto concerne il rapporto tra

le fonti del diritto, emerge circa il tema, nel merito secondario, dei ruoli nella Gendarmeria. Muovendo dai principi stabiliti nella conferenza parigina del 1923 – vero e proprio momento costituente della Zona – fino agli Accordi del 1945 concernenti Tangeri, il 25 settembre 1951 Catalano sostenne in maniera netta che nessuna modifica alle disposizioni stabilite dai trattati internazionali in vigore era ammissibile, se non in seguito a una nuova convenzione internazionale⁵¹.

La primauté des dispositions internationales sur les dispositions de droit interne est formellement affirmée par l'art. 11 du Dahir organique. Par conséquent toutes dispositions législatives (même adoptées par voie d'ordonnance, au sens de l'article 7 b de l'Accord de 1945) qui soit en contradiction d'une disposition internationale en vigueur, serait nulle et sans effet⁵².

3. Diritti e privilegi in un sistema semi-coloniale

Giovanni Artieri, inviato della *Stampa* a Tangeri, dopo un soggiorno in città nel giugno del 1949, riportò un resoconto fedele dell'amministrazione, delle sue caratteristiche e dei suoi limiti, proprio all'indomani dell'inizio del piano Marshall. La vecchia Europa era riprodotta in Africa, secondo l'inviato speciale, sotto un inconcepibile aspetto: fuori del piano Marshall ma anche fuori della «cortina di ferro».

Ciò che emerge nel reportage – dall'efficace titolo *Due grandi ombre dietro un ventaglio: le potenze a Tangeri* – oltre le conflittualità tra le forze dominanti, è la miseria in cui viene mantenuta la popolazione araba, che sembra beneficiare solo in piccola misura

della modernità della città e del suo dinamismo economico. «Gli arabi muoiono di fame, di tubercolosi, accecano per tracoma a Tangeri e nel Marocco esattamente come mille anni fa. Il novanta per cento dell'infanzia araba cresce nella sporcizia e nell'analfabetismo, la sua criminalità supera ogni paese del mondo, e via di seguito». Il lavoratore arabo infine era abbandonato alla più nera condizione schiavistica.

Gli unici che richiedevano un'effettiva internazionalizzazione della città a detrimento degli egoismi nazionali sono gli americani, che a loro volta difendevano i propri interessi commerciali. Gli inviati americani constatano come le potenze europee impiantatesi nella zona da quarantatré anni vi abbiano portato ricchezza e libertà ma riservandosele tutte per sé. Dietro il ventaglio della politica mediterranea ed europea delle nazioni presenti in Marocco e a Tangeri, si intravedono le silhouette colossali dell'America e della Russia: «siamo, come si vede, nel clima d'una lotta di influenze tra Stati sovrani su un territorio coloniale e sul piano d'una strategia politica pertinente all'epoca del «balance of powers», oggi, che, francamente ogni equilibrio tra le potenze è stato rotto da due guerre mondiali e tre rivoluzioni. Dietro il ventaglio della politica mediterranea ed europea delle Nazioni presenti nel Marocco e a Tangeri, giganteggiano le sagome esorbitanti dell'America e della Russia»⁵³.

Con la fine della Seconda guerra mondiale e il ripristino dell'amministrazione internazionale, il commercio locale continuava a essere retto dal principio della libertà ed eguaglianza economica, sancito dall'atto di Algeciras e confermato nell'art. 7 dello Statuto della Zona. Tale principio eccezionale non subì modificazione neppure

durante la guerra e fu rispettato dalle Autorità spagnole di occupazione, per evidenti ragioni politiche ed economiche. Ma già nel 1946 sorsero problemi legati soprattutto al contrabbando e alla riesportazione di beni verso altri Paesi lucrando sull'assenza di tariffe doganali⁵⁴. In particolare, alcuni importatori locali speculavano su merci di produzione statunitense (soprattutto automobili) giunte a Tangeri e subito rivendute in Spagna a un prezzo triplo di quello locale. Il Comitato di controllo decise che, senza derogare ai principi stabiliti dai Trattati, la riesportazione dei prodotti americani fosse subordinata a una licenza dell'Amministrazione internazionale, previo parere conforme dell'Addetto commerciale americano. Per salvaguardare le rispettive posizioni anche i rappresentanti dei governi spagnolo, inglese, francese e italiano chiesero di ricevere le medesime tutele⁵⁵.

Ricadute ancor più significative ebbe una vertenza tra Francia e Stati Uniti circa lo statuto giuridico in Marocco dei cittadini americani⁵⁶ sulla quale fu chiesto proprio a Catalano di fornire una nota esplicativa su un tema che andava di gran lunga al di là dei ristretti confini di Tangeri⁵⁷.

La situazione diplomaticamente controversa è riprodotta dalle diatribe giornalistiche dell'epoca: ai presunti sentimenti antifrancesi degli americani in Marocco presenti in un articolo apparso sul principale quotidiano francese, *Le Monde*, a firma di Jacques Guérif, rispose, sulle colonne de la *Dépêche Marocaine*, William Bird, per oltre 25 anni corrispondente a Parigi del *New York Sun* e in quel momento rappresentante a Tangeri del *New York Times*⁵⁸. Gli aiuti economici, legati al piano Marshall, per lo sviluppo dell'industria marocchina, che ammontavano, per la sola prima tranche,

a quattro milioni di dollari, dimostravano l'attaccamento dell'amministrazione americana alla politica economica e alle libertà politiche e civili nord-africane. La posta in gioco non era solamente economico-doganale, ma riguardava il futuro dei rapporti tra Stati Uniti, Paesi mediterranei, arabi e più in generale occidentali.

Oltre la stampa francese, quella marocchina e americana diede grande rilievo alla questione che andava ben oltre gli aspetti economici, ma riguardava la natura stessa dei rapporti tra potenze coloniali, o protettrici, e i diritti dei marocchini e di altre nazionalità presenti sul medesimo territorio⁵⁹.

La questione muoveva da due discussi provvedimenti francesi a tutela della propria posizione di privilegio sul territorio marocchino: nel settembre 1939, all'inizio della guerra e poco prima dell'occupazione spagnola del territorio di Tangeri, le autorità marocchine, chiaramente influenzate dal governo dell'Esagono, avevano adottato il principio della proibizione di tutte le importazioni non espressamente autorizzate a eccezione di quelle provenienti dalla Francia; il 30 dicembre 1948, sempre su iniziativa francese, venne promulgato a Rabat un Dahir che limitava le importazioni senza attribuzione di divise, dentro ristretti e precisi confini. Questo decreto andava a colpire in particolare le attività di un forte gruppo americano guidato dal potente imprenditore Robert Rodes, Presidente dell'*American Trade Association of Morocco* e della sezione locale dell'*American Legion*⁶⁰. Come conseguenza della politica economica francese, che mirava a contenere la presenza delle imprese commerciali americane in Marocco e la concentrazione di grandi capitali stranieri nella zona franca di Tangeri attraverso la politica dell'esclusiva o del protettorato, ve-

nivano lesi i diritti dei cittadini americani in Marocco, che invero erano giuridicamente garantiti dall'accordo capitolare marocchino-americano di Meknès del 16 settembre 1836, che tra l'altro conteneva la "clausola della Nazione più favorita", presente all'art. 14, che permetteva la parità di trattamento con la Francia⁶¹. Questa clausola, tuttavia, doveva considerarsi superata dalla firma dell'Atto di Algeciras che istituiva per il Marocco il regime della porta aperta sulla base dell'eguaglianza economica tra tutte le potenze firmatarie. Tale clausola, che sarà al centro della controversia giudiziaria, ad avviso dei francesi non poteva essere più invocata dagli Stati Uniti: in quel momento storico non era accettabile un regime preferenziale per gli Stati Uniti (ma, si deduce, lo era per la Francia).

Sembrano, scontrarsi, in sintesi, due posizioni politicamente antitetiche, basate tuttavia sul medesimo criterio giuridico: il rispetto dei trattati e del diritto internazionale, per gli americani in funzione antifrancese (l'accordo del 1836, per intenderci), per i francesi quelli successivi ad Algeciras miranti al superamento delle capitolazioni (ma che rafforzavano paradossalmente il predominio coloniale francese). Al principio della cosiddetta "porta-aperta", alla base della tesi americana, la Francia opponeva la Carta di Bretton-Woods (approvata anche dagli Stati Uniti) la quale autorizzava gli Stati a prendere le misure indispensabili alla difesa della loro economia e della loro moneta. Gli americani, dunque, forti dei diritti che avevano conservato – va detto gli unici – derivanti dai trattati in vigore riguardo al regime delle capitolazioni, protestarono energicamente contro l'atteggiamento francese.

Giunta tuttavia la disputa a un punto morto diplomatico, il governo francese,

in rappresentanza dell'Impero Sceriffiano, decise di adire la Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja, nell'ottobre 1950, su una questione che da "semplice" carattere giuridico-economico aveva assunto una rilevanza di politica internazionale. Una rilevanza tale che *Le Monde* si spinse a scrivere che non solo metteva in questione l'esistenza del Protettorato ma che la posizione stessa della Francia in Marocco dipendeva in gran parte dalla sentenza della Corte di giustizia⁶². Si trattava, va ricordato, della prima volta che il Governo degli Stati Uniti accettava l'arbitrato della Corte Internazionale di Giustizia.

La difesa americana si basava sul diritto alla libertà delle esportazioni in Marocco risultante dal patto di Algeciras, dall'estensione agli Stati Uniti, per effetto della clausola della nazione più favorita, dei privilegi accordati ad altri paesi da vari trattati. Inoltre, le convenzioni stipulate tra Stati Uniti e Marocco nel 1787 e nel 1836 garantivano la libertà dei traffici e dei commerci. Per di più, l'art. 2 del trattato anglo-marocchino di navigazione del 9 dicembre 1856 sanciva l'obbligo del Sultano del Marocco di abolire qualsiasi monopolio o proibizione sulle merci importate, a eccezione del tabacco, oppio, armi, munizioni ecc. Principio ribadito dall'art. 6 del medesimo trattato e dall'art. 49 di quello ispano-marocchino del 20 novembre 1861 che statuiva che non sarebbero stati proibiti in Marocco i prodotti di qualsiasi provenienza importati da sudditi spagnoli. La libertà delle importazioni era altresì garantita dall'art. 2 del trattato germano-marocchino del 1° giugno 1890. Infine, l'art. 4 della dichiarazione franco-britannica del 4 aprile 1904 aveva ribadito il principio della libertà commerciale, tanto in Egitto che in Marocco.

Basandosi su tutta questa normativa internazionale, la difesa americana contestò i provvedimenti (franco)marocchini del 1939 e del 1948 in quanto statuivano una discriminazione tra i prodotti francesi, liberamente importati, e i prodotti di ogni altro paese, dei quali invece era proibita l'importazione senza una licenza rilasciata dai funzionari della Potenza protettrice.

La Francia, quale nazione "protettrice", da un lato si reputava in diritto di godere una situazione di privilegio al di sopra dell'Atto di Algeciras e al contempo si basava sul medesimo Atto per negare a una delle Potenze firmatarie una posizione di speciale favore. La sua tesi è riassumibile nei seguenti termini: se ragioni contingenti hanno costretto la Francia a sospenderne temporaneamente l'applicazione, lo spirito dell'Atto vieta che si possano ammettere disparità di trattamento fra nazioni aventi gli stessi diritti⁶³. Quindi, se la politica economica della "porta aperta" ha dovuto per il momento venire sospesa, la nuova politica non può essere altro che quella della "porta chiusa" per tutti (ad eccezione dei francesi).

Per quanto riguardava la giurisdizione consolare, la difesa francese poneva in risalto che non esisteva un regime generale delle capitolazioni. Il privilegio americano di giurisdizione, secondo i francesi, doveva essere circoscritto, secondo gli artt. 20⁶⁴ e 21⁶⁵ del trattato del 1836 (lo stesso che prevedeva la clausola della nazione più favorita), entro i seguenti limiti: la competenza consolare in ordine alle controversie civili tra cittadini o protetti americani; nei processi penali nei quali un americano sia imputato, il console assiste al giudizio.

Accolta, in ordine all'interpretazione dell'art. 20 del trattato del 1836 la richiesta americana, la Corte dell'Aja la respinse per

quanto riguardava la giurisdizione mista. Al riguardo ritenne che i più estesi diritti in tema di giurisdizione consolare, consacrati dai trattati anglo-marocchino del 1856 e ispano-marocchino del 1861, fossero decaduti, per effetto della rinuncia ai privilegi ad essi relativi effettuata rispettivamente dalla Spagna nel 1914 e dalla Gran Bretagna nel 1937⁶⁶. In sintesi, secondo la Corte dell'Aja, la tesi americana della nazione più favorita avrebbe violato il principio di eguaglianza, perpetuando una situazione di discriminazione.

Può risultare di aiuto per comprendere questa situazione di impasse, con aspetti paradossali, una nota riservata del Console italiano a Casablanca redatta per il Ministro degli Affari esteri. Da essa si scopre che gli americani hanno ammesso, per vie confidenziali, di essere disposti in linea di principio a rinunciare alle capitolazioni, ma che non lo hanno fatto fino a quel momento per due ragioni: «l'esplicita richiesta del Sultano che nella particolare situazione dell'America in Marocco vede una garanzia contro il prepotere francese e il timore che, con la denuncia del trattato del 1836, l'ultimo baluardo in difesa della libertà di commercio finisca per cadere»⁶⁷. Anche i nazionalisti marocchini sposavano la causa americana per i comprensibili risentimenti verso la maggiore potenza "protettrice". In un comunicato, infatti, dove si ricordava il carattere "colonialista" dei privilegi francesi, si ricordava che la politica economica del Quai d'Orsay «rappelle à plus d'un titre le vieux système du Pacte Colonial, est contraire aux stipulations de l'Acte international d'Algésiras qui institue l'égalité économique de tous les signataires (y compris la France)»⁶⁸.

La sentenza della Corte Internazionale di Giustizia, emessa dopo una lunga

diatriba giuridica e politica, il 27 agosto 1952, stabili che i privilegi giurisdizionali rivendicati dagli americani risultavano unicamente dal trattato tra gli Stati Uniti d'America e il Marocco, firmato a Meknes nel 1836 e che pertanto il governo di Washington non aveva diritto di pretendere che l'applicazione delle leggi marocchine fosse condizionata al suo espresso consenso. Nessun trattato, continuava la Corte, conferiva agli Stati Uniti l'immunità fiscale per i cittadini americani e pertanto le tasse di consumo percepite in virtù del Dahir del 28 febbraio 1948 erano state percepite legalmente, escludendo la possibilità di un rimborso. Furono riconfermati i diritti politici che la Francia esercitava in Marocco e il suo Protettorato, e limitati i privilegi giurisdizionali dei cittadini americani e la loro pretesa di godere di un'immunità fiscale fu condannata. Tuttavia, sul fronte francese, la Corte respinse la tesi secondo la quale i cittadini americani avrebbero dovuto essere sottoposti al decreto della Residenza del 30 dicembre 1948, limitante a casi determinati il diritto di effettuare importazioni in Marocco senza attribuzione ufficiale in divise, e secondo cui tale decreto sarebbe stato conforme al regime economico applicabile in tale paese. Il decreto del 30 dicembre 1948 – quello, come si è visto maggiormente contestato dagli americani – veniva pertanto dichiarato in contrasto con gli impegni internazionali del Marocco, in quanto istitutivo di pratiche discriminatorie a favore dei francesi⁶⁹. Secondo le parole della Corte relative a quest'ultima parte della controversia:

L'arrêté résidentiel du 30 décembre 1948 dispense la France du contrôle des importations alors que les Etats-Unis y sont soumis ; de ce fait, il comporte une discrimination en faveur

de la France. Ce traitement différentiel est incompatible avec l'acte d'Algésiras, en vertu duquel les Etats-Unis peuvent revendiquer le droit d'être traités au Maroc aussi favorablement que la France, pour autant qu'il s'agit de questions économiques. Par conséquent, il y a lieu de rejeter les conclusions françaises selon lesquelles cet arrêté serait conforme au régime économique applicable au Maroc⁷⁰.

Si trattava in sintesi di conciliare due principi antitetici, quali il protezionismo e la parità di diritti: una quadratura del cerchio di difficile soluzione. Nella pratica le ricadute immediate della sentenza dell'Aja furono un maggiore afflusso delle merci americane, mentre per le altre nazioni, a partire dall'Italia e dai suoi non secondari interessi commerciali, la situazione non cambiava, restando la politica economica strettamente subordinata al beneplacito del Protettorato. Catalano, concorde con le posizioni dissenzienti emerse nel giudizio, secondo cui la tesi americana concernente la sussistenza della giurisdizione consolare piena sarebbe stata meritevole di accoglimento, colse il carattere di equilibrio della sentenza: «La diversa decisione di miglioramento può ritenersi decisione di compromesso, spiegabile dato l'accoglimento della principale pretesa americana e giustificabile con la ripugnanza a riconoscere la sussistenza di un sistema capitolare ormai storicamente sorpassato»⁷¹.

4. *L'Europa di domani: Catalano tra Tangeri e Lussemburgo*

In un documento dattiloscritto rinvenuto nelle carte d'archivio, non datato ma probabilmente coincidente con la partenza di Catalano da Tangeri per raggiungere a

Lussemburgo le nascenti istituzioni europee nell'estate del 1953, troviamo le tracce della sua idea di Europa radicata in Africa⁷². L'appunto – intitolato *Cooperazione economica e unità europea* – probabilmente destinato a essere utilizzato come discorso inaugurale del suo nuovo incarico, abbandonava i luoghi comuni sugli italiani e mostrava come l'esperienza di Tangeri avesse plasmato la sua coscienza di europeista e internazionalista. Esso mirava all'abolizione delle misure restrittive in materia economica per le differenti nazioni della Ceca. La liberalizzazione del commercio nel continente europeo era considerato il presupposto essenziale per una forte unità politica e, in prospettiva, per una difesa comune. Da questo punto di vista, l'Italia si trovava paradossalmente in una posizione di vantaggio. La sua debolezza storica e politica poteva diventare la sua forza.

Il fatto stesso di essere giunti, in ritardo – neppure un secolo fa – alla unità nazionale, che, peraltro, era già idealmente operante, nonostante l'artificiosa ripartizione politica in piccoli stati, ci aveva abituati a considerarci come sudditi di una provincia, ma cittadini di un paese più vasto, in cui eravamo accomunati da uguaglianza di interessi, di tradizioni, di aspirazioni, di civilizzazione. Lo stesso sentimento che animava – cento anni fa – piemontesi e napoletani rispetto all'Italia, ora, quasi naturalmente, mutati i termini di paragone in ragione del progredire dei tempi, anima gli italiani rispetto all'Europa ed al mondo intero⁷³.

I numerosi contatti che gli italiani hanno avuto con altri popoli, altre lingue e ambienti diversi hanno permesso loro di assimilare usi, costumi, modi di pensare e di agire di altre persone. L'esperienza, anzi secondo le sue parole «l'esperimento» tangerino, ha permesso a Catalano di riflettere sul ruolo dei popoli e sulla loro capacità

di convivenza:

A Tangeri è agevole a chiunque constatare come la nostra permeabilità alle esigenze della convivenza internazionale facilitino la inserzione della nostra numerosa attiva ed operosa colonia in un ambiente complesso ove si trovano a contatto varie mentalità, vari costumi, vari modi di vita. In Tangeri – interessantissimo vitale esperimento di convivenza internazionale – l'italiano si affiatava senza difficoltà, sa imporsi [cerchiato a matita blu] e, col tempo, rendersi gradito, sa far apprezzare, anche agli scettici, le sue qualità di lavoratore tenace ed estroso, smentendo i luoghi comuni del nostro "machiavelismo" [sottolineato a matita blu] e del nostro "mandolinismo" [sottolineato a matita blu]. La nostra partecipazione alla comunità tangerina può quindi, in definitiva, riuscire utile non solo a riconfermare il prestigio del nostro Paese, ma altresì all'affermazione di un più alto ideale di convivenza, collaborazione e cooperazione fra i popoli.

La circolazione e la mobilitazione dell'élite europea a Tangeri, di cui Catalano fu uno dei massimi rappresentanti, contribuirono, tra la guerra e la ripresa economica e, soprattutto, tra due continenti come l'Africa e l'Europa, allora meno distanti di oggi, alla costruzione di un ordine giuridico al di là delle Nazioni e delle gelose sovranità degli Stati: dalla Zona internazionale di Tangeri alla Zona internazionale d'Europa.

Lasciata Tangeri nel luglio del 1953, già alla fine del medesimo mese stese un parere su una risoluzione dell'Assemblea consultativa del Consiglio d'Europa⁷⁴. La sua idea di Unione europea, in statu nascenti, rappresenta una prosecuzione del bagaglio portato da Tangeri, fedele a un'idea di equilibrio tra rappresentanza federale e interessi nazionali, tra aspetti politici ed economici:

L'Europe – scriveva incisivamente nel 1961, in uno dei suoi ultimi pareri in qualità di giudice europeo – est la diversité. Se priver de cette ri-

chesse qui est représentée par la diversité particulière et le génie propre à chacun de peuples européens signifierait renoncer à une des plus grandes valeurs de la réalité européenne et ce serait en même temps tarir [leggesi trahir] une des sources les plus efficaces de la force européenne. Cette multiplicité entraîne une comparaison permanente et particulièrement féconde entre les peuples européens ; elle fait naître une concurrence qui est une source permanente de réalisations toujours plus élevées⁷⁵.

Tornando a Tangeri e alla sua dimensione cosmopolita, ovvero alla sua dimensione di proiezione degli interessi europei, americani e per giunta russi in Africa, lo scrittore e diplomatico francese Paul Morand, vissuto nella Zona (per fuggire alle accuse di collaborazionismo) negli anni Cinquanta, l'età d'oro della città, ne ha saputo cogliere la peculiarità e la prospettiva: Tangeri, finzione diplomatica⁷⁶, deve la sua libertà alle gelosie delle potenze... la città non doveva appartenere a nessuno⁷⁷. Tangeri – chiosava Morand con una formula che Catalano avrebbe sicuramente apprezzato – è un'immagine ridotta dell'Europa di domani⁷⁸.

- ¹ Interview with Michel Caudet, in HAEU, INT603; si veda A. Grilli, *Realizzare il sogno europeo: la nascita della "burocrazia" Comunitaria (1952-1965)*, in *Historia et Ius*, 2014; M. Erpelding, *Juristes internationalists, jurists mixtes, Euro-lawyers: l'apport de l'expérience semi-coloniale à l'émergence d'un droit supranational*, in *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2022.
- ² Assente la voce sia nel *Dizionario degli Italiani* sia nel pur esaustivo *Dizionario dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, 2013; nella rara letteratura alcuni cenni in Grilli, *Realizzare il sogno europeo* cit., che tuttavia ne sbaglia ripetutamente il nome proprio; si veda poi V. Fritz, *Juges et avocats généraux de la Cour de Justice de l'Union européenne (1952-1972). Une approche biographique de l'histoire d'une révolution juridique*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2018, pp. 197-202. Erpelding, *Juristes internationalists, jurists mixtes, Euro-lawyers*, cit.; A. Arena, A. Rosanò, Nicola Catalano (1910-1984): padre del rinvio pregiudiziale d'interpretazione e apostolo del primato del diritto comunitario, in *Eurojus*, 2024, pp. 89-105; T. Pavone, *Making the European Court Work: Nicola Catalano and the Origins of European Legal Integration*, in D. Gallo, R. Mastroianni, F.G. Nicola, L. Cecchetti, eds., *The Italian Influence on European Law: Judges and Advocates General, 1952-2000*, Bloomsbury, Londra, 2024.
- ³ Si veda l'elogio funebre del Presidente della Corte di giustizia europea, Lord Mackenzie Stuart, in HAEU, CJUE-2775.
- ⁴ Università degli Studi di Roma, Ufficio del personale, in ASDMAE Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POI/1/119, f. non numerato.
- ⁵ Durante la guerra i concorsi erano stati sospesi; si veda ASDMAE, *Amministrazione Internazionale Tribunale Misto, 1940-1954*.
- ⁶ Rapporto informativo, rilasciato dal l'Avvocatura dello Stato, rinvenibile in ASDMAE Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POI/1/119, f. non numerato.
- ⁷ Decreto presidenziale del 22 settembre 1944, in *Gazzetta Ufficiale*, 3 ottobre 1944, p. 382.
- ⁸ ASDMAE, *Consolato di Tangeri*, Busta (non inventariata), Amministrazione Internazionale Tribunale Misto, 1940-1954.
- ⁹ Cfr. il fascicolo personale di Giardiè conservato presso il CADN, 675PO/D/14; nell'aprile del 1952 venne sostituito da Edmond Vermeil, cfr. *Bulletin Officiel de l'Empire Chérifien - Protectorat de la République Française au Maroc*, 11 avril 1952, p. 551.
- ¹⁰ ASDMAE Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POI/1/119, Tanger, 23 giugno 1947.
- ¹¹ Su questa fondamentale figura di giurista e amministratore si veda ampiamente F. Tamburini, *L'internazionalizzazione di Tangeri nella politica estera italiana (1919-1956)*, Genova, ECIG, 2007, passim.
- ¹² CADN, 675PO/D/14, fascicolo personale di Cortina Mauri.
- ¹³ *Amministrazione internazionale provvisoria*, ASDMAE, Busta (non inventariata), *Consolato Tangeri, Zona Internazionale Tangeri, 1936-1950*, Fasc. 6, dove si trovano anche i curricula dei candidati italiani e di quello spagnolo.
- ¹⁴ ASDMAE Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POI/1/119, Fascicolo personale non numerato.
- ¹⁵ «Da un momento all'altro è possibile che si renda vacante per le dimissioni dello spagnolo Cortina, il posto di Consigliere Giuridico della Zona Internazionale. Le modalità della successione saranno, al caso, stabilite dal Comitato di Controllo. Il trattamento sarebbe di circa 125 mila franchi al mese, la durata dell'incarico probabilmente di tre anni. Al fine di tentarne l'eventuale candidatura converrebbe comun-
- que che mi fosse comunicato per telegrafo qualche nominativo di noto docente universitario o alto magistrato, qualificato anche per la perfetta conoscenza della lingua francese». Telegramma dal Consolato di Tangeri al Ministero degli affari esteri, del 23 giugno 1950, in ASDMAE, *Consolato di Tangeri, Busta (non inventariata), Amministrazione Internazionale Tribunale Misto, 1940-1954*.
- ¹⁶ *Avis de concours pour la couverture du poste de Conseiller Juridique de l'Organisme International de la Zone de Tanger (Administration, Assemblée Législative et Comité de Contrôle)*, ottobre 1950, ivi.
- ¹⁷ In una lettera, catalogata come "riservata", del Direttore generale del Ministero degli affari esteri al Console a Tangeri, si esprimeva la preferenza per Dall'Asta, ivi.
- ¹⁸ Cfr. ASDMAE Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POI/1/119, f. 11.
- ¹⁹ Ivi, f. 12.
- ²⁰ Ivi, foglio unico.
- ²¹ Lettera del Direttore generale degli affari politici del Ministero degli affari esteri al Console generale d'Italia a Tangeri, Corrado Baldoni, 18 ottobre 1950, ivi.
- ²² Così in un telegramma del 14 ottobre 1950, dal Consolato generale d'Italia a Tangeri al Ministero, ivi.
- ²³ CADN, 675PO/D/14, fascicolo personale di Catalano.
- ²⁴ ASDMAE, *Amministrazione Internazionale Tribunale Misto, 1940-1954*.
- ²⁵ Si veda il fascicolo personale di Catalano conservato presso il CADN, 675PO/D/14.
- ²⁶ *Procès-verbal de la Commission du Comité de Contrôle du 24 octobre 1950*, in CADN, 675PO/D/14, fascicolo personale di Catalano.
- ²⁷ ASDMAE, *Consolato di Tangeri, Busta (non inventariata), Amministrazione Internazionale Tribunale Misto, 1940-1954*.
- ²⁸ Telegramma inviato il 12 ottobre 1950, ASDMAE, *Amministrazione Internazionale Tribunale Misto*,

1940-1954.

²⁹ *La Dépêche Marocaine*, 1 mai 1949; si veda anche, sul medesimo giornale del 3 maggio, la richiesta di rettifica del Ministro degli esteri spagnolo, Cristobal de Castillo.

³⁰ CADN, 675PO/D/14, fascicolo personale di Cortina Mauri.

³¹ In una minuta manoscritta di Catalano al Ministro, del 22 dicembre 1950, si legge: «Le confermo, poi, che – salvo imprevisti – giungerò a Gibilterra il 16 gennaio. Proseguirò immediatamente per Tangeri», ivi.

³² Cfr., per esempio, il giornale locale in lingua spagnola *Cosmopolis*, di gennaio e marzo 1951, dove si lamentava, in particolare in un articolo dal titolo eloquente *El régimen del silencio*, del 14 marzo, la poca trasparenza e la scarsa reattività dell'attività legislativa tangerina, individuando in Catalano un obiettivo polemico.

³³ Cfr. il documento classificato come "riservatissimo", *Rassegna delle principali questioni di politica estera* a cura del Ministero degli Affari Esteri (1952), in ASDMAE, *Consolato Tangeri, Rapporti politici*, [Busta non inventariata], f. 22.

³⁴ P. Cortina Mauri, *L'art. 7 du Statut et le principe de la liberté économique*, Tangeri, 4 août 1948, in ADMAE, Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POL/1/119.

³⁵ Ivi, p. 4.

³⁶ Ivi, p. 5.

³⁷ Pavone, *Making the European Court Work*, cit.

³⁸ P. Cortina Mauri, *Órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes*, parere dattiloscritto del 4 febbraio 1949, in ADMAE, Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POL/1/119, Fascicolo personale non numerato

³⁹ Ivi, p. 2.

⁴⁰ Ivi, p. 3.

⁴¹ Ivi, pp. 5-6.

⁴² Ivi, p. 8.

⁴³ N. Catalano, *Limites de la compétence du Tribunal mixte de la Zone de Tanger*, Testo dattiloscritto, re-

datto a Tangeri il 13 febbraio 1951, in ADMAE, Maroc, *Comité de contrôle de la Zone Internationale de Tanger*, 1925-1956, 29POL/1/119, Fascicolo personale non numerato.

⁴⁴ Ivi, p. 1, sottolineato nel testo.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Erpelding, *Juristes internationalistes, juristes mixtes*, Eurolawyers: cit.

⁴⁷ Catalano, *Limites de la compétence du Tribunal mixte*, cit., p. 3.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ ASDMAE, Zona Internazionale di Tangeri, 1950-1952, Politica [Busta non inventariata], Fasc. 5, Comitato di controllo. *Manifestazioni nazionaliste a Tangeri del 30 marzo 1952 e successivi incidenti con la polizia della Zona*.

⁵⁰ N. Catalano, *Adoption des mesures pour le maintien de l'ordre public*, 10 aprile 1951, *Ibidem*.

⁵¹ Id., *Création d'un deuxième poste de Commandant-Adjoint de la Police*, 25 settembre 1951, *Ibidem*.

⁵² Ivi, p. 6.

⁵³ *La Stampa*, 21 luglio 1949, p. 3.

⁵⁴ ASDMAE [Busta non inventariata], Consolato Tangeri, Riservato: contrabbando di sigarette e traffico di armi (1936-1962).

⁵⁵ Nota riservata per il Ministero degli affari esteri del 21 marzo 1947, in ASDMAE, [Busta non inventariata], Consolato Tangeri, Rapporti politici, dalla M alla Z; Corte dell'Aja (1952-1954), f. 16.

⁵⁶ ASDMAE [Busta non inventariata], Consolato Tangeri, Rapporti politici, dalla M alla Z; Corte dell'Aja (1952-1954), ff. 15-16.

⁵⁷ N. Catalano, *La controversia franco-americana avanti la Corte dell'Aja*, in ASDMAE [Busta non inventariata], Consolato Tangeri, Rapporti politici, dalla M alla Z; Corte dell'Aja (1952-1954), f. 16.

⁵⁸ *La Dépêche Marocaine* del 5 e 6 febbraio 1950.

⁵⁹ Si veda per esempio il più noto giornale marocchino francofono *La Dépêche Marocaine* del 5, 6 febbraio, 28, 29 e 30 ottobre e del 1 novembre 1950; *La Tribune de Tanger* del 4 novembre 1950;

⁶⁰ Un sintetico resoconto è offerto da Esteri. *Quindicinale di politica estera*, III (1952), pp. 11-12.

⁶¹ «The commerce with the United States, shall be on the same footing as is the commerce with Spain, or as that with the most favoured nation for the time being; and their citizens shall be respected and esteemed, and have full liberty to pass and repass our country and sea-ports whenever they please, without interruption».

⁶² *Le Monde*, 22 febbraio 1952.

⁶³ *Nota del Consolato d'Italia a Casablanca*, 20 dicembre 1950, in ASDMAE [Busta non inventariata], Consolato Tangeri, Rapporti politici, dalla M alla Z; Corte dell'Aja (1952-1954), f. 15, p. 2.

⁶⁴ «Si des citoyens ou protégés des Etats-Unis ont entre eux un différend, le consul statuera entre les parties; et chaque fois que, pour l'exécution de ses décisions, le consul demandera l'aide ou l'assistance de notre Gouvernement, celles-ci lui seront immédiatement fournies».

⁶⁵ «Si un citoyen des États Unis tue ou blesse un Maure ou si, à l'inverse, un Maure tue ou blesse un citoyen des États Unis, la loi du pays s'appliquera et justice égale sera rendue, le consul assistant au procès; au cas où un délinquant s'échapperait, le consul n'en sera responsable en aucune manière».

⁶⁶ Catalano, *La controversia franco-americana avanti la Corte dell'Aja*, cit., p. 20.

⁶⁷ *Nota del Consolato d'Italia a Casablanca*, 20 dicembre 1950, cit., p. 3.

⁶⁸ Ivi, p. 4.

⁶⁹ *Nota del Ministero degli Affari esteri sul Verdetto della Corte dell'Aja sul Marocco*, 8 novembre 1952, ivi.

⁷⁰ Sentenza riportata ivi.

⁷¹ Catalano, *La controversia franco-americana avanti la Corte dell'Aja*, cit., p. 20, p. 26.

⁷² ASDMAE, *Amministrazione Internazionale Tribunale Misto*, 1940-1954.

⁷³ Ivi.

⁷⁴ *Note au sujet de la résolution 31 de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe*, 30 juillet 1953, in HAEU, CECA_REEX-112, f. 116.

⁷⁵ N. Catalano, *Les pouvoirs de l'Assemblée parlementaire européenne*, del 1961, documento dattiloscritto, in HAEU, CECA_SEJU-610, f. 17.

⁷⁶ Cfr. G. Bowd, "Retrouver l'avenir impossible": Paul Morand in Tangier, *Dalhousie French Studies*, vol. 80, 2007, pp. 123-133.

⁷⁷ P. Morand, *L'enlèvement d'Europe*, in «Écrits de Paris», 1952, pp. 22-29.

⁷⁸ Id., *L'Eau sous les ponts*, Paris, Grasset, 1954, pp. 231-233.

Il paradigma della politica burocratica. Il caso del Segretario generale della Presidenza della Repubblica (1948-1955)

LORENZO CASTELLANI, GIAN MARCO SPERELLI

Il paradigma della politica burocratica: una "tipizzazione" del Segretario generale. Cenni introduttivi

Il Segretariato Generale e, di riflesso, le figure dei segretari generali della Presidenza della Repubblica rimangono ancora oggi un campo di analisi pressoché inesplorato nella storia delle istituzioni politiche. Nelle numerose opere relative alla storia della Presidenza della Repubblica e degli inquilini del Quirinale, pubblicate nel corso degli ultimi anni¹, questo *grand commis d'État*, pur centrale nelle dinamiche dell'istituzione, è rimasto ai margini della trattazione². Il contesto politico, la tipizzazione giuridica, le vicende biografiche dei Capi dello Stato occupano quasi tutto lo spazio storiografico fino ad oggi esplorato relativo alla Presidenza della Repubblica. Anche le opere recenti più complete³ dedicano uno spazio limitato al punto di riferimento della burocrazia quirinalizia. Eppure l'analisi delle carte d'archivio mostra come fin

dal principio della Repubblica il ruolo del Segretario Generale sia stato di grande influenza per vari fattori: il lavoro quotidiano e a stretto contatto con il Presidente della Repubblica; l'elevata qualità tecnica delle figure che hanno ricoperto questo incarico; la vastissima ramificazione di contatti e relazioni che il Segretario generale è in grado di intessere con il sistema politico-istituzionale; la capacità di reperire informazioni, elaborarle e presentarle al Capo dello Stato, spesso consigliando decisioni e posizioni da assumere. Tanto che agli occhi dello storico delle istituzioni questa figura assume un aspetto ibrido. Da un lato i Segretari Generali rientrano nella tassonomia dell'alta burocrazia e in qualche modo sono tipizzabili sul piano biografico e professionale; dall'altro però è evidente che l'azione della gran parte di essi non sia stata soltanto amministrativa quanto politica, elemento che appunto sembra far cadere la figura del segretario generale del Quirinale nella categoria analitica della politica burocratica. Come in altri casi di alta burocrazia, si pensi

ad esempio ai *permanent secretaries* del *civil service* britannico, il Segretario Generale esercita un potere di mediazione politica tra la Presidenza della Repubblica e le altre istituzioni e di consiglio nei confronti del Capo dello Stato stesso.

Entro questa cornice il presente articolo si pone il raggiungimento di tre finalità: fornire una tipizzazione della figura del Segretario Generale della presidenza della Repubblica sulla base delle coordinate biografiche e professionali di chi ha occupato questo ruolo; ricondurre tali figure al paradigma della politica burocratica, evidenziando il ruolo tecnico-politico del Segretario; analizzare attraverso l'utilizzo di fonti primarie lo sviluppo e l'influenza "politica" del ruolo del Segretario della Presidenza della Repubblica nel corso del primo settennato einaudiano, prendendo in considerazione i primi due Segretari del Quirinale dal 1948 al 1955: Ferdinando Carbone e Nicola Picella.

In tale prospettiva, è importante soffermarsi innanzitutto sulla genesi del segretariato generale⁴. Nelle intenzioni del legislatore, con la legge n. 1077 del 9 agosto 1948, istitutiva del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, venne di fatto riesumato e riadattato il Ministero della Real Casa di origine monarchica. Il precedente legislativo era la legge 14 novembre 1901 con la quale il governo Zanardelli-Giolitti aveva imposto al giovane re Vittorio Emanuele III, chiamato a succedere ancora inesperto al padre Umberto I dopo il regicidio di Monza, una specie di tutoraggio. Sulla base di questo precedente, pensando di creare una sorta di limitazione ai poteri del capo dello Stato, venne deciso che la nomina del Segretario generale, ferma restando la libertà di scelta del personaggio,

sarebbe avvenuta con un decreto congiunto del capo dello Stato controfirmato dal presidente del Consiglio, e in precedenza discusso e approvato dal governo in seduta plenaria. Al di là della delicatezza dei compiti, questa complicata e solenne procedura è alla base della autorevolezza istituzionale del Segretario generale del Quirinale e ha rappresentato negli anni un aspetto fondamentale nel delicato equilibrio dei rapporti tra gli costituzionali dello Stato.

De Nicola aveva solo una provvisoria Casa civile e il presidente un Gabinetto affidato a Umberto Collamarini. Poi, dal 1948 ad oggi, si sono succeduti nell'incarico dieci Segretari generali: Ferdinando Carbone e Nicola Picella con Luigi Einaudi, Oscar Moccia con Giovanni Gronchi, Paolo Strano con Antonio Segni, ancora Nicola Picella con Giuseppe Saragat e, in parte, con Giovanni Leone, Franco Bezzi nella fase finale del mandato di Leone, Antonio Maccanico con Sandro Pertini e, in parte, con Francesco Cossiga, Sergio Berlinguer con Francesco Cossiga, Gaetano Gifuni con Oscar Luigi Scalfaro e Carlo Azeglio Ciampi, Donato Marra con Giorgio Napolitano e Ugo Zampetti con Sergio Mattarella. Non è irrilevante notare che su dieci Segretari generali cinque provengono dalla carica di segretario generale della Camera o del Senato (Picella, Bezzi, Maccanico, Gifuni e Marra), uno dall'Avvocatura dello Stato (Carbone), due prefetti (Moccia e Strano) e un ambasciatore (Berlinguer). Due sono gli elementi biografici comuni di grande interesse: il primo è che tutti e dieci i segretari generali sono laureati in Giurisprudenza, un dato che in oltre settant'anni di Repubblica non è mai cambiato; il secondo è legato alla provenienza geografica: al netto del sardo Berlinguer e del ligure Bezzi,

gli altri otto segretari generali provengono da Roma o dalle regioni meridionali. Possiamo dunque concludere che il Segretario Generale della Presidenza della Repubblica esprime una tipologia di élite con tratti piuttosto specifici, cioè si tratta di giuristi di alto profilo provenienti dalla carriera burocratico-parlamentare, prefettizia, diplomatica e giudiziaria, tendenzialmente di provenienza centro-meridionale. Sono tratti che si sovrappongono alle tradizioni dell'amministrazione pubblica e giudiziaria italiana nell'ultimo secolo dove giuristi e uomini del sud tendono a prevalere nei ranghi apicali dello Stato⁵.

Come si argomentava nell'introduzione, la figura del Segretario generale della Presidenza della Repubblica s'iscrive entro quella enclave dell'alta amministrazione che esercita una funzione anche politica. In questo ruolo, funzione amministrativa e funzione politica s'intrecciano vicendevolmente⁶. Per questo motivo sembra possibile ricondurre il segretariato generale nel novero delle cosiddette burocrazie politiche. Dagli anni Settanta infatti gli scienziati della politica discutono del ruolo politico della burocrazia, punto di approdo di una riflessione che si è snodata per l'intero ventesimo secolo. Le radici intellettuali del modello di politica burocratica possono essere ricondotte a tre filoni di studi: al campo della pubblica amministrazione o della scienza amministrativa in generale, al primo studio sistematico del processo decisionale in politica estera e agli studi classici che esaminavano il ruolo della politica interna nel processo decisionale pubblico. Negli anni venti e trenta, all'epoca in cui il campo della pubblica amministrazione era dominato dal management scientifico e dai sostenitori della separazione tra politica e

amministrazione, il lavoro pionieristico di Herring riconobbe e accettò il ruolo politico dei burocrati⁷. Basandosi sulla propria esperienza di governo durante la seconda guerra mondiale, gli studiosi del dopoguerra divennero sempre più scettici sulla separazione tra politica e amministrazione come descrizione della realtà e prescrizione per l'azione. Kozak scrive: «Fu da questa reazione avversa alla dicotomia politica-amministrazione che nacque il paradigma della politica burocratica»⁸. Ad esempio, Appleby e Long⁹ hanno sottolineato l'importanza del potere discrezionale, del più ampio processo politico e del coinvolgimento dei burocrati e delle loro strutture nella formulazione delle politiche, nonché nell'attuazione. Questi temi sono stati sviluppati ulteriormente e in modo più rigoroso negli anni '50, '60 e all'inizio degli anni '70 dai teorici della pubblica amministrazione che hanno scritto sulla politica burocratica. Snyder, Bruck e Sapin sottolineavano che gli individui e il contesto organizzativo sono importanti, scrivendo: «chi viene coinvolto in una decisione, come e perché è essenziale per una spiegazione del perché i decisori hanno deciso nel modo in cui hanno fatto»¹⁰. Ne discende che le azioni dei decisori devono essere comprese alla luce di tre fattori: sfere di competenza, comunicazione e informazione e motivazione del coinvolgimento. L'importanza dei singoli decisori, dei fattori organizzativi e del processo politico è stata presto messa in evidenza in modo significativo nella ricerca relativa alle politiche pubbliche e alla politica estera¹¹. Per questi studiosi, l'essenza del *policy making*, cioè perché gli Stati fanno ciò che fanno, di cui la burocrazia professionale era attore fondamentale, si fondava su motivazioni politiche piuttosto che un'a-

nalisi razionale costi-benefici come avrebbe voluto la vecchia tradizione degli studi di scienza amministrativa.

Come si vede da un esame della letteratura relativa alla burocrazia politica è possibile ascrivere ad essa la figura del Segretario generale della Presidenza della Repubblica. Egli agisce all'interno di un contesto politico (impostazione esterna); si relaziona con il Capo dello Stato e i suoi altri consiglieri (impostazione interna); sceglie, sulla base di valutazioni personali, strategie, strumenti e norme all'interno e all'esterno dell'istituzione (fattori organizzativi-individuali), egli può inoltre far valere nel suo lavoro la posizione unica all'interno del sistema istituzionale italiano (proprietà situazionale). Insomma, come ha ben sintetizzato Guido Melis «quello del segretario generale è stato ed è ancora un mestiere peculiare, senza regole precise [...]. È affidato alla discrezione di chi riveste quella responsabilità, al suo stile personale nell'interpretare la funzione. Non è solo il capo dell'amministrazione, una specie di passacarte: è in realtà anche un risolutore di problemi, spesso dotato di intuito politico così da esercitare un'invisibile azione quasi di tutor del presidente»¹². Il Segretario Generale è, in altri termini, forse l'espressione e l'incarnazione più alta e decisiva della burocrazia politica in Italia.

Il ruolo del Segretario generale nella definizione della politica del Quirinale dal 1948 al 1954: l'era di Ferdinando Carbone

In base alla delega prevista all'art.11 della legge n. 1077 del 1948¹³, l'ufficio legislativo del segretariato, plasmato dal primo Segre-

tario generale Ferdinando Carbone¹⁴, predispose lo schema normativo per il decreto, emanato dal Presidente della Repubblica Einaudi, che concluse l'iter di istituzionalizzazione della macchina burocratica quirinalizia (DPR 21 aprile, n. 412). Sulla base delle disposizioni contenute nel decreto, si affrontò organicamente il delicato compito di regolare il ruolo e la posizione del personale proveniente dall'amministrazione della ex Real Casa ed amministrato fino alla istituzione del Segretariato generale dal Commissariato, creato con il decreto legislativo 19 giugno, n. 3. Il processo di ricollocamento del personale del "vecchio Quirinale" si concluse definitivamente nel 1953, con un parziale assorbimento dei dipendenti nelle strutture del neonato Segretariato e, in misura maggiore, con un dirottamento presso altre amministrazioni centrali dello Stato: Finanze, Pubblica Istruzione, Agricolture e Presidenza del Consiglio¹⁵. Un'istituzionalizzazione dai tratti "minimalisti" ed improntata certamente alla sobrietà, che risentì evidentemente dello stile presidenziale del primo inquilino del Quirinale nell'età repubblicana¹⁶.

Non mancarono ad ogni modo significative innovazioni nella macchina amministrativa della Presidenza della Repubblica, come ad esempio la creazione di un apposito Ufficio stampa, reso operativo sin dall'atto fondativo del Segretariato generale. Presso l'Amministrazione della Real Casa e presso gli uffici del Capo provvisorio dello Stato De Nicola, non esisteva, infatti, un Ufficio Stampa e le mansioni ad esso pertinenti erano seguite da altri servizi. Ideato inizialmente come semplice organo ricettivo, l'ufficio assunse progressivamente nel corso del settennato un ruolo sempre

più centrale nella gestione e nella raccolta di informazioni, utili nel dare al Presidente Einaudi una panoramica di ampio spettro sulla evoluzione del quadro politico su scala nazionale ed internazionale. L'Ufficio stampa prestò particolare attenzione, sin dalla sua creazione, alla cura costante dei rapporti con gli organi d'informazione, in virtù del grande interesse mediatico suscitato dal Capo dello Stato per la sua crescente partecipazione a cerimonie pubbliche ed eventi istituzionali. Pur essendo stato ricordato dalla storiografia come un Presidente schivo e poco avvezzo ad una eccessiva esposizione mediatica¹⁷, già a partire dal settennato einaudiano venne dunque collaudato e consolidato l'apparato comunicativo del Quirinale, con lo scopo sia di mettere in risalto la popolarità della prima carica dello Stato e, in maniera più generale, l'Istituto repubblicano sia di recapitare, quando ritenuto necessario, messaggi alla stampa sull'orientamento del Presidente della Repubblica rispetto alle questioni di attualità politica¹⁸.

L'insediamento della nuova amministrazione burocratica presso il Quirinale, seguita con attenzione da Carbone, si intersecava inoltre con il delicato compito di inquadrare il ruolo del Capo dello Stato nel neonato ordinamento repubblicano. Il Segretario generale non casualmente si interrogava su numerose questioni – apparentemente di mera natura dottrinarie – sulla collocazione dell'inquilino del "Colle" nei suoi rapporti istituzionali con il Parlamento e l'esecutivo. A sollevare i dubbi maggiori di Carbone era la funzione del Presidente della Repubblica nel corso dei lavori parlamentari, come testimoniato da alcune riflessioni nel suo scambio epistolare col Presidente Einaudi, in occasione della ri-

apertura delle Camere dopo la pausa estiva il 14 settembre 1948¹⁹:

Piuttosto, la riapertura delle Camere, in un'atmosfera, per giunta, tutt'altro che tranquilla, mi sembra renda meritevole di seria meditazione il problema – sul quale non ci si era soffermati – della presenza del Capo dello Stato a Roma durante i lavori parlamentari. La consuetudine del Re – esasperata dal Capo provvisorio dello Stato on.le De Nicola – di essere sempre presente a Roma durante detti lavori è un dato obiettivo, dal quale, per quante ricerche bibliografiche abbia fatto, non sono riuscito [...] a vedere identificato il razionale fondamento.[...] Dalle conclusioni alle quali perviene il mio appunto [...] scaturiscono pedissequa queste conseguenze: - che il Capo dello Stato dovrebbe, per omaggio alle Camere, essere presente nella capitale il giorno di inizio dei lavori parlamentari; - che durante i lavori il Capo dello Stato potrebbe allontanarsi dalla capitale per non oltre tre giorni, termine necessario per mettere in discussione la mozione attraverso la quale soltanto può essere revocata la fiducia al Governo e determinarsi una crisi; - che alla presenza nella capitale sarebbe naturalmente da equipararsi quella in località quale, a cagion d'esempio, Caprarola²⁰.

Il ruolo del Segretario generale nel primo biennio repubblicano non si limitò, tuttavia, a quello di eminente consigliere giuridico – seppur utilissimo nelle prime fasi di istituzionalizzazione della Presidenza della Repubblica nell'ordinamento costituzionale –, bensì si esplicò anche nel delicato e discreto lavoro di tessitura dei rapporti tra il Quirinale e il governo, ma anche con la stessa maggioranza parlamentare centrista²¹. L'azione del Capo dello Stato, coadiuvato da Carbone, si dispiegò in misura crescente a partire dalla nascita del VI Governo De Gasperi nel gennaio 1950. Attraverso la mediazione dello stesso Carbone, il Presidente Einaudi intervenne per smentire in maniera piuttosto polemica qualsiasi coinvolgimento della prima carica dello Stato in

un progetto di alleanza politica tra i liberali, fuoriusciti dalla maggioranza governativa, e le destre antisistema, rappresentate dal Msi e dai monarchici. Secondo una indiscrezione riportata il 21 marzo 1950 dal corrispondente in Italia del *Journal de Genève*, Livio Magnani, il Presidente della Repubblica avrebbe avallato l'operazione politica in occasione di un incontro avuto con il segretario del partito liberale Villabruna²². A Carbone venne affidato il compito di esternare al corrispondente romano la dura reprimenda dell'inquilino del Quirinale in un biglietto confidenziale, respingendo di fatto al mittente le insinuazioni sull'interferenze del Presidente nell'evoluzione del sistema politico:

Poiché il dott. Magnani fu, se la memoria non inganna, ricevuto al Quirinale potrebbe comunicargli a voce: 1) che la natura dell'incontro di Villabruna col presidente a Rapallo (od in qualsiasi altro luogo) è follia; 2) che l'on. Villabruna fu ricevuto in udienza al Quirinale. L'unica esigenza di cui si fece carico il Presidente è che i partiti i quali intendono partecipare a compagini di governo debbano muoversi nel quadro della Costituzione²³.

In realtà, il sostegno di Einaudi alla compagine centrista guidata da De Gasperi non venne mai meno e, a partire dalla presentazione della riforma agraria, andò addirittura a rafforzarsi. Il segretario generale Carbone fu il discreto ed abile tessitore di questo legame diretto tra il Viminale, allora sede della Presidenza del Consiglio, e il Quirinale, come testimoniato da un significativo passaggio di una lettera indirizzata al Capo dello Stato nel luglio del 1950 a ridosso della pausa estiva delle Camere, in cui lo statista trentino raccomanda a Carbone di predisporre «un sicuro collegamento telefonico», tale da far ricevere al Capo del-

lo Stato «qualsiasi comunicazione urgente [...] entro due ore al massimo»²⁴. Com'è ben noto, l'estate del 1950 fu un *turning point* non solo per la storia della Guerra fredda, a seguito dello scoppio del conflitto in Corea, ma anche per la stagione centrista alla luce della svolta riformista impressa con vigore dalla coalizione governativa²⁵. L'intensificarsi dei contatti diretti con il Quirinale non riguardava esclusivamente il Presidente del Consiglio, ma anche gli altri ministri, in modo particolare con il titolare del dicastero della Difesa, il repubblicano Pacciardi, dinanzi alla necessità del riarmo del Paese come conseguenza immediata del protrarsi della guerra di Corea. Ancora una volta fu Carbone a svolgere il ruolo di intermediario delle richieste di Pacciardi al Presidente Einaudi:

[...] Dal ministro Pacciardi mi perviene, con viva preghiera di sottoporlo d'urgenza alla sua firma, l'unito decreto di autorizzazione alla presentazione al Parlamento del disegno di legge relativo allo stanziamento di 50 miliardi per il potenziamento del paese. A giustificare l'urgenza il ministro Pacciardi adduce di dover presentare detto disegno in occasione della discussione, che avrà inizio l'11 o il 12 corrente, del bilancio della Difesa dinanzi alla Camera dei deputati²⁶.

L'implementazione del programma di governo si intrecciava parallelamente con il percorso attuativo del dettato costituzionale, in modo particolare attorno alla creazione delle Regioni a statuto ordinario e della Corte costituzionale. Quest'ultima sarà, per molti aspetti, il vero pomo della discordia tra il Quirinale e il governo dal 1951 fino all'istituzione della Consulta, varata con la legge ordinaria n. 87 del 1953. Si trattò di un banco di prova sull'equilibrio dei poteri tra l'esecutivo e la Presidenza della Repubblica, in una fase di consolidamento dei mec-

canismi di regolazione della governabilità del sistema politico. Per De Gasperi, com'è stato ampiamente dimostrato dalla storiografia²⁷, si correva evidentemente il rischio della paralisi decisionale del neonato regime repubblicano inseguendo una frettolosa attuazione del dettato costituzionale²⁸. Il *casus belli*, esploso il 14 marzo 1951 in occasione della discussione degli articoli della legge istitutiva della Consulta, fu la presentazione da parte del deputato democristiano Fumagalli di un articolo aggiuntivo: «i giudici della Corte costituzionale la cui nomina spetta al Presidente della Repubblica sono nominati con decreto emanato su proposta del ministro di Grazia e Giustizia»²⁹. Evidentemente tale proposta si muoveva in una prospettiva volta a depotenziare la funzione – per dirla con un'icastica definizione coniata successivamente da Paolo Barile³⁰ – di *indirizzo politico costituzionale* del Capo dello Stato. Il pericolo di impasse apparve immediatamente, con il rischio di un conflitto politico ad alta intensità tra l'esecutivo e il Quirinale. La traccia di questo scontro inter-istituzionale venne riportata in una missiva inviata da Carbone al Presidente Einaudi il 25 marzo 1951. Il Segretario generale sottolineò in modo particolar modo i presunti malumori che percorrevano la maggioranza centrista e, più specificamente, la Democrazia cristiana dopo la presentazione dell'emendamento Fumagalli. Di queste tensioni se ne fece "portavoce" persino il Presidente della Camera Gronchi:

[...] ricevei la telefonata di Gronchi: desiderava vedermi subito. Ci incontrammo, infatti, ieri sera. Entrato, dopo brevi preamboli, senz'altro in argomento dichiarando di essere "seriamente inquieto" per la "estrema gravità" dell'accaduto. Non vi era ormai più dubbio [...] circa la volontà decisa di trasformare il partito in regime. De Gasperi – a suo avviso – sarebbe stato non solo

consapevole, ma addirittura ispiratore del colpo. Al Gruppo parlamentare D.C. non sarebbe stato fatto (il che, se vero, sarebbe assai importante) verun cenno dell'emendamento Fumagalli presentato di sorpresa³¹.

Il testo emendato fu approvato a Montecitorio, il 16 marzo 1951, con 243 voti favorevoli e 146 contrari, riportando così ancora una volta la legge istitutiva della Consulta ad un nuovo esame del Senato nel corso del 1952. A Palazzo Madama il dibattito si infiammò tutt'altro che casualmente sull'art. 4, relativo alla procedura, emendata nel testo varato alla Camera, dei componenti nominati dal Capo dello Stato. Il Senato modificò nuovamente il meccanismo di designazione dei giudici, eliminando il riferimento nel decreto presidenziale della proposta del Guardasigilli: «pur restando la previsione della controfirma ministeriale»³². Prima dell'ultimo e decisivo passaggio del testo alla Camera, il 18 febbraio si svolse un delicatissimo incontro al Quirinale tra il ministro della Giustizia Zoli e il Presidente Einaudi assieme al Segretario generale Carbone. Si trattò a tutti gli effetti di un *redde rationem* tra la Presidenza della Repubblica e la compagine governativa guidata da De Gasperi:

[...] Zoli: «nella maggioranza forti correnti favorevoli a ritorno a formula Camera. Su proposta del Presidente del Consiglio o altro compromesso». Einaudi: «è bene sia chiaro che non posso accedere ad alcuna formula diversa da quella del Senato. Se la legge giunge sul mio tavolo con questa formula, sarà promulgata senz'altro. Se con formula diversa, invierò al Parlamento, con invito a nuovo esame. Ove, in conseguenza del nuovo esame, la formula sia quella del Senato, seguirà subito la promulgazione. Se diversa, pregherò il Presidente della Camera di convocare in seduta comune i membri delle due Camere affinché si proceda alla nomina di un nuovo Presidente, il quale possa, ove lo creda, tempestivamente pro-

mulgare la legge; cosa che non intendo fare, per il dovere di trasmettere intatti al successore i poteri stabiliti dalla Costituzione»³³.

La formulazione dell'art. 4, com'è noto, rimase quella varata dal Senato a seguito dell'approvazione definitiva della legge, prevedendo la nomina dei cinque giudici spettanti al Capo dello Stato con un decreto presidenziale controfirmato dal Presidente del Consiglio. Lo scontro inter-istituzionale tra il "Quirinale" e il "Viminale" (allora sede della Presidenza del Consiglio) aveva evidenziato, da un lato, la volontà einaudiana di preservare le prerogative e i poteri presidenziali dalla crescente centralità politica acquisita dal capo della coalizione centrista, mentre quest'ultimo, d'altro canto, si mosse con spregiudicatezza nel disinnescare e ridimensionare il *domaine réservé* dell'inquilino del Colle.

Nella visione degasperiana, infatti, entrò in gioco probabilmente una valutazione di *longue durée* sulla evoluzione del sistema istituzionale italiano, in un momento in cui lo scacchiere politico si stava già polarizzando attorno alla contestata riforma elettorale del 1953³⁴. Dalla prospettiva di De Gasperi, per scongiurare il rischio latente di paralisi della governabilità del sistema politico, era auspicabile ridurre il tasso di dualismo della forma di governo italiana, in base anche a quanto enunciato dal costituzionalista Egidio Tosato, il quale ribadì durante i lavori della Costituente che: «per il funzionamento del governo parlamentare occorre che il Capo dello Stato non sia né troppo debole né troppo forte»³⁵. Nel caso specifico, limitatamente alla nomina dei giudici della Corte costituzionale, ridurre il peso politico del Presidente della Repubblica significava sottrarre a quest'ultimo un'importante prerogativa nel delineare la composizione

del collegio della Consulta, nel caso in cui al Quirinale si fosse insediato un esponente politico espressione di una corrente avversa alla coalizione centrista. L'istituzione della Corte costituzionale, come si è già sottolineato precedentemente, rappresentava uno spauracchio per la maggioranza governativa, capace potenzialmente di limitare o bloccare l'azione dell'esecutivo. Per De Gasperi, in conclusione, stemperare la matrice dualista del regime parlamentare, assieme al ridimensionamento delle ali estreme del sistema partitico attraverso la riforma elettorale, significava garantire una più sicura razionalizzazione della governabilità politica in Italia³⁶.

D'altra parte, per Einaudi, invece, si trattava di puntellare e perimetrare le prerogative del Capo dello Stato in una fase di consolidamento della Presidenza della Repubblica all'interno dell'ordinamento costituzionale repubblicano. Questo emerse evidentemente dopo l'uscita di scena di De Gasperi alla guida dell'esecutivo, a seguito della sconfitta elettorale della coalizione centrista nel giugno del 1953. La struttura dualistica del regime parlamentare italiano si manifestò, infatti, compiutamente nel corso della fase di impasse politico-istituzionale che portò faticosamente alla nascita del Governo Pella nel mese di agosto. Di fronte all'incapacità della coalizione centrista di giungere ad un accordo per la scelta del successore di De Gasperi, è lo stesso Carbone, per facilitare la risoluzione della crisi politica, a paventare il ricorso ad uno strumento mai sperimentato nell'arsenale costituzionale a disposizione del Capo dello Stato: l'invio – ai sensi dell'art. 87 c.2 della Costituzione – di un messaggio presidenziale alle Camere.

Signor Presidente,
ho un pensiero reso fisso da una notte insonne. Mi perdoni se ardisco confidarglielo. Nella presente situazione non si renderebbe forse opportuno un Suo messaggio politico (non controfirmato) alle Camere? Un messaggio che esaltasse bensì il fecondo apporto delle lotte politiche alla causa della democrazia, ma che accennasse, a un tempo, alle necessità che tali lotte, nel loro naturale continuo succedersi, non paralizzino o intralcino appena le attività volte a soddisfare le essenziali, improrogabili esigenze del Paese? Un messaggio che inviti il Parlamento – senza arrestare o rallentare appena il processo di chiarificazione della situazione politica – ad assicurare intanto al paese un governo che possa assolvere dette esigenze, le quali più particolarmente in atto si manifestano riguardo (la menzione è esemplificativa e l'ordine non vuol fissare una graduatoria di urgenza) alla conversione dei decreti legge, l'esercizio provvisorio, i bilanci, la Corte costituzionale, l'assistenza sanitaria ai pensionati, i danni di guerra, etc.³⁷

Dopo l'infruttuoso incarico conferito ad Attilio Piccioni, il Presidente della Repubblica ruppe gli indugi affidando, senza questa volta ricorrere alla previa consultazione dei gruppi parlamentari, a Giuseppe Pella, già ministro delle Finanze e del Tesoro nei governi degasperiani, il compito di formare un esecutivo "amministrativo", il cui obiettivo era di approvare in tempi rapidi i bilanci statali³⁸. Si trattava di un esecutivo nato indubbiamente su impulso del Capo dello Stato e della incessante attività di tessitura politica portata avanti da Carbone nella travagliata estate del 1953:

Signor Presidente,
le ho data già notizia [...] dei comunicati del P.L.I., del P.R.I. e del M.S.I., nonché del cortese rifiuto opposto, dall'On. Saragat (da me scovato a Chiero Val Malenco) all'on. Villabruna, di aderire all'iniziativa degli altri due minori prima di aver conosciuto i nomi dei membri del nuovo governo che, secondo esso on. Saragat, dovrebbe risultare composto di tecnici non parlamentari,

e, per quanto riguarda il suo partito, neppure ex parlamentari [...]. Pella – al quale ho riferito di non badare ai vestiti bene o male e ai togati o non togati – si è incontrato qui con Villabruna. Hanno avuto un cordialissimo colloquio. Si sono lasciati nella più favorevole reciproca disposizione.

Ho visto Menichella. Gli ho riferito i dubbi di Pella. Ha replicato. Ho portato le repliche a conoscenza di Pella. I due punti di vista si vanno molto accostando. Pella che ha or ora lasciato il mio ufficio così vede la situazione a chiusura di giornata. Egli ha raccolto tutti gli elementi, al lume dei quali le prospettive di pronta riuscita si fanno sempre più promettenti³⁹.

Ed effettivamente, grazie anche al prezioso lavoro "diplomatico" del Segretario generale, la matassa sulla ricomposizione della maggioranza parlamentare trovò un punto di caduta, in virtù della costituzione di un esecutivo monocolore democristiano guidato da Pella con l'appoggio esterno di monarchici, liberali e repubblicani, godendo inoltre dell'astensione benevola dei "missini" e dei socialdemocratici. Fu comunque una tregua di breve durata, che durò il tempo dell'approvazione della legge di bilancio nell'autunno del 1953, prima del manifestarsi di una nuova crisi politica nel gennaio del 1954. Crisi innescata paradossalmente dalla decisione dello stesso Pella di operare un rimpasto nella compagine ministeriale⁴⁰. Dalla cabina di regia del Quirinale si percepiva il malessere crescente da parte dei settori governativi democristiani sul tentativo di rimpasto auspicato da Pella, come evocato nel carteggio tra Carbone ed Einaudi:

[...] Accentuata diffidenza nei rapporti Pella-Fanfani, con qualche riaffiorante, leggera incertezza sulla permanenza di quest'ultimo a, più ancora, sulla utilizzazione di Taviani, del quale sembra, peraltro, certo il trasferimento dalla Difesa, dove, più che De Castiglioni, si penserebbe di destinare un civile in modo da determinare

qualche ulteriore spostamento nell'attuale compagine⁴¹.

Il proposito principale di Pella, infatti, era di rimuovere Fanfani dal ministero dell'Interno, per poi puntare alla sostituzione di Rocco Salomone con Salvatore Aldisio all'Agricoltura. I gruppi parlamentari della Dc si opposero vigorosamente al rimpasto ministeriale, che nelle intenzioni di Pella si sarebbe tramutato di fatto in un ricambio pressoché totale della compagine governativa. Dinanzi all'ostruzionismo interno della Dc, Pella fu costretto a capitolare, il 5 gennaio, e a rimettere il giorno seguente il proprio mandato nelle mani del Capo dello Stato, il quale avrebbe sottolineato successivamente nelle proprie memorie dal Quirinale le pericolose conseguenze negative di quella crisi nella evoluzione del sistema politico-istituzionale repubblicano:

[...] Nella giornata del 5 gennaio, peraltro, si è verificato un fatto nuovo, certamente non mai osservato da quando esiste lo Stato repubblicano; e forse non mai accaduto dopo la proclamazione dello Statuto albertino. In un documento, che non fu ufficialmente portato alla conoscenza del Presidente della Repubblica, ma che il Presidente medesimo non può ignorare, perché reso di pubblica ragione, nell'interezza sua di ordine del giorno e relativo chiarimento, fu affermato: 1) che la persona incaricata di presentare proposte al Presidente della Repubblica (ed in quell'occasione un primo ministro in carica) aveva dovuto prendere atto di una esclusiva; 2) che per conseguenza, la proposta che il primo ministro stesso avrebbe poi presentato al Presidente della Repubblica non era più «sua» proposta, ma una proposta condizionata da una esclusiva pronunciata da chi la costituzione non delega a siffatto ufficio. Le dimissioni del gabinetto Pella hanno esonerato il Presidente della Repubblica dal compito di analizzare il significato dei principi che – in tema di rapporti tra i supremi organi costituzionali – altrimenti sarebbero stati posti;

non lo esonerano, però, dal tener conto del fatto accaduto riguardo alla risoluzione della crisi. È dovere del Presidente della Repubblica di evitare si pongano, nel suo silenzio o nella inammissibile sua ignoranza dell'occorso, precedenti, grazie ai quali accada o sembri accadere che egli non trasmetta al suo successore immuni da qualsiasi incrinatura le facoltà che la Costituzione gli attribuisce⁴².

La prima era Picella (1954-55)

Con l'uscita di scena di Ferdinando Carbone dal Segretariato generale nel marzo del 1954, in virtù della sua nomina a Presidente della Corte dei conti, fu il magistrato Nicola Picella a prendere le redini del vertice amministrativo dell'apparato burocratico quirinalizio. Picella costituiva a tutti gli effetti l'idealtipo del Segretario generale del Quirinale. Di nobile famiglia meridionale, laureato in Giurisprudenza alla Federico II di Napoli, aveva svolto la sua carriera nella magistratura amministrativa e nelle istituzioni parlamentari. Picella non arrivò dal nulla alla Presidenza della Repubblica, ma la sua nomina a Segretario generale fu preceduta da un lungo periodo di apprendistato dal 1948 al 1954 presso le strutture amministrative del Quirinale. Nel corso del mandato presidenziale di Luigi Einaudi, Nicola Picella collaborò con il Capo dello Stato in qualità di Capo dell'Ufficio rapporti con il Parlamento e con il Governo prima e come Segretario generale successivamente.

Dopo l'entrata in vigore della L. 9 agosto 1948, n. 1077, sulla *Determinazione dell'assegno e della dotazione del Presidente della Repubblica e istituzione del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica*, e del D.P.R. 4 settembre 1948, n. 1171 sullo *Stato*

giuridico ed economico del Segretario generale della Presidenza della Repubblica, venne realizzata la prima organizzazione degli uffici e dei servizi della Presidenza della Repubblica mediante il D.P. R. 9 novembre 1948, n. 4° e a Picella venne conferito l'incarico di Capo dell'Ufficio per gli atti legislativi e di governo, denominato alcuni mesi dopo come Ufficio rapporti con il Parlamento e con il Governo, secondo quanto disposto nel D.P. 25 ottobre 1949, n. 264³. Nel corso del periodo in esame (con riferimento alla sua carriera di magistrato amministrativo) dal 1° giugno 1949, Picella divenne primo referendario del Consiglio di Stato. Successivamente, in data 14 gennaio 1951⁴⁴, divenne Consigliere di Stato e fu assegnato alla Sezione II presso la quale rimase formalmente fino al 1° aprile 1954.

Tra il 1948 e il 1954, Picella mantenne inalterato il suo impegno presso la Presidenza della Repubblica continuando a svolgere le funzioni di: consigliere giuridico del Presidente della Repubblica, pur non avendone il titolo ufficiale; osservatore e analista dell'iter formativo della nuova legislazione repubblicana: funzione normalmente esercitata dal Capo dell'Ufficio rapporti con il Parlamento e con il Governo del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica; studioso e interprete dei principii e delle norme costituzionali.

Con riferimento alla prima delle tre funzioni svolte si deve precisare che fin dall'inizio dello svolgimento del primo incarico (Capo del Servizio rapporti con il Parlamento e con il Governo), Picella svolse una funzione di consigliere *tout court* del Presidente della Repubblica.

Il Segretario generale, Ferdinando Carbone, era un uomo di grande preparazione giuridica ed era stato, precedentemente,

un apprezzato collaboratore di Einaudi in qualità di Capo di Gabinetto del Ministro del bilancio: egli era, quindi, in grado di fornire al Presidente della Repubblica un supporto giuridico-istituzionale di primo piano⁴⁵. L'effettivo ruolo di consigliere giuridico svolto da Picella, anche precedentemente alla sua nomina a Segretario generale, senza averne ufficialmente il titolo, risultò chiaramente da quanto scritto dallo stesso Einaudi il quale ebbe modo di darne testimonianza in un manoscritto indirizzato al Presidente del Senato della Repubblica, Cesare Merzagora, l'otto settembre 1955: «Lo ebbi vicino per sette anni, prima come consigliere accanto a Carbone poi come segretario generale ...giurista di valore ed i suoi pareri, solleciti e ponderati, mi hanno sempre aiutato nella risoluzione di delicati problemi»⁴⁶.

La mancanza della specifica qualifica ufficiale di "consigliere" non risultò rilevante: al riguardo si deve tener presente che dal 1948 al 1985 i Consiglieri ufficiali del Presidente della Repubblica furono solo due, il Consigliere diplomatico e il Consigliere militare; raramente furono previsti tre o quattro consiglieri presidenziali fino alla presidenza di Cossiga, dopo la quale vi fu una esplosione degli incarichi di consulenza⁴⁷.

Al riguardo, risulta chiaramente che dal maggio 1948 al marzo 1954 i due collaboratori principali che esaminavano i documenti inviati al Quirinale per la firma del Capo dello Stato sono stati Ferdinando Carbone e Nicola Picella. Un esempio della stima e della fiducia di Einaudi nei confronti di Picella è dato dal conferimento dell'incarico di trattare con la Presidenza del Consiglio dei Ministri la stesura del testo del decreto presidenziale con cui sarebbe stato disci-

plinato lo stato giuridico ed economico del Segretario generale⁴⁸. Con riferimento alla seconda funzione esercitata, Picella utilizzò la sua preparazione giuridica nel seguire quotidianamente la nascita e l'evoluzione della legislazione repubblicana.

Egli, antecedentemente al suo primo incarico presso la Presidenza della Repubblica, per circa quattro anni, era stato Addetto all'Ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri in quel periodo titolare (quasi esclusivamente) del potere legislativo. Picella svolse, quindi, la sua attività quotidiana collaborando alla stesura dei testi normativi e mantenendo utili e costanti rapporti personali nel seguire lo svolgimento dell'attività legislativa delle due Camere con particolare riferimento alla discussione e all'approvazione parlamentare dei disegni di legge governativi: dall'autorizzazione presidenziale alla presentazione in Parlamento fino alla promulgazione delle leggi da parte del Capo dello Stato⁴⁹.

Con riferimento alla terza funzione svolta, si devono ricordare i ventisette studi elaborati da Picella in materia costituzionale, con particolare riferimento all'esercizio e alla titolarità dei poteri presidenziali previsti nella Costituzione in relazione, quindi, alla natura formale o sostanziale della loro attribuzione al Capo dello Stato, soprattutto con riferimento ai rapporti tra il Presidente della Repubblica e il potere esecutivo.

Con tali studi, inediti, testimoni del livello della sua preparazione giuridico-istituzionale, Picella fornì un contributo estremamente utile alla giusta interpretazione ed applicazione di alcuni principi e norme costituzionali che dovevano ricevere attuazione ed applicazione negli anni e, soprattutto, nei mesi immediatamente successivi

all'elezione di Luigi Einaudi nel 1948⁵⁰.

Nicola Picella venne nominato Segretario generale della Presidenza della Repubblica il 1° aprile 1954 mediante il D.P.R. 22 marzo 1954. Il primo dei tre incarichi di Segretario generale della Presidenza della Repubblica, ricevuto dal Presidente Luigi Einaudi, fu di breve durata, la più breve tra quelle succedutesi dal 1948 ad oggi: un anno, un mese e dodici giorni (1° aprile 1954 - 12 maggio 1955), breve ma tutt'altro che leggera in termini di significato e di contenuti.

Durante lo svolgimento delle funzioni di Segretario generale andarono consolidandosi ulteriormente i rapporti di Picella con i componenti del Governo, con gli esponenti del mondo politico e con i vertici degli organi legislativi ed amministrativi dello Stato. Tali rapporti andarono estendendosi progressivamente fino ai primi mesi del 1955, man mano che si andava avvicinando la data dell'elezione del nuovo Presidente della Repubblica.

Questo ampliamento delle relazioni politiche di Picella, nel momento della sua prima nomina a Segretario generale della Presidenza della Repubblica, traeva origine dalla particolare conoscenza sia delle norme e dei principi costituzionali sia della legislazione ordinaria, conoscenza che poche altre persone potevano vantare; inoltre aveva costituito, per necessità di lavoro, una rete di rapporti personali con numerosi componenti dell'apparato governativo e amministrativo nazionale.

Divenuto Segretario generale, Picella proseguì nello svolgimento dell'attività precedentemente svolta da Ferdinando Carbone rimanendo l'unico collaboratore di Einaudi nella funzione e nel ruolo di consigliere del Capo dello Stato nell'eser-

cizio delle funzioni presidenziali e divenne, inoltre, Capo dell'Amministrazione della Presidenza della Repubblica.

Il Segretario generale inviava puntualmente al Presidente della Repubblica le relazioni sulla evoluzione della situazione politica e sulle problematiche emergenti non trascurando nessun particolare ed inserendo, a volte, accanto alla data l'indicazione (anche) dell'ora nella quale lo scritto era stato redatto: tali relazioni venivano inviate periodicamente al Capo dello Stato anche nei periodi trascorsi in luoghi lontani da Roma sia nella sua Dogliani sia in altre località.

Un esempio dei rapporti esistenti tra Picella e i maggiori esponenti politici dell'epoca, dove il Segretario Generale operava in qualità di consigliere del Presidente, è fornito dai contenuti della Relazione inviata al Presidente della Repubblica nel corso del rimpasto governativo nel mese di ottobre del 1954:

Mi sono immediatamente recato dal Presidente Scelba, al quale ho riferito il Suo pensiero. Egli La ringrazia vivamente e mi ha dichiarato che, fra tutte, preferirebbe la soluzione Vanoni; in tale ipotesi sarebbe però incerto per la successione al bilancio. La cosa dovrebbe essere decisa stanotte o nella mattinata di domani, a seguito di un colloquio che Scelba avrà con Saragat e Malagodi. Quanto alla successione al bilancio, penso che forse Le sarebbe gradito il nome di La Malfa. Se la scelta non dovesse cadere su Vanoni (che attualmente è in America), la cerimonia del giuramento dovrebbe aver luogo domani o lunedì (beninteso a Dogliani), dato che martedì il governo dovrà presentarsi alle Camere. La prego di accogliere, Signor Presidente, insieme alla gentile Signora Einaudi, il mio deferente omaggio⁵¹.

Con approccio strategico, riserbo e accuratezza Picella mantenne i necessari ed opportuni contatti sia con il mondo politico sia con gli ambienti diplomatici nel corso

dei primi dieci mesi del 1954, in relazione alla soluzione del problema di Trieste, fino al ritorno della Città all'Italia suggerito dalla visita effettuata da Luigi Einaudi il 4 novembre di quell'anno. Un esempio in proposito è fornito dal carteggio tra Nicola Picella e Luigi Einaudi relativo alla questione triestina: in particolare il riferimento è a sei relazioni inviate dal Segretario generale al Capo dello Stato trasmesse tra il 4 agosto 1954 e il 24 settembre dello stesso anno. In questo contesto emerge il ruolo di consigliere, se non di eminenza grigia, svolto da Picella testimoniato da un estratto delle relazioni:

Mi permetto di inviarLe (alleg. 1) – con preghiera di cortese sollecita restituzione – copia del progetto del memorandum d'intesa che dovrebbe essere siglato a Londra da noi, dagli jugoslavi e dagli anglo-americani. Nelle facciate di sinistra figurano le nostre proposte del 7 luglio, in quelle di destra le controproposte jugoslave del 29 luglio. Vi sono pure allegati riguardanti la delimitazione territoriale, il traffico interzonale e lo statuto delle minoranze, nonché alcuni documenti segreti riguardanti la conferenza per il porto di Trieste, la pesca, le riparazioni, ecc. le rimetto pure (alleg. 2) copia delle nostre osservazioni sul progetto di tutela delle minoranze trasmesse oggi a Brosio.

b) Presumibile data dell'accordo – Allo stato delle cose non è possibile fare alcuna previsione certa. L'accordo, tuttavia, non è imminente, e mi è stato assicurato che tra la definizione delle questioni in sospeso e la firma dell'assegno passeranno circa cinque o sei giorni.

c) Opportunità della Sua presenza a Roma all'atto della siglatura dell'accordo. Il presidente De Nicola – che ho visto ieri e che mi ha incaricato di presentarLe i suoi più affettuosi saluti – mi ha lungamente intrattenuto sull'argomento, insistendo sulla necessità che il Capo dello Stato si trovi nella capitale per ricevere dal governo l'annuncio ufficiale dell'evento. Sia Scelba che Pella, pur non parlando di necessità, sono della stessa opinione.

Mi permetta di rappresentarLe il mio avviso, dopo aver meglio meditato sull'argomento.

La questione presenta una duplice esigenza: la prima, di non conferire solennità eccessiva all'avvenimento, il che potrebbe per un verso elidere quel carattere di provvisorietà che si tiene ad affermare, e per altro verso determinare reazioni degli jugoslavi, che avrebbero tutto l'interesse ad interpretare in senso annessionistico il nostro comportamento, tanto da giungere a dichiarazioni formali, ancor più impegnative, per la zona B. La seconda esigenza - forse prevalente - è quella di dare l'impressione che il Capo dello Stato aderisce alla soluzione, in modo da dar forza al governo e svelenire le polemiche e le reazioni non solo nel parlamento e nell'opinione pubblica ma anche nei locali ambienti triestini. Vagliate entrambe le esigenze sembrerebbe anche a me opportuna la Sua presenza a Roma per ricevere ufficialmente dal governo la notizia, leggere un messaggio alla nazione e ai triestini ed, eventualmente, ricevere in udienza il sindaco di Trieste. Il messaggio, però - secondo l'avviso di Scelba - dovrebbe essere meno altisonante; il punto più delicato è se esso debba contenere un cenno agli italiani della zona B, cenno che, per quanto cauto, difficilmente potrebbe conciliarsi con l'augurio di un miglioramento dei rapporti italo-jugoslavi⁵².

Successivamente, nel corso dei primi mesi del 1955, Picella seguì con attenzione e discrezione l'evolversi della situazione politica con riferimento all'elezione del nuovo presidente della Repubblica, in relazione alla quale aspiranti candidati, partiti politici, correnti costituitesi negli stessi partiti avevano iniziato a mobilitarsi molto tempo prima della fissazione della data degli scrutini. Nella Democrazia Cristiana si era costituita la corrente "Concentrazione", la quale operò attivamente in favore della elezione di Giovanni Gronchi e si sciolse poco tempo dopo l'elezione presidenziale.

Picella raccoglieva le notizie e manteneva contatti con i più importanti uomini politici per poter rappresentare a Luigi Einau-

di un quadro preciso della situazione quale si andava evolvendo giorno dopo giorno, fornendo una descrizione particolareggiata con riferimento ai vari mutamenti che si verificavano, a volte in maniera decisiva, in relazione alla immissione o estromissione di uno o più candidati, a distanza di pochi giorni o, a volte, di qualche ora.

In particolare, devono essere ricordate le relazioni inviate a Einaudi nei giorni di aprile del 1955, in vista delle elezioni del nuovo capo dello Stato. Eccone un esempio da cui si evince il ruolo di *intelligence* svolto dal Segretario della Presidenza per il capo dello Stato sulla possibilità di una rielezione del Presidente uscente a partire dagli albori della Repubblica:

Signor Presidente, come avrà appreso dalla stampa, stamane ha avuto luogo in una villa della Camilluccia una riunione dei 'notabili' della democrazia cristiana per discutere il problema della elezione presidenziale. Sono in grado di comunicarLe che Pella, Gonella, Andreotti e Gronchi si sono decisamente pronunziati per la di Lei rielezione; Scelba, pur dichiarandosi favorevole alla di Lei riconferma, ha fatto presente la difficoltà da parte della democrazia cristiana di garantire l'esito positivo della votazione, mentre i rappresentanti della destra democristiana hanno per contro dichiarato che il partito dovrebbe impegnarsi in questo senso. Gli altri intervenuti si sono mostrati alquanto freddi senza prendere una posizione netta. Fanfani si è limitato a dirigere la discussione, ma ad un certo momento è intervenuto per affermare che, avendo personalmente avvicinato a scopo di sondaggio circa 100 parlamentari, soltanto il 15 % di questi, a suo dire, si sarebbero pronunziati per una Sua conferma. Tuttavia la riunione, che in partenza aveva come scopo un primo scambio di vedute sull'argomento, si è conclusa con un nulla di fatto, rinviandosi ogni decisione alla prossima riunione della direzione del partito che Le confermo avrà luogo nei primi giorni della entrante settimana. Questa sera è venuto da me Pella il quale mi ha confermato le notizie di cui sopra; egli non ha mancato di mani-

festarmi le sue perplessità, affermando di ritenere che, almeno per il momento, la situazione non è favorevole alla di Lei rielezione. Ho saputo dai liberali che Moro è contrario alla Sua conferma, ma è però molto preoccupato per le forti divisioni in seno al partito di maggioranza⁵³.

E ancora cinque giorni dopo, Picella scrive a Einaudi:

Signor Presidente, le notizie che sto per darLe completano e rettificano quelle già pubblicate dalla stampa di stasera; ed è per questo che mi affretto a riferirGliele. Nella riunione di stamane presso Macrelli dei rappresentanti dei gruppi parlamentari del quadripartito sono stati discussi i seguenti punti: 1) – Opportunità della rielezione – I democristiani (Moro e Ceschi) e i repubblicani (Pacciardi e Amadeo) si sono pronunciati in senso contrario per i noti motivi di principio; il socialdemocratico (Matteotti) non ha replicato; il liberale (Colitto) si è pronunciato a favore della rielezione. Tutti però hanno concordato di non rendere di pubblica ragione i rispettivi punti di vista (quasi che non fossero già di dominio pubblico!), per non pregiudicare la possibilità di ricorrere alla rielezione nel caso in cui non andassero in porto le altre candidature. 2) – Scelta della persona – Il liberale, i repubblicani e il socialdemocratico hanno confermato la loro preferenza per un Presidente laico; Moro ha riconosciuto la necessità di avere un indipendente. Per quanto nessun nome sia stato fatto, si è compreso che Pacciardi e Moro propendono per Merzagora. Il liberale ha insistito sulla opportunità di evitare che alla suprema magistratura giunga una persona del partito di maggioranza, dato che presidenza del consiglio, presidenza della camera e presidenza del senato sono già in mani democristiane, lasciando così intendere di considerare Merzagora non indipendente. Il silenzio serbato dal socialdemocratico sulla opportunità della rielezione, seguito dalla dichiarazione di preferire anch'egli un Presidente laico, fa intendere che i socialdemocratici abbiano abbandonato la prima posizione assunta da Saragat. Mi riservo di darLe domani ulteriori notizie⁵⁴.

L'influenza politica di Picella si mostrò anche nei rapporti con alcuni uomini

di governo. Per esempio Paolo Emilio Taviani, Ministro della difesa nel Governo presieduto da Mario Scelba (febbraio 1954 - luglio 1955), si rivolse a Picella per essere rassicurato sulla correttezza della procedura che veniva seguita in relazione all'esecuzione dell'accordo per l'installazione delle basi NATO in Italia. Il dubbio era nato dal fatto che accordi simili conclusi in Belgio e Olanda erano stati ratificati dai rispettivi Parlamenti. Lo stesso Ministro della difesa nel suo diario, sotto la data di venerdì 9 aprile 1954, annotava: domandai a Picella, Segretario generale del Quirinale: «Siamo certi che non si vada fuori della Costituzione?» ricevendo la risposta: «Assolutamente certi. Si tratta dell'applicazione di un Trattato votato dal Parlamento»⁵⁵.

Subito dopo l'elezione di Giovanni Gronchi a Presidente della Repubblica, Nicola Picella lasciò l'incarico di Segretario generale della Presidenza della Repubblica il 12 maggio 1955.

Al suo posto venne nominato Oscar Moccia, appartenente alla carriera prefettizia del Ministero dell'interno. Nella stessa data del 12 maggio 1955, Nicola Picella cessò dalla posizione di fuori ruolo presso la Magistratura amministrativa del Consiglio di Stato.

Conclusioni

Dall'analisi condotta sul ruolo svolto dal Segretario generale nel primo settennato di Einaudi, è già possibile tracciare un bilancio e sull'influenza esercitata e sul contributo concreto offerto da questo *grand commis d'État* nella definizione della politica del Quirinale. I Segretari, che si sono

alternati alla guida della macchina amministrativa quirinalizia, hanno seguito scrupolosamente il complesso processo di istituzionalizzazione del Segretariato – in modo particolare Carbone – nella delicata fase di avvio della Presidenza della Repubblica nel 1948. Le figure prese in esame di Carbone e Picella dimostrarono di possedere un grande bagaglio tecnico-giuridico, il quale permise loro di inquadrare e di perimetrare nel miglior modo possibile la figura del Capo dello Stato nel neonato ordinamento repubblicano. Sotto questo aspetto seppero giocare un ruolo estremamente utile per il Presidente Einaudi, nel sostenere l'inquilino del "Colle" nel suo sforzo di mantenere intatti – se non rafforzati – i poteri attribuitigli dalla Costituzione del 1948, soprattutto dinanzi alla volontà manifestata da De Gasperi di ridimensionare il tasso di dualismo della forma di governo parlamentare in Italia nel corso della prima legislatura repubblicana. In tale lavoro quotidiano i Segretari generali svolsero indubbiamente una funzione significativa di veri e propri tessitori politici tra il Quirinale e il Viminale, sondando inoltre costantemente le posizioni delle singole forze politiche che componevano la maggioranza centrista a guida degasperiana.

In conclusione, sin dalle origini della Presidenza della Repubblica si evidenzia nel segretariato generale un'organizzazione burocratica ad elevato tasso tecnico-giuridico; predisposta alla raccolta e all'elaborazione delle informazioni e volta alla costruzione di una rete istituzionale, in *primis* da parte del Segretario stesso, al fine di supportare le decisioni presidenziali. Inoltre, il Segretario generale agisce da analista e consigliere del Presidente, talvolta da "coregista" nella risoluzione delle crisi politi-

che e assumendo il ruolo di eminenza grigia sul piano strategico. Si distilla in tal modo, sin dal principio, l'essenza del Segretario generale: apice congiunturale tra politica e burocrazia, tra *policy-making* ed esecuzione amministrativa, tra una peculiare forma di intelligence e prassi giuridica, secondo uno schema tecnocratico inusuale per il sistema politico-istituzionale italiano⁵⁶.

Alla luce di questo duplice aspetto si può così cogliere pienamente l'importanza del lavoro svolto dai Segretari generali nel plasmare e nel delineare uno "spazio autonomo" di intervento politico del Presidente nella cornice istituzionale repubblicana, già a partire dal primo settennato.

- * In un progetto di ricerca condiviso, Lorenzo Castellani è autore del primo e del terzo paragrafo, mentre Gian Marco Sperelli del secondo e quarto paragrafo.
- ¹ M. Ridolfi (a cura di), *Presidenti. Storia e costumi della Repubblica nell'Italia democratica*, Roma, Viella, 2014; G. Orsina, M. Ridolfi (a cura di), *La Repubblica del presidente. Istituzioni, pedagogia civile e cittadini nelle trasformazioni delle democrazie*, Roma, Viella, 2022; F. Bonini, S. Guerrieri, S. Mori, M. Olivetti, *Il settennato presidenziale. Percorsi transnazionali e Italia repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2022; M. Olivetti, F. Bonini, G.M. Sperelli, F. Benedetti (a cura di), *Le elezioni presidenziali nella storia. Il Mattarella-bis in prospettiva*, Torino, Giappichelli, 2023.
 - ² Sulla rilevanza dell'istituzione del Segretariato in relazione alla crescente centralità politica del Capo dello Stato, si esprimeva già in tal senso Maurice Hauriou nel primo dopoguerra affermando: «Si le rôle du Président de la République devait être développé, il serait nécessaire doter la Présidence de la République d'un Secrétaire permanent». M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 457.
 - ³ S. Cascese, G. Galasso, A. Melloni (a cura di), *I Presidenti della Repubblica. Il Capo dello Stato e il Quirinale nella storia della democrazia italiana*, Bologna, il Mulino, 2018.
 - ⁴ Tra le poche esaustive ricostruzioni dedicate al Segretariato del Quirinale si segnala quella di Nicola Occhiocupo, in cui l'autore individua una sorta di dualità nella struttura del Segretariato. Da un lato, infatti, vi sono i cosiddetti "consiglieri politici": alti funzionari provenienti dalle amministrazioni dello Stato, collocati fuori ruolo oppure distaccati presso il Quirinale, dotati di specifiche competenze giuridiche e che sono nominati direttamente dal Capo dello Stato, rappresentando di fatto il corpus del "gabinetto" politico del Presidente; dall'altro vi è, invece, la struttura permanente amministrativa, vale a dire il personale del Segretariato che non è legato a doppio filo con il mandato dell'inquilino del Quirinale. Cfr., N. Occhiocupo, *Il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 33-34.
 - ⁵ G. Melis, A. Natalini (a cura di), *Governare dietro le quinte. Storia e pratica dei gabinetti ministeriali in Italia (1861-2023)*, Bologna, il Mulino, 2023.
 - ⁶ S. Piscitello, *Gli "uomini del Colle" da ieri ad oggi*, in «Rivista di Studi Politici Internazionali», 78/2011, pp. 615-627.
 - ⁷ E. Herring, *Public administration and the public interest*, New York, McGraw-Hill Book Co, 1936.
 - ⁸ D.C. Kozak, *The bureaucratic politics approach: the evolution of the paradigm*, in D.C. Kozak, J.M. Keagle (ed. by), *Bureaucratic politics and national security. Theory and practice*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1988, p. 5. Vedi anche G. Allison, *Essence of decision: explaining the Cuban missile crisis*, London, Longman, 1971.
 - ⁹ P.H. Appleby, *Policy and administration*, Alabama, University of Alabama Press, 1949; N. Long, *Power and administration*, in «Public Administration Review», vol. 9, 1949, pp. 257-264.
 - ¹⁰ Snyder, Bruck, Sapin, *Foreign Policy Decision-Making cit.*, p. 98.
 - ¹¹ R. Hilsman, *The foreign-policy consensus: an interim research report*, in «Journal of conflict resolution», vol. III, 1959, pp. 361-382; G. Almond, J. Coleman, *The politics of the developing areas*, Princeton, Princeton University Press, 1963; R. Neustadt, *Presidential power. The politics of leadership*, John Wiley and Sons, New York 1960; S. Huntington, *The common defense: Strategic Programs in national politics*, New York, Columbia University Press, 1961; D. Braybrooke, C. Lindblom, *A Strategy of decision: policy evaluation as a social process*, in «Political Science Quarterly», vol. 79, 1964, pp. 584-588; R. Neustadt, *Alliance politics*, New York, Columbia University Press, 1970.
 - ¹² G. Melis, *I grand commis della Repubblica*, il Mulino, 5 Febbraio 2022, versione online <<https://www.rivistailmulino.it/a/i-grand-commis-della-repubblica>> novembre 2025.
 - ¹³ Nel corso dell'iter parlamentare di approvazione della legge, si segnala l'emendamento presentato dall'esponente liberale Epicarmo Corbino, in merito al mantenimento della vecchia Casa Militare del Quirinale nella struttura del Segretariato. Un'ipotesi smontata dall'intervento del relatore della legge Ezio Amedeo: «Per le considerazioni svolte nella relazione e dedotte dal profilo del Capo dello Stato nell'ordinamento repubblicano, non crediamo che debba essere istituita una Casa militare del Presidente della Repubblica. Perché, se di fatto il Sovrano è il Capo effettivo delle forze armate, il Presidente della Repubblica, di una Repubblica democratica fondata sul lavoro, assume il comando delle forze armate come simbolo unificatore di tutti i poteri dello Stato, rimanendo in pratica gli organi tecnici della difesa sempre alle dipendenze del Governo, politicamente responsabile dinanzi al Parlamento». A chiudere la questione, con il ritiro da parte dello stesso Corbino del suo emendamento, fu il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Andreotti, il quale dichiarò che la mancata specificazione tra strutture civili e militari risulta superflua e non opportuna poiché «esiste il Segretario generale dalla quale dipendono tutti i servizi, compresi, eventualmente, i militari che fossero al servizio del Presidente della Repubblica». Atti parlamentari (d'ora in poi AP), Camera dei deputati, *Resoconto stenografico*, seduta antimeridiana del 3 agosto 1948, pp. 1269-1270.
 - ¹⁴ Magistrato e avvocato dello Stato

dal 1926 al 1945, Carbone venne nominato capo di Gabinetto del Ministro delle finanze, Pietro Campilli, nel febbraio 1947, prima del suo incontro decisivo con Einaudi, il quale lo volle come capo di gabinetto al ministero del Bilancio dal giugno 1947 fino alla sua elezione al Quirinale nel maggio del 1948.

¹⁵ Archivio Storico della Presidenza della Repubblica, (d'ora in poi ASPR), *Relazione di fine settennato della Presidenza Einaudi*, p. 76.

¹⁶ Parsimonia e sobrietà testimoniate da un significativo passaggio di una lettera inviata da Ferdinando Carbone al Presidente Einaudi, il 30 agosto 1948, sulla eventuale attribuzione di una indennità di rappresentanza al Segretario generale: «[...] Sono molto esitante [...] sulla opportunità per il Segretario generale [...] di una indennità di rappresentanza. [...] È altresì vero che per il Segretario generale potrebbe ritenersi giustificata trattandosi di funzionario che ha effettivi obblighi di rappresentanza. Ma io personalmente ritengo che la parsimonia con cui deve vivere ogni funzionario può consentirgli, col trattamento normale, di assolvere a tali obblighi dignitosamente, senza bisogno di integrazioni particolari». ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente della Repubblica*, 30 agosto 1948, p. 1.

¹⁷ A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 25-61.

¹⁸ Le attività dell'Ufficio stampa furono indirizzate essenzialmente nella raccolta delle informazioni attraverso la lettura di circa sessanta quotidiani e periodici, con un certosino lavoro di ritaglio e sintesi degli articoli più rilevanti da inviare al Segretario generale e al Presidente della Repubblica. Tutti i ritagli destinati quotidianamente al segretario generale furono conservati e ordinati cronologicamente dal 1948, se-

guendo un'accurata catalogazione suddivisa in quattrocento voci, sotto le seguenti categorie: «Italia» (questioni politiche, costituzionali, amministrative, economia, finanza, lavoro), «Affari internazionali» e, infine, «Uomini e figure». In ASPR, *Relazione di fine settennato della Presidenza Einaudi*, p. 25.

¹⁹ Alla ripresa dei lavori parlamentari l'esecutivo fu costretto a rispondere ad alcune interpellanze da parte delle opposizioni di sinistra in merito alla repressione del fenomeno del banditismo in Sicilia, a cui rispose vigorosamente il ministro degli Interni Scelba. Cfr., AP, Camera dei deputati, *Resoconto stenografico*, seduta antimeridiana, 14 settembre 1948, pp. 2000-2005.

²⁰ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente Einaudi*, 13 settembre 1948, pp. 2-3.

²¹ Già Edmondo Berselli aveva sottolineato a suo tempo questo dato politico-istituzionale, sostenendo che il mandato di Einaudi: «[...] ebbe una funzione centrale nel consolidamento degli equilibri istituzionali dell'età del centrismo, e sicuramente la sua azione si avalse della stabilità politica del centrismo garantita dalla leadership di De Gasperi. Ma sarebbe un errore considerarlo semplicemente come l'autore del sigillo istituzionale su una fase politica. [...] Einaudi riuscì quindi a conquistare spazi precisi per l'azione presidenziale (per ciò che riguarda in particolare la nomina dei giudici costituzionali e dei senatori a vita, la scelta del Presidente del Consiglio, lo scioglimento delle Camere)». E. Berselli, *Tutti i poteri del Presidente*, in «il Mulino», II, 1992, p. 218.

²² Formatosi il 27 gennaio 1950, il sesto Governo De Gasperi vide la luce a seguito dell'uscita dalla compagine ministeriale dei liberali, in virtù dell'accelerazione impressa dall'esecutivo sul fronte della riforma agraria con

l'adozione di un disegno legge da parte del Consiglio dei Ministri il 20 marzo. La svolta riformistica della coalizione centrista provocò indubbiamente sommovimenti e agitazioni nella direzione del partito liberale, con il profilarsi di possibili alleanze con le forze anti-sistema di destra dell'emiciclo parlamentare, come suggerito dalla ricostruzione di Magnani: «Depuis la formation du nouveau ministère de M. De Gasperi, auquel le parti libéral est demeuré étranger, le camp politique de droite est en mouvement[...]. Le secrétaire général du parti libéral, M. Villabruna, démentit quelques jours plus tard qu'il y eût possibilité d'entente entre son parti et le mouvement social, mais non avec les monarchistes. Le lendemain, l'ancien ministre Casati faisait une déclaration analogue, mais après ces déclarations, M. Villabruna se rencontra en privé dans un village près de Naples avec le Président de la République. Peut-être cette longue consultation a-t-elle donné lieu à un encouragement de M. Einaudi pour que le parti libéral entrât dans l'alliance nationale projetée». L. Magnani, *Glissement à droite*, in *Journal de Genève*, 21 mars 1950, ora in ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18.

²³ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 19, *lettera a Ferdinando Carbone*, 22 marzo 1950.

²⁴ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente Einaudi*, 27 luglio 1950.

²⁵ De Gasperi aveva preconizzato tale svolta, nel corso di una riunione con i gruppi parlamentari della Dc, celebrata il 16 marzo del 1950, insistendo sulla necessità non più procrastinabile di avviare la stagione delle riforme: «Il gruppo proponga pure gli emendamenti, ma lasci agire il governo perché a questi provvedimenti è legato il partito delle riforme. Fino ad oggi ho usato il massimo della prudenza per tenere insieme tutte le forze possibili di fronte alla

- situazione internazionale. Tutto quello che era possibile tentare e sperare lo si è fatto. Oggi dobbiamo dire che il sistema democratico è minacciato ed occorre fare, realizzare per il Paese». Archivio Storico Istituto Luigi Sturzo (d'ora in poi ASILS), Fondo Democrazia cristiana, bb. 29 e 30, ora in P. Craveri, *De Gasperi*, Milano, Mondadori, 2012, pp. 442-443.
- ²⁶ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente Einaudi*, 9 ottobre 1950.
- ²⁷ Cfr., G. Quagliariello, *La legge elettorale del 1953. Dibattiti storici in Parlamento*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 24.
- ²⁸ Una convinzione che circola con insistenza nel *milieu* politico, soprattutto tra i ranghi dei superstiti della vecchia classe politica liberale, come testimoniato perfettamente da una caustica affermazione dell'ex Presidente del Consiglio Nitti: «Regioni, proporzionale e Corte costituzionale basterebbero da sole a scardinare anche le nazioni più forti». Ora in F. Bonini, *Storia della corte costituzionale*, Roma, Nuova Italia Scientifica, 1996, p. 77.
- ²⁹ Cfr., AP, Camera dei deputati, *Resoconto stenografico*, seduta pomeridiana, 14 marzo 1951, p. 27117.
- ³⁰ P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», IV, 1958, p. 307.
- ³¹ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente Einaudi*, 25 marzo 1951.
- ³² G.M. Sperelli, *Processi politici e politiche costituzionali. Istituzioni e Costituzioni in Francia e in Italia (1946-2000)*, Roma, Studium, 2024, p. 128.
- ³³ ASPR, Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Einaudi*, p. 398.
- ³⁴ M.S. Piretti, *La legge truffa. Il fallimento dell'ingegneria politica*, Bologna, il Mulino, 2003; G. Andreotti, 1953. *Fu legge truffa?*, Milano, Rizzoli, 2007.
- ³⁵ Ora in E. Tosato, *Il Capo dello Stato e il governo. La nuova Costituzione italiana. Progetto e relazioni*, Roma, Studium, 1947, p. 174.
- ³⁶ Sul punto vedi rispettivamente P. Craveri, *De Gasperi e la legge elettorale del 1953*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX, 1990, pp. 163-176; P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 248.
- ³⁷ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente Einaudi*, 8 agosto 1953.
- ³⁸ P.L. Ballini, A. Varsori, *L'Italia e l'Europa (1947-1979)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, t. I, 2004, p. 221.
- ³⁹ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente Einaudi*, 14 agosto 1953.
- ⁴⁰ Sulla genesi paradossale della crisi di governo ebbe modo di esprimersi causticamente De Gasperi, il quale nel corso della sua esperienza alla testa dell'esecutivo si era reso protagonista di numerosi rimpasti con esiti positivi sulla stabilità dei propri ministeri: «se fossimo in diplomazia potrei pubblicare un libro interessante. Esso dimostrerebbe che la crisi è nata dal rimpasto, che il rimpasto non venne né proposto né imposto dal partito ma fu ritenuto utile, anzi necessario, dallo stesso Presidente del Consiglio, il quale lo fece preannunciare proprio per il periodo delle vacanze dandone comunicazione al Consiglio dei Ministri». A. De Gasperi, *Discorsi parlamentari*, vol. II, Camera dei Deputati, Roma 1985, p. 1215.
- ⁴¹ ASPR, Fondo Ferdinando Carbone, busta 18, *lettera al Presidente Einaudi*, 1 gennaio 1954.
- ⁴² L. Einaudi, *Lo scrittoio del Presidente (1948-1955)*, Torino, Einaudi, 1956, pp. 33-34. Sui rischi di una eccessiva ingerenza da parte dei gruppi parlamentari nella formazione dei governi di coalizione, si era già espresso Einaudi piuttosto criticamente nel 1944: «Il Primo ministro, una volta designato, dovrebbe scegliere i suoi colleghi in guisa che rappresentino le forze parlamentari da cui è stato designato, ma con scelta insindacabile e che il gabinetto così costituito governi così come un tutto unitario, cessando i singoli ministri di rappresentare i partiti». L. Einaudi, *La nuova Europa*, 31 dicembre 1944, ora in L. Einaudi, *Il buongoverno*, Roma-Bari, Laterza, 1973, p. 89.
- ⁴³ Cfr., R. Gallinari, *Nicola Picella. Un grande servitore dello Stato*, Roma, Bulzoni, 2019, p. 42.
- ⁴⁴ DPR 22 gennaio 1951.
- ⁴⁵ Gallinari, *Nicola Picella* cit., p.32.
- ⁴⁶ Archivio Fondazione Luigi Einaudi di Torino (d'ora in poi AFLET), Fondo Luigi Einaudi, Sez.2, *Corrispondenza* fasc. Cesare Merzagora.
- ⁴⁷ Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica, *Quaderni di Documentazione*, n.16, *Il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica II, Biografie*, Bulzoni, Roma 2009.
- ⁴⁸ D.P.R. 4 settembre 1948, n.1171.
- ⁴⁹ Gallinari, *Nicola Picella* cit., pp.23-27.
- ⁵⁰ Ivi, pp. 127-137.
- ⁵¹ Relazione del 17 Ottobre 1954 ore 21, inviata a mano al Presidente della Repubblica.
- ⁵² AFLET, Fondo Luigi Einaudi, Sez.2 *Corrispondenza*, Fasc. Nicola Picella, estratti della Relazione del 6 agosto 1954.
- ⁵³ AFLET, Fondo Luigi Einaudi, Sez.2 *Corrispondenza*, Fasc. Nicola Picella, Relazione del 16 Aprile 1955.
- ⁵⁴ AFLET, Fondo Luigi Einaudi, Sez.2 *Corrispondenza*, Fasc. Nicola Picella, Relazione del 21 Aprile 1955.
- ⁵⁵ P.E. Taviani, *Politica a misura d'uomo*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 354.
- ⁵⁶ Sul rapporto tra pubblica amministrazione e politica cfr., S. Kuhlmann, H. Wollmann, R. Reiter, *Introduction to Comparative Public Administration: Administrative Systems and Reforms in Europe*, London, Elgar, 2025;

J.N. Raadschelders, T. Toonen, F.M. Van der Meer, *The Civil Service in the 21st Century: Comparative Perspectives*, Basingstoke UK, Palgrave, 2007; L. Castellani, *History and Public Administration: Meanings, Problems, Usefulness in Policy-making*, in E. Ongaro, G. Orsina, L. Castellani, *The Humanities and Public Administration: an Introduction*, London, Elgar, 2025, pp. 133-151. Per cenni sulla tecnocrazia in chiave comparata, L. Castellani, *L'altro potere. La tecnocrazia in una prospettiva storica*, in L. Viviani e A. Masala (a cura di), *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Roma, Carocci, 2020, pp. 151-180.

La dissolvenza dell'Alta Corte per la Regione siciliana (1946-1957): un (altro) caso di spontaneità costituzionale?

GIULIO STOLFI

1. Premessa

Chi si affacci alla lettura dello Statuto della Regione siciliana, approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 544, pubblicato nella Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia n. 133-3 del 10 giugno 1946, nella sua forma ad oggi vigente, troverà un non trascurabile torno di articoli (24-30) dedicati a un organo affatto peculiare, l'Alta Corte (le maiuscole sono nel testo di legge ed è, pertanto, inevitabile conservarle). Un organo, si è appena detto, affatto peculiare, e tale lo si può definire in un duplice senso: per le sue singolarità istituzionali (in termini strutturali e di competenze) – che si ricapitoleranno con un po' più di dettaglio nel prosieguo di questo discorso – e per il fatto, non secondario, che pur vivendo indisturbato da circa ottant'anni nel mondo delle ipostasi giuridiche, quest'organo non esiste, stavolta da circa settant'anni, nella realtà fenomenica.

Una nota al testo statutario pubblicato dall'Assemblea regionale siciliana, e disponibile on-line per la libera consultazione

di chiunque¹, laconicamente afferma: «La competenza dell'Alta Corte è stata dichiarata assorbita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 38 del 1957 della Corte costituzionale stessa».

La formula, solo apparentemente lineare, già ad una prima lettura genera interrogativi nell'operatore del diritto. Cosa vuol dire esattamente che "la competenza" dell'Alta Corte è stata "dichiarata assorbita"? A quale fenomeno del diritto pubblico generale ci si riferisce con questo termine, "assorbimento"? La categoria, pur inconsueta, è emersa, in effetti, e proprio con riferimento al problema rappresentato dall'Alta Corte, nella riflessione della dottrina. Dato forse ancor più rilevante, la terminologia impiegata dalla nota sopra riportata al testo dello Statuto siciliano pubblicato dall'ARS riprende *au pied de la lettre* le parole utilizzate esattamente in quella pronuncia che essa, pure, richiama (pronuncia sulla quale, del pari, ci si soffermerà maggiormente di seguito), laddove essa afferma in modo esplicito che la competenza

dell'Alta Corte siciliana in materia di giuridici di costituzionalità è «necessariamente assorbita nel più ampio sistema posto dalla Costituzione» e, poco più oltre, che l'«assorbimento della competenza dell'Alta Corte non è avvenuto in virtù di una modifica dello Statuto siciliano ma ipso iure per incompatibilità con la Costituzione».

Fermandosi a questo primissimo livello di riflessione e di indagine, per il momento, si può (dubitativamente) affermare che siamo di fronte a una forma assai particolare del più generale fenomeno della successione di norme nel tempo: una competenza istituita da norma posteriore – quella della Corte costituzionale – rende incompatibile quella fondata su una norma precedente. Il ragionamento, tuttavia, anche solo a quest'altezza appare venato di diverse problematicità: che ne è della regola ermeneutica per cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*? Qual è il rapporto gerarchico fra "il più ampio sistema posto dalla Costituzione" e lo Statuto siciliano, recepito in quello stesso sistema con una norma (notoriamente) di rango anch'esso costituzionale? Si è, forse, in uno di quei casi in cui è la radicale incompatibilità fra due norme, ancorché intersecantesi secondo un principio di generale a speciale, a far propendere per (una qualche forma di manifestazione del fenomeno del) l'abrogazione tacita della norma più risalente?

1.1 Tutti interrogativi, questi, di marca schiettamente positivista. Che, se pure fossero aggirabili o risolvibili (e non è mancato lo sforzo per ricondurre a sistema la fattispecie, come si vedrà), lascerebbero intatto un profilo forse meno raffinato, ma

ineludibile nella sua terrestrità: anche volendo accogliere senza alcuna perplessità e senza alcun supplemento di approfondimento il "sopravvenuto assorbimento", recependolo come un dato di carattere dogmatico, rimarrebbe che quest'assorbimento ha riguardo alle *competenze* dell'organo siciliano rispetto a quello nazionale, non alla sua esistenza istituzionale. Il che, come è agevole vedere, non è certo sufficiente per poter compiere il salto che dalla sottrazione di ambiti competenziali porta alla soppressione di un ente.

Eppure, sta di fatto che l'ente di cui si discute, nella sua matericità (sia pur giuridica, se ci si passa il termine), ad oggi non esiste. La sopravvenuta incompatibilità delle competenze dell'Alta Corte siciliana rispetto a quelle della Corte costituzionale, dunque, non spiega in ogni caso, di per sé, la soppressione della prima. Che, per l'appunto, *de iure* non è mai avvenuta. *De facto*, lo si è detto, invece essa si è verificata.

Questa sola constatazione è sufficiente per aprire una prospettiva d'indagine interessante per lo storico del diritto: in un sistema che ha raggiunto il vertice più alto della formalizzazione giuridica, ossia la posizione della Costituzione rigida e scritta come gradino superiore dello *Stufenbau* ordinamentale; in un sistema dove il bilanciamento dei valori, dei principi, degli interessi che compongono il patto fondamentale si è traslato definitivamente dalle sedi pattizie e fattizie (la *Convention of the Constitution*², la stessa consuetudine) alle sedi che definiscono i punti di caduta come esiti di operazioni ermeneutico-applicative (e quindi per ciò stesso inscritte nel circuito del diritto positivo³), come, appunto, quelle giurisdizionali, in che modo può aver (avuto) diritto di cittadinanza una dissolvenza, quale

quella dell'Alta Corte siciliana, prodottasi in apparente vuoto di ogni precetto normativo, di ogni comando del soggetto formalmente munito della potestà di innovare il diritto? Nel mondo giuridico moderno, i soggetti del quadro istituzionale non vanno svanendo per semplice desuetudine; gli uffici e gli organi non cadono nell'oblio, e in ogni caso quest'oblio non assume qualificazione giuridica in senso estintivo. Almeno, questo è quanto acquisito alla formazione del giurista⁴; ma, forse, si tratta di postulati degni, se non di essere revocati in dubbio, quantomeno di essere guardati con una diversa e nuova avvedutezza.

Ma andiamo con ordine: già la domanda, messa in questi termini, rischia di anticipare – in parte – la risposta. Difatti, che questa dissolvenza dell'Alta Corte sia stata una *res facti* è, a questo punto del discorso, da darsi come un primo dato empirico, non come un approdo sicuro dell'indagine. E non è casuale che non siano mancati i tentativi di obliterarlo e contraddirlo, riportando la fine dell'Alta Corte entro i più rassicuranti confini di meccanismi del tutto coerenti con un contesto di pluralismo normativistico (o, se si preferisce, di normativismo pluralistico), secondo-novecentesco nell'accezione più consolidata. Si tratta, però, di tentativi che non reggono a uno scrutinio incisivo. Ma di ciò si dirà. Per il momento, basti una semplice constatazione, non revocabile in dubbio: l'Alta Corte non è mai stata soppressa, eppure ha cessato, ad ogni effetto, di esistere. Si cercherà, partendo da questo assunto, di ricostruire le dinamiche di quest'accadimento, alla ricerca di una ricostruzione che, a ben vedere, sollecita spunti tutt'altro che incorniciati entro il perimetro della curiosità storiografica.

2. *La Sicilia come laboratorio costituzionale: genealogie di una effervescenza (cenni)*

La Sicilia ha, in molte stagioni della propria lunga storia, rappresentato – con tutte le sue contraddizioni e complessità – un laboratorio istituzionale di grande vitalità, un crocevia di effervescenze posto al centro del Mediterraneo. Alcuni temi ricorrenti (economici, culturali, sociali) si sono, nel tempo, intersecati con sollecitazioni provenienti da luoghi ed esperienze a volte assai remoti, dando vita a soluzioni spesso effimere, ma altrettanto interessanti. Limitandosi ai fermenti dell'Ottocento, non si potrà dimenticare il segno delle stagioni costituzionali, a partire dalla chiaroscurale, contraddittoria, ma significativa parentesi dell'esperimento costituzionale del 1812: eletta per la terza volta in pochi anni a rifugio di una dinastia che, *bon gré mal gré*, era divenuta simbolo della conservazione dell'ordine tradizionale, l'isola accolse una Carta sotto certi aspetti precorritrice, di respiro europeo⁵, voluta e in buona parte dettata all'ombra dei cannoni della *Royal Navy*, ma proprio per questo primo abbozzo di una possibile sintesi fra un modello di parlamentarismo *non* rivoluzionario, una idea di liberalismo (che conteneva in sé anche una idea di sviluppo) e un ambiente socio-economico marcato da profonde (già allora) arretratezze⁶.

La costituzione siciliana del 1812, pur eletta a mitologia fondante della battaglia costituzionale dalle generazioni successive (non necessariamente solo isolane, per quanto in modo indiretto e, talora, per opposizione⁷), non era priva di profonde ambiguità, per quanto qui interessa, in relazione al fondamentale problema della soggettività ordinamentale: difatti, era tutt'altro che ri-

solo il problema del nesso fra *Regnum Siciliae* come soggetto e oggetto della Carta fondamentale e regno di Napoli (o, per meglio dire, regno di Sicilia *citra Faro*, secondo l'antica, ma non superata formula della Pace di Caltabellotta), rispecchiando, in ciò, la situazione carica di incertezze e non-detti in cui si trovava la dinastia borbonica nel suo soggiorno palermitano successivo al 1806; in altri termini, la proiezione ordinamentale della Carta restava aperta a sviluppi estensivi, pur essendo la sue genesi (e i riferimenti testuali) non solo radicati, ma giuridicamente collocati nel contesto isolano. In questo senso, pur essendo atto relativo ad una individualità ordinamentale ben riconoscibile, e inserito (con una consapevole rappresentazione simbolica) nella continuità di essa, la Carta del 1812 si trovò a rappresentare il perno di aspirazioni più confliggenti che sovrapponibili: quelle di un ceto liberale emergente (aperto, per quanto qui interessa, anche a movimenti più ampi di riforma) e quelle di gruppi sociali e livelli istituzionali molto più legati agli assetti tradizionali (come testimonia, su un piano differente, il difficile e contraddittorio cammino dell'abolizione della feudalità, proclamata dal testo della Carta ma sostanzialmente svuotata di senso per la conservazione dei diritti, da parte dei possessori di terre «in qualunque forma» - quindi, in primo luogo, feudali - nello «stesso modo e forma» che nel passato). Si trattò, quindi, di uno snodo fra "vecchio" e "nuovo" costituzionalismo, come è stato sottolineato⁸, il cui sviluppo interrotto impedì di compiere, nello svolgimento della vita dell'ordinamento, un processo *spontaneo* di scioglimento dei nodi lasciati (volutamente o meno) irrisolti, tramutandoli in problematicità ricorrenti e destinate a successivi affioramenti.

Del pari ricca di spunti interessanti, sempre per quanto riguarda questi aspetti, è la seconda accensione costituzionale, quella del '48, forse ancora più sfortunata della prima negli esiti, ma significativa - a prescindere dal merito delle soluzioni positive prefigurate dalla Carta, e all'altezza dei problemi qui rilevanti - per almeno due elementi⁹: (a) la genesi del documento costituzionale, non solo nato dall'insurrezione palermitana del 12 gennaio e dall'iniziativa di un governo provvisorio autonomo e di un parlamento eletto, ma esplicitamente teso a contrastare la concessione costituzionale "nazionale" di Ferdinando II, a sua volta avvenuta in tempi brevissimi (29 gennaio) come contromossa rispetto ai fermenti di ribellione in atto, rivelatasi, però, insufficiente; (b) l'idea, stavolta pienamente svolta in un riconoscibile spazio concettuale, di indipendenza e autonomia di uno Stato siciliano, strutturalmente aperto alla partecipazione ad un processo federale italiano: questa caratura della Sicilia come Stato federato, innovativa rispetto a quanto sotteso alla Carta del 1812, rappresentava una significativa cesura con l'antica tradizione ordinamentale e con le sue immanenti ambiguità, e proiettava il dibattito politico verso la tensione fra "federalismo" e "autonomismo"¹⁰ che esso, poi, ebbe nel momento del rinnovamento istituzionale e costituzionale apertosi con la crisi del 1943¹¹.

Per tutto il lungo Ottocento e buona parte del Novecento, attraversando il processo unitario (che li mutò, ma non li estinse), continuarono, su un piano differente ma non meno rilevante (e pienamente interconnesso con quello giuridico) ad avere vigore i problemi che, più o meno sottotraccia, orientavano fin da allora le posizioni

nella vita istituzionale dell'isola (la mancata transizione dell'economia agraria dal latifondo sempre più insostenibile, con le sue conseguenze sociali, a volte disastrose, su tutti); problemi solo in parte comuni al resto del Mezzogiorno, e che non è sicuramente questa la sede nemmeno per tentare di ricapitolare, ma dei quali senz'altro, per quel che rileva ai fini di questo discorso, può dirsi che formarono il sostrato del confronto, a volte scontro, tra forze in campo (e tendenze, da un lato unitarie e dall'altro efficacemente sintetizzate nella triade «sicilianismo, separatismo e autonomismo»)¹² che finì con il determinare la risultante dell'autonomia speciale, in un volgere di anni (1943 - 1946) in cui «la Sicilia, per l'ultima volta nella sua storia, [sembrò] molto vicina a riacquistare lo status di soggetto *sui juris*»¹³.

L'indagine su queste complesse ascendenze e genealogie costituzionali, istituzionali, economico-politiche, trascende non solo le ambizioni ma – quel che più conta – il fuoco specifico di questo lavoro. Ma un dato non può essere obliato: non si comprende appieno la genesi dello statuto siciliano di autonomia, e delle sue soluzioni, se non si muove dal presupposto di un profondo lascito, a tutti i livelli della coscienza collettiva isolana, della identità – e, in primo luogo, della soggettività – ordinamentale, distinta e individuale, del *Regnum*, e se non si indagano le sue evoluzioni nella trama dei rapporti politici e delle rivendicazioni giuridiche svoltesi fra Sicilia e “continente” fra XIX e XX secolo. Su questa eredità ordinamentale autonoma si innestò la mitologia del parlamentarismo siciliano, periodicamente rievocata e rimessa in esercizio a fini di attualità politica a partire dal primissimo Ottocento (e attentamente

indagata, di recente, nei suoi presupposti e nel suo porsi come tessitura di rappresentazioni e auto-rappresentazioni¹⁴). Sia nel 1812, sia nel 1848, era infatti stato il “Parlamento siciliano” – sempre riconvocato, e mai considerato estinto – a porsi come motore del processo costituente. Parlamentarismo da un lato (con la problematica idea, con esso connessa e coesistente, della scaturigine assembleare del potere costituenti¹⁵), e permanenza dell'idea di soggettività ordinamentale autonoma e “originaria” dall'altro, erano le idee di base che il confronto nel triennio successivo al '43 avrebbe raccolto e cercato di mettere a sistema, trovando una serie di punti di equilibrio destinati a essere messi dialetticamente in discussione dal processo costituente nazionale sfociato nella Carta del '48.

3. *L'Alta Corte: funzioni e organizzazione*

Uno dei puntelli principali del compromesso raggiunto nel 1946 era, per l'appunto, rappresentato proprio dall'Alta Corte. Un organo che risolvesse i conflitti fra Stato e Regione e che giudicasse della costituzionalità delle leggi regionali, nonché di quelle statali in rapporto allo statuto regionale (e limitatamente alla loro efficacia nella Regione) iniziò ad affacciarsi fin dai primi progetti “autonomistici”, come quello avanzato nel «convegno di studi politici» indetto dalla Associazione Sicilia liberata (di ispirazione socialista) nel 1944, quello del Movimento per l'Autonomia della Sicilia tenutosi verso la fine di quello stesso anno e quello dell'Associazione fra i Siciliani residenti a Roma del dicembre 1945¹⁶. L'idea fu poi ripresa dalla Giunta consultiva

che, con la transizione dall'AMGOT al c.d. "Regno del Sud", affiancò l'Alto commissario per la Sicilia istituito con R.D.L. 18 marzo 1944, n. 9. La Giunta, divenuta Consulta regionale (con decreto del 28 dicembre 1944), preparò un progetto di statuto, che fu trasmesso alla Consulta nazionale – e da questa esaminato – e che venne poi definitivamente approvato, divenendo il testo oggi ancora vigente.

3.1 L'Alta Corte era composta di sei membri effettivi e due supplenti, oltre un Procuratore generale e un presidente, tutti scelti fra persone di «speciale qualificazione in materia giuridica» e nominati in pari numero dalle Assemblee legislative regionali e nazionali: quanto a queste ultime, la competenza era del Parlamento in seduta comune. Il presidente e il Procuratore generale venivano individuati fra i componenti tramite elezione da parte dello stesso collegio. La nomina dei membri era a vita, ma era previsto un rinnovo dell'organo per consentire la scelta dei componenti da parte del Parlamento e l'avvicendamento di questi a quelli nominati dall'Assemblea costituente. Tuttavia, questo rinnovo non ebbe mai luogo, come meglio si dirà.

L'Alta corte aveva, a termini di Statuto, due macroaree competenziali. La prima riguardava la costituzionalità delle norme: sia delle leggi emanate dall'Assemblea regionale, sia delle leggi e dei regolamenti (art. 25, lett. b) emanati dallo Stato, «rispetto al[lo] Statuto ed ai fini della efficacia dei medesimi entro la Regione». La seconda competenza riguardava i reati compiuti dal presidente e dagli Assessori regionali nell'esercizio delle funzioni di cui al pre-

sente Statuto, ed accusati dall'Assemblea regionale.

Fondamentale era il ruolo del Commissario del Governo presso la Regione siciliana (organo, come si sa, tuttora esistente): questi avrebbe dovuto promuovere i giudizi di costituzionalità innanzi all'Alta corte e anche i giudizi di cui all'art. 26, «anche in mancanza di accuse da parte dell'Assemblea regionale» (che, quindi, non aveva la titolarità esclusiva della c.d. "messa in stato d'accusa" dei componenti della giunta siciliana e del suo presidente). Si può quindi notare, incidentalmente, che il ruolo del Procuratore generale era, scorrendo in termini generali, di P.M. non agente, bensì interveniente (e concludente) nell'interesse della legge, in piena coerenza con quanto emerge dal sistema processualciviltistico (si veda, in particolare, l'art. 70 del Codice Grandi-Calamandrei, oggi e allora vigente) e in analogia con alcune situazioni processuali di diritto pubblico nelle quali un interesse obiettivo di tipo pubblicistico si accompagna (come tuttora accade) a meccanismi diversi dall'iniziativa dell'attore pubblico; si pensi, paradigmaticamente, al giudizio di conto¹⁷.

Il meccanismo di impugnativa è dettagliato rispettivamente all'art. 28 dello Statuto siciliano, per le leggi regionali, e all'art. 30, per quelle nazionali. Il primo stabilisce che «Le leggi dell'Assemblea regionale sono inviate entro tre giorni dall'approvazione al Commissario dello Stato, che entro i successivi cinque giorni può impugnarle davanti l'Alta Corte»; il secondo prevede che «Il Presidente della Regione, anche su voto dell'Assemblea regionale, ed il Commissario di cui all'art. 27, possono impugnare per incostituzionalità davanti l'Alta Corte le leggi ed i regolamenti dello Stato,

entro trenta giorni dalla pubblicazione».

Come si vede, quindi, il giudizio di costituzionalità delle leggi innanzi all'Alta corte operava esclusivamente in via principale. Un problema si pose dal momento che, a termini dell'art. 29, il collegio avrebbe dovuto decidere sulle impugnazioni «entro venti giorni dalla ricevuta delle medesime» e intervenire con propria sentenza prima della promulgazione delle leggi impugnate, che, in caso di impugnativa, doveva aver luogo, con la pubblicazione, dopo trenta giorni. Tuttavia, si ammise che, in caso di ritardo nella riunione della Corte, la legge potesse essere promulgata e pubblicata senza che ciò comportasse una decadenza dal potere di decidere sull'impugnativa. In questi casi, quindi, il sindacato della Corte finì con l'operare non in via preventiva, ma sull'efficacia della legge¹⁸.

Nel decennio o poco meno di vita "vis-suta" dell'Alta Corte nell'ordinamento si posero numerose questioni applicative che sorgevano da lacune o ambiguità dei testi di legge. In particolare, la questione dell'efficacia del sindacato del collegio siciliano (ma si dovrebbe dire più correttamente "italo-siciliano", dato che, come si sa, l'Alta Corte aveva sede in Roma) si intrecciò con quelle risultanti dall'inattuazione della Corte costituzionale: in particolare, diverse pronunce di più plessi giurisdizionali si esercitarono sul discernere le conseguenze dell'intreccio fra il vaglio in via principale svolto dall'Alta corte e il sindacato diffuso di costituzionalità che i giudici italiani continuavano, in continuità con l'elaborazione pretoria di epoca statutaria, ad esercitare. Si può, a questo riguardo, ricordare la sent. n. 20 del 19 dicembre 1955 con la quale l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato statuì che una sentenza di *non in-*

costituzionalità dell'Alta Corte non avesse, in sostanza, attitudine a formare giudicato o a spiegare effetti *erga omnes*, non precludendo il "tradizionale" vaglio di legittimità costituzionale (che di là a poco, con l'avvio della Consulta, sarebbe venuto meno) svolto *incidenter tantum* e con effetti sulla sola *res in iudicium deducta* eventualmente condotto dal giudice ordinario o, come in questo caso, amministrativo¹⁹.

4. Il dibattito intorno all'Alta Corte

Al di là di questo, e perfino al di là, in generale, del dato (oggi non scontato) per cui l'Alta Corte in effetti operò appieno per diversi anni, rimaneva sullo sfondo – e si può dire sin dall'inizio – un problema tutt'altro che secondario. Era compatibile con la Costituzione repubblicana quest'organo, espressivo di un sistema di rapporti fra ordinamento regionale e statale in cui il sindacato di costituzionalità delle leggi diveniva parte di un più ampio compromesso, risolto con un meccanismo quasi "arbitrale"? La questione si poneva su più piani: quello del modello di autonomia e della regolazione dei conflitti in esso destinati a scaturire fra diversi livelli di governo e di regolamentazione; quello del modello di giustizia costituzionale; quello, più in generale, dei *checks and balances* del nascente ordine costituzionale. Le sensibilità politiche erano profondamente divergenti: specialmente (ma non solo) all'interno della Democrazia cristiana, si poneva il problema di tenere insieme spinte centripete e centrifughe, sensibilità autonomistiche e necessario puntello dell'unità nazionale, perfino equilibri tra classi dirigenti e

gruppi di potere, locali e nazionali. Non sorprende che la soluzione fosse destinata a prendere corpo da un percorso tutt'altro che cartesiano.

(a) negli anni fondativi del nuovo ordine costituzionale...

(a₁) Significativamente, la Consulta nazionale, posta di fronte al testo dello Statuto siciliano nella primavera del 1946, non prese posizione con alcun deliberato sull'Alta corte: unico intervento in plenaria a farvi riferimento fu quello di Luigi Einaudi, autore della relazione di minoranza della Commissione nominata allo scopo specifico di esaminare il progetto statuario siciliano e presieduta dal non casualmente democristiano Annibale Gilardoni (ex deputato aventiniano, già appartenente al Partito popolare). Einaudi stigmatizzò la «gravità estrema» dell'istituzione di un'Alta Corte che avrebbe contribuito allo «spezzamento dell'unità nazionale»: una soluzione «frettolosa» che pregiudicava lo studio che, invece, la Costituente nazionale avrebbe dovuto fare di un «problema gravissimo», quello – appunto – dello scrutinio di costituzionalità delle leggi, e che, coerentemente col suo pensiero, Einaudi (precorrendo il dibattito alla Costituente) riteneva dovesse essere affidato a un sindacato diffuso sul modello di quello esercitato dai giudici americani²⁰.

Come è risaputo, l'Assemblea costituente, dal canto suo, esaminò lo Statuto siciliano allo spirare della propria esistenza. Questo esame mise capo alla l. cost. n. 2/1948, approvata nella seduta del 31 gennaio 1948. La legge si limitava ad affermare che «Lo

Statuto della Regione siciliana, approvato col decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, fa parte delle leggi costituzionali della Repubblica ai sensi e per gli effetti dell'art. 116 della Costituzione». Il secondo comma dell'unico articolo recitava, invece: «Ferma restando la procedura di revisione prevista dalla Costituzione, le modifiche ritenute necessarie dallo Stato o dalla Regione saranno, non oltre due anni dalla entrata in vigore della presente legge, approvate dal Parlamento nazionale con legge ordinaria, udita l'Assemblea regionale della Sicilia».

La disposizione del secondo comma, che, come appena visto, consentiva di introdurre le «modifiche ritenute necessarie» allo Statuto siciliano con legge ordinaria approvata dal Parlamento «udita l'Assemblea regionale della Sicilia» fu inserita proprio come esito, assai problematico, del dibattito svoltosi intorno all'Alta Corte²¹, che ruotò intorno alla sopravvivenza o meno dell'organo siciliano e alla sua incompatibilità col (diverso) sistema prescelto dalla Carta, che affidava il vaglio di costituzionalità delle leggi alla Corte costituzionale.

Le discussioni furono contorte e non è questa la sede per ricapitarle compiutamente. Nonostante la relazione svolta in plenaria dall'on. Cevolotto sui lavori della Sottocommissione per gli Statuti regionali proponesse una lettura «tranquillizzante» dell'atteggiamento tenuto da quella che egli definisce la «delegazione siciliana» (che avrebbe convenuto, anzi – letteralmente – mostrato «comprensione» in merito alla «assurdità» di mantenere due Corti costituzionali), gli *Atti* raccontano una realtà diversa: non solo tramite gli interventi di granitica contrarietà ad ogni ipotesi di «assorbimento» o abolizione dell'Alta Corte,

come quello (prevedibilmente) dell'on. Finocchiaro Aprile; ma anche in virtù dello stesso esito del dibattito, che approdò, come detto, a un nulla di fatto, nonostante la Sottocommissione sembrasse aver raggiunto un punto di caduta con una ipotesi di ingresso di "assessori" siciliani (nominati dall'A.R.S.) nel collegio della Corte costituzionale, quando questa fosse chiamata a esprimersi in giudizi relativi alla regione isolana²².

(a2) Preconizzavano gli esiti che si sarebbero avuti, di fatto, dopo qualche anno le posizioni emerse all'interno del Ministero per la Costituente e, in particolare, della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, presieduta da A. C. Jemolo; nella *Relazione all'Assemblea Costituente* essa difese chiaramente il limite all'autonomia regionale rappresentato dall'unicità della Corte costituzionale²³: ma nella già menzionata seduta del 31 dicembre 1948 queste voci trovarono uno sbocco assai chiaro nelle proposte emendative che miravano a modificare lo Statuto siciliano per introdurre una disciplina transitoria riguardante l'Alta Corte e, nello specifico, la sua soppressione in concomitanza con l'avvio dell'operatività della Corte costituzionale. L'emendamento, a firma degli on. Perassi, Cevolotto, Mortati, Bozzi e Persico prevedeva che l'Alta Corte avrebbe cessato di funzionare «con l'esaurimento dei giudizi pendenti avanti ad essa alla data della costituzione della Corte costituzionale istituita dall'art. 134 della Costituzione». Fu il presidente Terracini a bloccare l'*iter* della proposta, facendo presente che lo stesso Statuto siciliano veniva formalmente ap-

provato proprio nella medesima seduta e che, quindi, non lo si poteva in quella sede emendare. Ma Perassi, primo firmatario dell'emendamento, suggellò gli esiti della discussione dando voce alla riserva (non mentale, ma giuridica) che, condivisa da molti, doveva proiettare la sua ombra su tutta la parabola futura del collegio italo-siciliano: «ritengo che la XVI Disposizione transitoria e finale della Costituzione ha implicitamente abrogato le norme dello Statuto siciliano concernenti l'Alta Corte»²⁴.

A fronte di una simile conclusione, fra l'implicito (nel deliberato) e l'esplicito (nelle dichiarazioni), mette conto sottolineare che, invece, nell'immediatezza dell'approvazione sia della Carta fondamentale, sia di quella dell'autonomia siciliana, proprio l'Alta Corte, non senza una certa dose d'ironia delle cose, mostrò il suo protagonismo istituzionale: il collegio – che nel frattempo, come si è detto, aveva preso a funzionare a pieno regime – con una decisione del 19 luglio 1948 dichiarò il secondo comma dell'unico articolo della l. cost. 2/1948 incostituzionale, ponendo nel nulla proprio il meccanismo immaginato – pur ambiguamente – per poter portare ad effetto la sua soppressione come istituzione.

Nel silenzio apparente del legislatore nazionale, anche e in primo luogo di quello costituente, l'Alta Corte parve, quindi, passare indenne le secche precedenti il varo del nuovo assetto costituzionale. Ma il vuoto di deliberazioni nascondeva, come si è visto, una serie di discussioni molto accese e celava, quindi, un problema politico, oltre che giuridico, assai sentito. All'indomani della promulgazione della Costituzione e delle due prime leggi costituzionali (sulla Corte costituzionale, come si sa, e, come si

è visto, sul recepimento dello Statuto siciliano) il quadro delle fonti e della loro successione nel tempo si presentava, peraltro, assai intricato: lo Statuto siciliano, infatti, era stato inserito a pieno titolo nel nuovo sistema costituzionale italiano solo con la (già più volte citata) l. cost. n. 2/1948 (essendo la vigenza precedente da qualificarsi come provvisoria); quindi, in contemporaneità cronologica e consequenzialità logica rispetto alla stessa Costituzione, che prevedeva, appunto, l'istituzione della Corte costituzionale.

Il recepimento dello Statuto per via di legge costituzionale, quindi, offriva argomenti validi per le opposte tesi, quella "abolizionista" e quella "continuista" (si usano queste due etichette a mero fine discorsivo, ma le posizioni erano molto più variegate, come si è già avuto modo di rappresentare): da un lato, si poteva affermare che, *in parte qua*, l'Alta Corte, pur trascinata inerzialmente dal testo "provvisorio" a quello "definitivo", fosse ormai incompatibile (comunque si qualificasse questa incompatibilità) col sistema, come aveva detto Perassi in plenaria alla Costituente; dall'altro, che proprio quel sistema fosse, al contrario, stato costruito in modo tale da presupporre la permanenza, e la piena sopravvivenza, dell'Alta Corte. Alla mancata entrata in funzione della Corte costituzionale fece, poi, da contraltare la piena operatività che, come si è più volte avuto modo di accennare, venne data, all'opposto, e quasi paradossalmente, all'Alta Corte: nominati che furono i suoi componenti con provvedimenti del Primo presidente della Corte di cassazione (componenti i quali erano stati eletti peraltro, come previsto dal D. Lgs. L.C.P.S. n. 942 del 15 settembre 1947, per la quota di spettanza delle assemblee legislative nazio-

nali, proprio dall'Assemblea costituente...) essa tenne la sua prima udienza pubblica il 5 luglio 1948²⁵. Quindi, a rendere le cose ancora più contorte, già durante la vigenza della Costituzione (che data, come risaputo, dal 1° gennaio 1948).

(b) ...e all'indomani del "risveglio" della Corte costituzionale

(b₁) Fra il 1948 e il 1956 il dibattito politico intorno all'Alta Corte visse, cionondimeno, in una strana sospensione. Da un lato, le realtà istituzionali siciliane manifestarono in più occasioni la serafica convinzione della perfetta compatibilità fra il collegio italo-siciliano e il nuovo sistema costituzionale²⁶; dall'altro, e proprio in seguito alla sentenza con cui l'organo "paritario" aveva dichiarato incostituzionale il secondo comma dell'art. 1 della l. cost. n. 2/48, al Parlamento nazionale furono presentate e discusse tre interpellanze (Calamandrei, Leone Marchesano e Caronia, Ambrosini e altri). In risposta, il vicepresidente del Consiglio dei ministri, Piccioni, pur in un discorso molto cauto e pieno di tatto nei confronti dell'autonomia siciliana, ebbe modo di affermare che, con l'entrata in funzione della Corte costituzionale, tutte le questioni legate all'art. 134 sarebbero state «assorbite» dalla funzionalità dell'unico organo deputato a vagliare la legittimità costituzionale delle leggi²⁷; e, qualche mese dopo, fu ancora più esplicito in Senato il presidente del Consiglio dei ministri, De Gasperi, affermando (in una discussione in materia di autonomie regionali, e non specificamente di Alta Corte) che bisognava accelerare quanto più possibile la costituzione della Corte costituzionale,

«perché è chiaro che non si può nemmeno pensare che esista un giudice di legittimità costituzionale per ogni regione: ce ne deve essere uno solo. E questo non può che essere una Corte sola: bisognerà, quindi, trovare il modo di assorbire l'Alta Corte per la Sicilia»²⁸.

Facta, però, *non sequebantur verba*: la situazione rimase sostanzialmente bloccata negli anni successivi. Una soluzione definitiva non fu trovata nemmeno in occasione dei lavori intorno alle leggi (la l. cost. n. 1/1953 e la l. n. 87/19853) che completarono l'organizzazione e resero possibile il funzionamento della Corte costituzionale; ciò a dispetto del fatto che il tema, come si intuisce, fosse stato lambito più e più volte, sia alla Camera che al Senato. Si consolidarono tre posizioni: da un lato, vi era chi intendeva approvare una norma di soppressione esplicita (che non passò); dall'altro, vi era chi sosteneva la permanenza indisturbata ed indiscussa dell'Alta Corte; infine, molti ritenevano, con tracciati argomentativi variegati, che vi fosse spazio per contemplare una "decadenza", un "assorbimento", una "abrogazione per incompatibilità" dell'organo paritetico. Si arrivò, così, al 1956. Come noto, il 23 aprile di quell'anno si tenne la prima udienza pubblica della Corte costituzionale. E da subito, con la tanto anticipata, evocata, citata "entrata in funzione" del nuovo organo di giustizia costituzionale, la questione dell'Alta Corte tornò al centro dell'attenzione.

(b₂) Il problema divenne centrale nel dibattito giuspubblicistico, attirando i commenti e gli interventi di alcuni tra i più insigni studiosi del tempo, al punto che un

ancor giovane Giuseppe Guarino lo definì «uno dei problemi più gravi tra quelli affrontati nell'ordinamento italiano dopo la restaurazione del regime democratico»²⁹; Antonio Amorth, invece, e da posizioni opposte, lo considerò «[...] problema [...] di tale importanza che nessun cultore di diritto pubblico può mostrarsene insensibile»³⁰. Si fece notare, per autorevolezza, uno scritto a firma congiunta di Giuseppe Chiarelli, Vezio Crisafulli, Emilio Crosa, Franco Pierandrei, Alfonso Tesauero, Pietro Virga e del già citato Giuseppe Guarino, apparso sulla Rassegna di diritto pubblico nel 1956: in esso si argomentava per la sopravvivenza dell'Alta Corte sulla scorta di tre ordini di argomenti: (a) la non sovrapponibilità delle competenze delle due Corti (e la diversità degli effetti delle loro pronunce); (b) la specialità dell'autonomia siciliana, che, da un punto di vista istituzionale, non poteva che disinnescare la paventata "rottura dell'unità ordinamentale", da molti evocata contro il mantenimento in vita dell'Alta Corte; (c) la equiordinazione, all'altezza costituzionale, dello stesso Statuto siciliano rispetto alla Costituzione e il suo porsi come *lex posterior*, elementi dalla cui combinazione non avrebbe potuto che farsi derivare la necessità di considerare l'Alta Corte espressamente accolta e "salvata" all'interno del complessivo disegno costituzionale. In questo più ampio argomento perdeva, come si vede, significatività il richiamo (da molti operato anche in sede parlamentare) alla settima disposizione transitoria della Costituzione. Se "costituzionalizzazione" avesse dovuto definirsi quella attraversata dallo Statuto, non si sarebbe potuto certo dire che l'operatività dell'Alta Corte potesse farsi rientrare entro il compasso applicativo della norma che prevedeva la transitorietà

delle forme di controllo di costituzionalità previgenti alla Carta, nelle more dell'attuazione della Corte costituzionale.

Pure fra i favorevoli alla permanenza dell'organo si posizionò Aldo Mazzini Sandulli, con un suo breve ma sferzante articolo sul Foro Italiano (sempre del 1956), nel quale si sosteneva addirittura che la questione della compatibilità fra Corte costituzionale ed Alta Corte, seppur sensata in termini politici e «aperta *de lege ferenda*» non avesse alcuna ragione di esser posta in termini di diritto positivo, nonostante «le non rare affermazioni in senso contrario (dovute non sempre a profani, ma sempre sforzatamente motivate)»³¹. Dalle pagine della neonata *Giurisprudenza costituzionale* evidenziò, invece, le criticità di una possibile coesistenza Costantino Mortati³².

Chi, come il già citato Amorth, difendeva il principio dell'unicità della giurisdizione costituzionale, sottolineava come in virtù di questo, all'esito di un raffronto fra le competenze dell'organo nazionale e quello speciale-regionale, dovesse pronunciarsi un "assorbimento", più che una "caducazione dell'istituto": dovendosi, quindi, ammettere che la giustizia costituzionale non potesse che essere esercitata dall'unica Corte nazionale *negli stessi modi in cui essa era già ordinata per l'Alta Corte, e nella misura in cui questi fossero, appunto, identici a quanto invece previsto per la Corte costituzionale*, mentre la giurisdizione speciale dell'Alta Corte, non ragguagliabile a quella "assorbita", sarebbe rimasta in piedi, e con essa l'organo giurisdicente.

Anche gli argomenti sfavorevoli al mantenimento della competenza costituzionale dell'Alta Corte, insomma, non puntavano a uno smantellamento dell'organo. Né avrebbero, del resto, potuto farlo, perché essi si

muovevano, com'è inevitabile ed ovvio, nel perimetro ermeneutico del diritto vigente. Detto altrimenti, tutti gli intervenienti nel dibattito tenevano ben fermo un postulato immanente non solo nel loro argomentare, ma nella loro stessa *forma mentis*, dando per scontato che non si potesse dare alcuna soppressione *ex nihilo* dell'Alta Corte, e che una eventuale riconduzione delle sue attribuzioni in punto di vaglio di legittimità delle leggi a quelle della Corte costituzionale avrebbe dovuto configurarsi come esito di una operazione di interpretazione, tutta necessariamente inscritta entro il compasso concettuale e l'armamentario logico del più schietto positivismo³³.

5. Interviene la Corte costituzionale

In questo clima maturò la sentenza n. 38 del 27 febbraio 1957 della Corte costituzionale, che ebbe per estensore Giovanni Cassandro, storico del diritto di formazione e di professione, nutrito di forti influenze crociate.

Secondo una *vulgata*, fu questa sentenza non solo a "dichiarare l'assorbimento" (come recita la nota più volte ricordata in apertura di questo discorso) della competenza dell'Alta Corte in quella della Corte costituzionale, ma anche a segnare il destino dell'organo in quanto tale³⁴. Da una disamina appena approfondita del *decisum*, appare, però, lecito dubitarne.

5.1 La pronuncia scaturì dal ricorso in via principale della Presidenza del Consiglio su una legge in materia tributaria. La Regione,

difesa da diversi dei coautori dell'articolo a più mani che si è avuto modo di citare poc'anzi (Pierandrei, Chiarelli, Guarino, Tesauro, Crosa, Virga, oltre che dal regionalista palermitano Camillo Ausiello Orlando³⁵), eccepi l'inammissibilità del ricorso per i seguenti motivi: «1) lo Stato non potrebbe proporre questione di legittimità costituzionale di una legge regionale siciliana davanti a questa Corte, perché per la Sicilia non hanno vigore le norme degli artt. 2 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e 31 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in relazione all'art. 127 della Costituzione, ma bensì le norme contenute negli artt. 24 a 30 dello Statuto siciliano, che stabiliscono un particolare regime di controllo delle leggi siciliane, articoli che non possono considerarsi abrogati dall'art. 134 della Costituzione e dalle disposizioni transitorie VII e XVI della Costituzione stessa; 2) questa tesi troverebbe conferma nel fatto che le leggi siciliane non sono soggette a quel controllo politico del Governo che si esprime nell'apposizione del visto o nel rinvio all'Assemblea regionale per una seconda deliberazione con maggioranza qualificata, né subiscono il controllo di merito da parte dello Stato in quanto, ai sensi dell'art. 29 dello Statuto siciliano, esse devono essere promulgate e pubblicate decorsi otto giorni dalla comunicazione al Commissario dello Stato se non vi sia stata impugnativa davanti all'Alta Corte per la Regione siciliana». Fu affermato anche che il ricorso fosse irricevibile, come naturale conseguenza del computo dei termini basato sulle norme in materia di Alta Corte, uniche applicabili.

La Corte, nel dare risposta al quesito, mosse da un argomento sistematico, non da un dato normativo positivo. I punti di forza della motivazione sono due: l'unicità della

giurisdizione costituzionale, «esigenza logica prima ancora che necessità giuridica»; la caratteristica di "provvisorietà" dell'assetto statutario del '46, destinata a colorare – secondo il *reasoning* del primo collegio della Consulta – tutta la ricostruzione giuridica della vicenda, al punto da condurre al ribaltamento dell'idea della "costituzionalizzazione" *ut sic* dello Statuto siciliano, evidentissimo in un passaggio della pronuncia che mette conto riportare per la sua significatività:

L'obiezione principale contro questa conclusione e tale che ad essa si riconducono per l'una o per l'altra via tutte le altre, è quella che muove dalla considerazione che la competenza dell'Alta Corte sia protetta dalla natura di legge costituzionale conferita allo Statuto siciliano dalla legge 26 febbraio 1948, n. 2, posteriore nel tempo alla Costituzione; ma non è una obiezione che possa essere accolta. In primo luogo, deve essere osservato che il carattere di legge costituzionale non poteva essere attribuito se non allo Statuto quale era nel momento in cui veniva promulgata la legge di 'costituzionalizzazione', vale a dire modificato in questa parte, nella quale esso contrastava con la sopravvenuta Costituzione, e che veniva lasciata soltanto temporaneamente in vigore dalla ricordata VII disposizione transitoria. In secondo luogo, il primo comma dell'art. 1 di quella legge non affermava se non questo: che lo Statuto siciliano dovesse far parte delle leggi costituzionali della Repubblica 'ai sensi e per gli effetti dell'art. 116 della Costituzione', cioè al fine di garantire 'forme e condizioni particolari di autonomia', tra le quali non può farsi rientrare la competenza dell'Alta Corte siciliana in materia di giudizi di costituzionalità, necessariamente assorbita nel più ampio sistema posto dalla Costituzione, ispirato alla visione che il legislatore costituente ebbe delle autonomie regionali, saldamente ancorate all'unità e all'indivisibilità dello Stato.

La VII disposizione transitoria, quindi, si noterà incidentalmente, non rappresentava, in questo ragionare, il puntello prin-

cipale per pronunciare la caducazione, o l'assorbimento della competenza dell'Alta Corte sulla costituzionalità delle leggi, ma un semplice corollario, un rafforzativo della tesi centrale.

E non si trova traccia, nella pronuncia, di alcuna affermazione relativa alla permanenza dell'Alta Corte; men che meno si sfiora il tema della giurisdizione speciale sulle accuse, evidentemente estranea alla *res iudicanda*.

5.2 Ma, allora, se non verso una stringente, aritmetica conclusione sulla non sopravvivenza dell'organo italo-siciliano, dove conduceva la tesi sposata dalla Corte costituzionale, appunto? Semplicemente all'affermazione di un assioma che, di per sé, non era affatto nuovo nel dibattito, che riceveva ora, è vero, un avallo di cui non si sarebbe potuto non tenere conto, ma che, comunque, di per sé sola non era affatto sufficiente a chiudere la controversia: l'assorbimento *ipso iure* della competenza dell'Alta Corte per incompatibilità con la Costituzione.

L'idea che potesse darsi un passaggio automatico fra dichiarazione, comunque concepita, di incompatibilità delle competenze costituzionali dell'Alta Corte siciliana ("assorbimento", caducazione, perfino abrogazione implicita) alla estinzione dell'organo stesso era stata, del resto, una costante dei dibattiti parlamentari svoltisi negli anni precedenti: ma si trattava di discorsi svolti sul filo dell'ambiguità, perché, seppur condotti in apparente ossequio a una logica strettamente giuridica, sfumavano in realtà (volutamente, sul piano politico) una aporia che i costituzionalisti, dal

canto loro, come si è già detto, non avevano mancato di ben cogliere: quel *post hoc, ergo propter hoc* istituito nel rapporto fra venir meno delle competenze (o meglio ancora, di alcune delle competenze) del collegio e venir meno del collegio in quanto ente era, in realtà, un salto logico non consentito. Un salto che non si poteva dare entro i confini mentali dell'ermeneutica del diritto positivo. «Arditezza», l'aveva definita, più volte e senza mezzi termini (anche se con elegante *understatement*), Sandulli, nel suo già ricordato articolo del '56.

Di per sé, quindi, non fu la sentenza n. 38 del 1957 a provocare l'estinzione dell'Alta Corte. Né poteva provocarla.

Cosa, allora? E in che modo?

6. Epilogo. Spontaneità e costituzione rigida: un'ipotesi

La chiusura della vicenda sopravvenne di là a poco. La sentenza n. 38 ebbe bensì un suo ruolo, ma non per i suoi effetti giuridici, quanto piuttosto per la sua efficacia come spunto argomentativo in una dialettica che si spostò, ora, dalle sedi giurisdizionali a quelle politiche, anzi, per meglio dire, alle più alte sedi di composizione degli equilibri della forma di governo.

Tre componenti dell'Alta Corte erano stati nominati giudici costituzionali e il collegio italo-siciliano si trovava, di conseguenza, nella impossibilità di operare. Il 22 marzo 1957 era stata annunciata la convocazione del Parlamento in seduta comune, da tenersi il successivo 4 aprile, per la nomina di un membro effettivo e di un membro supplente, di spettanza delle assemblee legislative nazionali.

Ma il 3 aprile – appena un giorno prima dell’apertura delle votazioni – la presidenza della Camera comunicò che «il Presidente della Camera, on. Leone, ha ricevuto i giudici della Corte costituzionale Azzariti, Perassi, Bracci, Cassandro, i quali a nome della Corte costituzionale hanno espresso la preoccupazione che con la elezione dei giudici dell’Alta Corte siciliana potesse delinearsi un conflitto di eccezionale pregiudizio per le istituzioni dello Stato».

Questa viva preoccupazione era, evidentemente, condivisa dal presidente della Repubblica, Gronchi, al punto da spingerlo a inviare un messaggio formale al presidente della Camera. L’importanza di questo messaggio non può essere sottaciuta. È qui, infatti, che va ricercato l’atto (privo di alcuna valenza cogente, com’è evidente) nel quale si manifestò l’impulso decisivo per la soluzione del problema dell’Alta Corte. In sostanza, il Capo dello Stato chiese – e ottenne – che la seduta per le nomine fosse cancellata e il rinnovo del *plenum* dell’Alta Corte rinviato a data da destinarsi.

Lo scritto a firma di Gronchi spicca per l’assoluta lucidità ed esattezza con cui, in esso, venivano squadernate tutte le criticità della situazione. Innanzitutto, il presidente della Repubblica si rendeva perfettamente conto di come, in realtà, la sentenza n. 38 di per sé non risolvesse nulla, perché, non avendo – appunto – inciso sull’esistenza dell’Alta Corte, esponeva anzi l’ordinamento al rischio di prese di posizione divergenti fra i due collegi (nonostante le felpate certezze pur nelle stesse righe espresse riguardo al *fairplay* dei giudici...). Peraltro, la missiva mostrava di aver perfettamente inteso l’autentico tenore delle statuizioni della Consulta, notando che «Questa si è limitata ad affermare la competenza a deci-

dere – quale unico giudice della legittimità delle leggi statali o regionali e dei conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni o delle regioni fra loro – su ogni controversia tra lo Stato e la regione avente per oggetto tanto le questioni di legittimità costituzionale di leggi e regolamenti statali e regionali, quanto i conflitti di attribuzione tra lo Stato e la Regione in parola». Rispetto a ciò, secondo il Capo dello Stato, non veniva meno, ma anzi si poneva in maggiore risalto il tema delle residue competenze giurisdizionali penali dell’Alta Corte, con tutte le loro peculiarità, che postulavano una scelta molto netta.

Secondo Gronchi, l’unica soluzione “a regime” avrebbe potuto risiedere in una complessiva riforma che ponesse mano a un ridisegno armonico del sistema, differenziando le competenze dell’Alta Corte da quelle della Corte costituzionale e coordinandole reciprocamente. La presentazione di due disegni di legge (a firma, rispettivamente, degli onn. Li Causi e Aldisio), avvenuta poco prima alla Camera, offriva il destro per la richiesta del presidente di una “moratoria” nel nominare i giudici dell’Alta Corte.

Già si è detto che le cose andarono, nell’immediato, secondo quanto auspicato dal Quirinale. Nel corso di quella legislatura, però, i due progetti di legge che avevano rappresentato il *casus belli* per congelare le nomine dei componenti mancanti dell’Alta Corte si arenarono in Commissione. Riproposti nella legislatura successiva, non ebbero miglior fortuna (anzi, furono lasciati cadere in modo ancor più evidente). E il tema delle nomine da farsi all’organo (un tempo) di giustizia costituzionale dell’autonomia siciliana non venne più risollevato.

6.1 Si trattò di un mero espediente politico, di un sotterfugio protratto nel tempo con abile estenuazione, fino a far scomparire il tema dalla discussione? O di un fatto rilevante per l'ordinamento giuridico? La risposta non può che essere la seconda, e non solo per il livello al quale si era trovato questo punto di equilibrio e per il grado di consapevolezza di tutti i soggetti coinvolti, che induce ad escludere la possibilità di ridurre il tutto ad un qualsiasi caso fortuito o fortunato stratagemma. Il punto principale è non solo e non tanto che l'Alta Corte cessò *per sempre* di operare, ma che intorno a questa estinzione si creò un consenso degli attori del quadro istituzionale e costituzionale. Un consenso operante, appunto, nel senso di ritenere soppressa la Corte; di agire "come se" soppressione vi fosse stata. Si trattava, quindi, di un consenso volto a consolidare un effetto non solo fattizio, ma giuridico, anzi giuridico in quanto fattizio. In altre parole, del coagularsi di una *opinio iuris* intorno a un comportamento munito di stabilità nel tempo. Certo, su questo meccanismo si inserirono le rappresentazioni positivistiche (l'attribuzione alla sentenza della Corte costituzionale dell'effetto conseguito, in realtà, alla mancata reintegrazione del *plenum* del collegio; la feticizzazione della VII disposizione transitoria della Costituzione, vista come aggancio normativo utile a dare ragione di una dinamica altrimenti non normalizzabile nel circuito interpretativo-applicativo).

Impiegando una categoria che è stata studiata per descrivere il sorgere di istituti e perfino di organi in via di fatto e in assenza di qualsiasi impulso normativo positivo, si dirà che la soppressione dell'Alta Corte avvenne in via *spontanea*³⁶. Rispetto a questa conclusione, non deve sorpren-

dere che si levasse qualche voce distonica: d'altronde, non si può mettere in dubbio la nascita spontanea, all'indomani della promulgazione della Carta carlalbertina, della figura del presidente del Consiglio dei ministri, dello stesso Consiglio, della fiducia parlamentare, solo perché, decenni dopo, apparve un articolo (pur importante nel dibattito coevo) che, con lo slogan "*Torniamo allo statuto!*" sembrava vagheggiare l'esistenza di uno stato primigenio del costituzionalismo subalpino e poi italiano nel quale si desse reale esistenza alla cosiddetta "monarchia costituzionale pura", vissuta solo sulla carta³⁷. Allo stesso modo, il fatto che anche in anni recenti diversi esponenti politici isolani abbiano fatto ricorso, in vari contesti, all'argomento della "*renovatio*" dell'Alta Corte, dimostra, semmai, che anche per i fautori del ritorno al collegio italo-siculo è necessario un impulso potestativo, positivo, perché questa "risorgenza" venga portata ad effetto.

La vicenda dell'Alta Corte, insomma, conferma che esiste uno spazio insopprimibile per il formante non positivo del diritto, e finanche del diritto costituzionale. Esiste una dimensione – la spontaneità, appunto – che si traduce in norme (consuetudinarie) che non vivono soltanto nell'esiguo spazio consegnato dalla tradizione ottocentesca alle fonti-fatto, ma si rivelano in grado non di sovvertire, ma di oltrepassare il quadro delle fonti costruito in modo chiuso, rigido e formale. A riprova, ove ve ne fosse bisogno, che la vita del diritto non si lascia ingabbiare da alcuno schematismo, nemmeno il più raffinato, nemmeno il più complesso, aperto, "plurale"; perché, rammentando la lezione istituzionalista e la riflessione sull'*esperienza giuridica*, il pluralismo appartiene, ontologicamente, agli

ordinamenti e alle istituzioni, e non a dei costrutti dogmatici³⁸.

¹ <https://www.regione.sicilia.it/sites/default/files/2020-10/Statuto_o.pdf>, novembre 2025.

² Per una trattazione del tema che costituisce ancor oggi un classico contemporaneo e un termine di confronto, si può far riferimento a G. Marshall, *Constitutional conventions*, Oxford, Oxford University Press, 1987¹. Il lavoro, con profonde radicazioni nel pensiero di A.V. Dicey, esplora il significato delle "conventions" soprattutto in opposizione all'idea di "law" e ne analizza il ruolo nel dare corpo agli equilibri della forma di governo.

³ L'affermazione non è, chiaramente, incontrovertibile. Essa parte, tuttavia, dall'assunto storicamente determinato per cui, sia pur in un quadro pluralistico, l'interpretazione del giudice, in un sistema problematicamente "esploso" come quello post-moderno (con Paolo Grossi), ma comunque (ancora) caratterizzato da una cifra normativistica, l'interpretazione del giudice sia (tuttora prevalentemente, e su un piano chiaramente fenomenologico, non certo di necessità teorica) "interpretazione per l'applicazione... di un voluto normativo", come sinteticamente affermato di recente da illustre dottrina («[...]A ben vedere, che quella del giudice sia interpretazione per l'applicazione è cosa ormai nota e acquisita alla consapevolezza del pensiero giuridico. Molto meno lo è che la stessa legislazione sia legislazione per l'interpretazione e – quindi – per l'applicazione [...] la legislato e la iurisdiclio sono elementi di un processo di decisione sociale che – pur nelle differenze funzionali delle due attività – possiede una

sua unitarietà, sicché può produrre risultati apprezzabili solo a condizione che chi sta a monte non dimentichi che quanto fa è destinato a ripercuotersi a valle, e che chi sta a valle non dimentichi che quanto fa lo fa perché a monte esiste un voluto legislativo da condurre ad effetto», così, discorsivamente ed efficacemente, M. Luciani in *Teoria e dommatica delle fonti in Alessandro Giuliani*, in «ApertaContrada», 2010 <www.apertacontrada.it>, novembre 2025.

⁴ Il tema non può che riportare alla mente le riflessioni di P. Grossi, almeno in *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 32, 2003, pp. 25 ss.

⁵ Il rimando è d'obbligo, per una contestualizzazione più ampia, a A. Romano (a cura di), *De curia semel in anno facienda. L'esperienza parlamentare siciliana nel contesto europeo*, Atti del convegno internazionale di studi di Palermo, 4-6 febbraio 1999, Milano, Giuffrè, 2002; A. Romano, *En los albores del constitucionalismo europeo: la Carta siciliana de 1812*, in «Anuario de Historia del Derecho español», 1/1997, pp. 777 ss.

⁶ Sul tema, v. l'importante contributo di C.R. Ricotti, *Il costituzionalismo britannico nel Mediterraneo fra rivoluzione e restaurazione (1794-1818)*, Milano, Giuffrè, 2005; con centratura sul "mito" della Costituzione del '12 nella Sicilia ottocentesca, D. Novarese, *La complessa eredità ideologica della stagione costituzionale del 1812 nel pensiero politico siciliano fra Ottocento e Novecento*, in G. Armao, M. Saija (a cura di),

Settant'anni di autonomia siciliana 1946-2016, Soveria Mannelli, Rubettino, 2016, pp. 111 ss.; A. Romano (a cura di), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea fra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Atti del seminario in memoria di Francisco Tomàs y Valiente, Messina 14-16 novembre 1996, Milano, Giuffrè, 1998.

⁷ Il primo atto del riconvocato (dal governo provvisorio) Parlamento siciliano del luglio 1820 fu proprio il richiamo in vita della costituzione del 1812; l'insurrezione isolana, insieme con quella spagnola (che rappresentava una ispirazione politica più immediata per la parte "ultra Faro" del regno) diede la stura ai moti continentali, che però si orientarono, come noto, sul costituzionalismo di Cadice. V.M.R. Corciulo, *Una rivoluzione per la Costituzione. Agli albori del Risorgimento meridionale (1820-'21)*, Roma, Sapienza ed., 2017 n. ed.

⁸ A. Sciortino, *La Costituzione siciliana del 1812 come snodo tra vecchio e nuovo costituzionalismo*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Roma, Aracne, V. 5., 2013, pp. 925 ss.

⁹ Per una panoramica più generale, si v. M. Ganci, R. Scaglione Guccione (a cura di), *150° anniversario della Rivoluzione del 1848 in Sicilia*, Atti del convegno di Palermo, 25-26-27 marzo 1998, in *Archivio Storico Siciliano*, Serie IV, vol. XXV, Palermo 1999.

¹⁰ D. Novarese, *Federalismo e regionalismo nel dibattito siciliano degli anni 1848-61*, in A. Trova, G. Zichi (a cura di), *Cattaneo e Garibaldi: federalismo e Mezzogiorno*, Roma, Carocci, 2004, pp. 71 ss.

¹¹ Cfr., su quest'aspetto, M. Morel-

- lo, *Per la storia delle costituzioni siciliane. Lo Statuto fondamentale del Regno di Sicilia del 1848*, in «Studi urbinati di scienze politiche, giuridiche ed economiche», 3/2006, pp. 309 ss.
- ¹² S. Lupo, *Sicilianismo, Separatismo, Autonomismo*, in Armao, Saija (a cura di), *Settant'anni di autonomia siciliana*, cit., pp. 59 ss.; G. Astuto, *Le origini dello Statuto siciliano*, in *Settant'anni di autonomia siciliana*, cit., pp. 161 ss.
- ¹³ M. Saija, *Alle origini del concetto di autonomia*, in *Settant'anni di autonomia siciliana*, cit., p. 15. Datato e ovviamente assai influenzato dalla vicenda e dalle vedute dell'A., ma importante come documento storico, E. La Loggia, *Sintesi storica della questione siciliana*, Palermo, Mori, 1955.
- ¹⁴ D. Novarese, *La tradizione "inventata". La costruzione dell'ideologia parlamentare in Sicilia fra XVI e XIX secolo*, Milano, Giuffrè, 2011.
- ¹⁵ Cfr., specialmente, e ancora, D. Novarese, *Assemblee parlamentari e potere costituente in Sicilia (1812-1828)*, in *De curia semel* cit., 2002, pp. 129 ss.
- ¹⁶ Ne dà notizia M. Battaglini in *Alta Corte per la Regione siciliana*, Padova, Cedam, 1960, pp. 8-9.
- ¹⁷ Qui, per vero, convivono due tipologie di impulso. Il meccanismo ordinario, e assolutamente peculiare di questo tipo di giudizio, tanto che tradizionalmente ve ne si coglie uno dei principali tratti individualizzanti nell'ordinamento, prevede che sia la stessa presentazione del conto a costituire in giudizio l'agente contabile. Accanto a questa modalità di introduzione del giudizio, e nei casi in cui, per diverse vie, l'agente "sfugge" a quest'obbligo, sin dalla l. 800/1862 si prevedeva che la vicenda processuale potesse essere attivata su ricorso del P.M.
- ¹⁸ Ne dà notizia G. Guarino, in *Corte costituzionale ed Alta Corte per la Regione siciliana*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, Cedam, vol. 2, 1957, p. 687.
- ¹⁹ Cons. St., Ad. Plen., n. 20/1955, in *Il Consiglio di Stato*, 1955, p. 1309. L'alto consesso amministrativo dava atto di come fra giudici ordinari di merito, specie isolani, vi fossero state delle pronunce di segno contrario.
- ²⁰ *Atti della Consulta nazionale – Commissioni riunite – dal 5 novembre 1945 al 10 maggio 1946*, seduta del 7 maggio 1946, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1946, pp. 470 ss.
- ²¹ Come è evidente dalla disamina degli Atti dell'Assemblea costituente: si veda, ad esempio, la relazione svolta dall'on. Cevo-lotto in Assemblea plenaria sui lavori della Sottocommissione per gli Statuti regionali, presieduta dall'on. Perassi. *Atti dell'Assemblea costituente*, Assemblea plenaria, seduta del 31 gennaio 1948, pp. 4282 ss., ora disponibili on-line in <https://legislature.camera.it/_dati/constituente/lavori/Assemblea/sed374/sed374.nc.pdf>, novembre 2025.
- ²² Tutto il dibattito è ben ricostruito in Battaglini, *Alta Corte* cit., pp. 15 ss.
- ²³ Ministero per la Costituente, Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione alla Assemblea costituente*, Roma, 1946, vol. II, p. 15.
- ²⁴ *Atti dell'Assemblea costituente* cit., 31 dicembre 1948, pp. 4339 ss.
- ²⁵ I provvedimenti presidenziali citati datano dal 21 gennaio e dal 31 maggio 1948 e furono duplici poiché intervennero, sulle prime nomine, alcune rinunce. Fu costituita una segreteria dell'Alta Corte e le funzioni di cancelleria vennero esercitate dalla Cancelleria della Corte di cassazione (cfr. ACS, fondo *Alta Corte per la Regione siciliana 1948-1968*); le norme del D. L.c.p.s. n. 942/1947 in materia di organizzazione e funzionamento dell'Alta Corte evidenziano chiaramente il legame strutturale fra il Collegio italo-siciliano e la Suprema Corte: elemento che, insieme con la collocazione topografica delle norme statutarie in materia di Alta Corte fra quelle dedicate alla giurisdizione, fornisce spunti di interesse per alimentare una riflessione sulla rappresentazione "giurisdizionale" dell'A.C., differentemente da quanto, invece, veniva chiaramente detto in Costituente della erigenda Corte costituzionale, organo che fu veevolmente detto rappresentare una "strana mischianza" e "ridicola invenzione" da vecchi liberali democratici come F.S. Nitti, ma anche più pacatamente attaccato da V. E. Orlando, e del quale – non meno efficacemente, quanto a questo – fu chiaramente affermata la collocazione al di fuori del fenomeno della giurisdizione da giuristi-costituenti del calibro di Calamandrei. In generale, da parte dei componenti dell'Assemblea, vi era consapevolezza della irriducibilità del sindacato accentrato di costituzionalità alla giurisdizione, come sintetizza A. Cerri nel suo notissimo *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008⁵, pp. 32 ss. (ma v. tutto il cap. 1), e riporta, da ultimo, G. Vasino, in un suo recente e interessante contributo su *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 13 ss.
- ²⁶ Più ampiamente, ancora, M. Battaglini, *Alta Corte* cit., pp. 25 ss.
- ²⁷ Camera dei deputati, I legislatura, seduta del 28 luglio 1948, p. 1442;
- ²⁸ Senato della Repubblica, I legislatura, seduta del 15 dicembre 1948, p. 4464
- ²⁹ Guarino, *Corte costituzionale* cit., p. 683.
- ³⁰ A. Amorth, *L'assorbimento della competenza dell'Alta Corte per la Regione siciliana da parte della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1956, poi in *Scritti giuridici*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 1529 ss.
- ³¹ A. M. Sandulli, *Sulla discriminazione delle competenze tra Corte costituzionale e Alta Corte per la Regione siciliana*, in «Foro italiano», IV, 1956, pp. 49 ss.

³² C. Mortati, *Corte costituzionale e Alta Corte per la Regione Siciliana*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1956, pp. 1243 ss.; in precedenza, *Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali*, in «Foro padano», 1949.

³³ Per una più compiuta ricostruzione della *querelle* dottrinale, e limitandosi ai contributi di taglio più specifico, si v. anche V. Gueli, *Caratteri e limiti della giurisdizione dell'Alta Corte per la Regione siciliana*, in «Foro It.», I, 1949, pp. 115 ss.; B. Biondi, *Assorbimento dell'Alta Corte per la Sicilia nella Corte costituzionale*, in «Foro It.», IV, 1956, p. 265; C. Esposito, *Corte costituzionale e Alta Corte per la Regione siciliana*, *ivi*, p. 1232.

³⁴ Così, ad esempio, M. Battaglini, che in *Alta Corte cit.*, p. 65, afferma che «il problema dei rapporti tra Corte costituzionale e Alta Corte ha trovato la sua soluzione diretta in una sentenza della Corte costituzionale del 27 febbraio 19579 e che sottolinea «l'importanza decisiva di questa sentenza».

³⁵ Che si era anch'egli esercitato nel dibattito, ovviamente da posizioni favorevoli all'autonomia siciliana: C. Ausiello Orlando, *Problemi della giustizia costituzionale e altri studi*, Milano, Giuffrè, 1957.

³⁶ Sulla categoria della "spontaneità" come fenomeno rilevante nel costituzionalismo moderno pur in presenza di Carte costituzionali scritte, si rimanda a R. Ferrari Zumbini in *Tra idealità e ideologia. Il Rinnovamento costituzionale nel Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Torino, Giappichelli, 2008, e *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849*, Roma, Luiss University Press, 2016 (n. ed. 2019).

³⁷ Il riferimento è, naturalmente, al notissimo scritto di S. Sonnino di identico titolo, apparso su *Nuova antologia* il 1° gennaio 1897.

³⁸ Al proposito, si ricorda la recente riedizione degli *Studi sull'esperienza giuridica* di G. Capograssi, a cura di V. Omaggio, Napoli, Edi-

toriale scientifica, 2023. Del pari interessante la riproposta ad un pubblico ampio di diversi classici dell'istituzionalismo (da M. Hauriou a S. Romano) che da diversi anni si conduce per la collana "Ius" dell'editore Quodlibet.

«Dare concretezza alla Costituzione». 1971: il diritto all'assistenza attraverso un'indagine conoscitiva del Parlamento italiano

GIUSEPPE MECCA

1. *Sulla genesi e sull'oggetto dell'indagine*

Nel 1971 la Seconda Commissione permanente della Camera dei deputati (Affari Interni) avviava un'indagine conoscitiva sullo stato dell'assistenza pubblica e privata in Italia¹. La proposta fu avanzata per la prima volta dall'On. Raffaello Russo Spena nella discussione del bilancio dell'interno per l'anno finanziario 1968. La richiesta fu riproposta nel corso della discussione del bilancio per l'anno 1969 dai deputati marchigiani Marcello Simonacci e Franco Foschi. In quegli anni erano state avanzate richieste anche per l'istituzione di una commissione d'inchiesta parlamentare².

L'iniziativa si inseriva in un contesto di crescente attenzione verso il *welfare* – parallelamente si davano attuazione alle riforme previste nel settore della sanità e della previdenza sociale – e mirava a raccogliere dati ed elementi conoscitivi funzionali a una riforma organica della legislazione di un settore caratterizzato da frammenta-

rietà, sia per le moltiplicazioni delle forme assistenziali e degli enti coinvolti, sia per la stratificazione normativa ancora ancorata alla legge del 17 luglio 1890, n. 6972 e dai relativi regolamenti di esecuzione e di contabilità del 1891³. La legge crispina aveva subito nel corso degli anni modifiche ed integrazioni – con Giolitti nel 1904, durante il fascismo nel 1923 e nel 1937⁴ e poi in età repubblicana – senza, però, che ne venisse snaturato l'impianto. Sul punto, si scriveva:

Non occorre ricordare che la legislazione assistenziale è particolarmente complessa e copiosa. Sull'antico tronco della legge fondamentale del 1890, che tuttora governa le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, si sono, infatti, innestati, nel volgere del tempo, numerosi provvedimenti di modifica parziale e di integrazione: numerose sono pure le disposizioni speciali che regolano particolari settori della pubblica assistenza. A fronte della varietà e molteplicità degli strumenti normativi è ormai urgente il problema della revisione e dell'ammodernamento di essi, onde addivenire ad un nuovo sistema, organico e coordinato⁵.

L'indagine nasceva dall'attuazione di un

ordine del giorno votato dalla Commissione il 17 ottobre 1968, nella consapevolezza che il sistema assistenziale italiano presentasse carenze strutturali tali da richiedere un intervento riformatore organico e non più rinviabile. Si richiamava, in particolare, quanto già esplicitamente indicato nel *Programma di sviluppo economico 1966-1970*, che prevedeva la revisione della normativa vigente, il riordino dell'assistenza di primo intervento e un efficace coordinamento tra pubblico e privato. Il *Programma* e i suoi successivi sviluppi consideravano componenti essenziali per lo sviluppo della sicurezza sociale quattro fattori e cioè: la sanità; la previdenza sociale; l'assistenza e la protezione civile. Tuttavia, nonostante la chiarezza degli obiettivi e l'urgenza delle riforme, nei primi tre anni di attuazione del Piano ben poco era stato fatto, e le criticità del settore tendevano ad aggravarsi.

Il democristiano Franco Foschi, medico recanatese, deputato dal 1968 al 1994, più volte sottosegretario ai Ministeri del Lavoro, della Sanità e degli Esteri e, successivamente, Ministro del Lavoro nel 1980, curò in prima persona la stesura dello schema preliminare dell'iniziativa. La scelta di affidargli il ruolo di relatore appariva particolarmente significativa, se letta alla luce del suo profilo biografico e professionale, che coniugava competenze medico-sanitarie e lunga esperienza parlamentare. Nel documento da lui predisposto venivano individuati — con chiarezza non priva di ambizione — gli ambiti, i contenuti e le modalità operative dell'indagine: si proponeva un'analisi approfondita dell'ordinamento normativo e organizzativo vigente, con attenzione alle strutture e alle funzioni degli enti operanti nel settore; la tipologia dei servizi erogati e dei destinatari; le modalità e i costi

di gestione; le fonti di finanziamento; e, infine, una ricognizione dei bisogni effettivi della popolazione assistita. Dallo schema preliminare emergeva così il tentativo di offrire una prima, sistematica definizione del campo dell'assistenza, nella prospettiva di una futura riforma organica:

L'assistenza e la beneficenza pubblica è diretta "a soccorrere coloro che, per qualsiasi causa si trovino nell'impossibilità di provvedere ai propri bisogni". La previdenza sociale invece è "indirizzata al fine specifico di tutela delle classi lavoratrici e a tale tutela provvede con il concorso degli stessi beneficiari e dai datori di lavoro, attuando, attraverso l'assicurazione sociale, forme di risparmio obbligatorie". [...] Sebbene affine ed interferente con l'assistenza pubblica sopra delineata diverso è anche il sistema dell'assistenza ai lavoratori diretta specificamente ad essi in quanto tali e rivolta "a tutelare il lavoratore sulla sua umana personalità e ove l'erogazione di soccorsi e sussidi ha funzione secondaria". Queste distinzioni e differenze si attenuano e scompariranno il giorno in cui si arriverà a tradurre in nome di diritto positivo gli orientamenti verso un sistema cosiddetto di sicurezza sociale⁶.

Si stabilì, inoltre, di articolare l'indagine in tre momenti: una prima fase di raccolta dati, condotta tramite le fonti ufficiali ministeriali e l'audizione di esperti, funzionari, rappresentanti degli istituti assistenziali e delle associazioni familiari; una seconda fase dedicata a sopralluoghi presso un campione di istituti sul territorio nazionale e allo studio delle esperienze più avanzate a livello internazionale; una terza fase finalizzata all'elaborazione dei dati raccolti in una relazione conclusiva, destinata a orientare iniziative legislative concrete. Lo scopo era duplice: da un lato evidenziare le disfunzioni normative, amministrative e organizzative del sistema; dall'altro orientare le future scelte legislative. In particolare, si intendevano analizzare i tipi di

assistenza erogata, le modalità di gestione, i destinatari, i costi e le fonti di finanziamento.

La Commissione riuscì a concludere solamente la prima fase, raccogliendo una notevole mole di documentazione. In particolare, furono raccolti e pubblicati i resoconti stenografici delle sei sedute dedicate alle audizioni di figure chiave del settore assistenziale (16 febbraio, 24 febbraio, 17 marzo, 31 marzo, 28 aprile e 5 maggio)⁷.

Particolarmente significativa fu anche la missione internazionale condotta da una delegazione della Commissione dal 28 ottobre al 6 novembre 1971 in Svezia, Finlandia e Norvegia. Obiettivo della visita era studiare sul campo i modelli nordici di assistenza agli anziani, ai minori, ai soggetti in stato di bisogno e ai minori disadattati. La delegazione visitò strutture come case di riposo, scuole speciali e centri di riabilitazione, e incontrò autorità politiche e amministrative dei paesi ospitanti. Le osservazioni raccolte durante la missione furono successivamente inserite nella relazione pubblicata dalla Commissione, arricchita da note esplicative sui sistemi di *welfare* scandinavi.

Alla documentazione raccolta direttamente dalla Commissione si affiancarono anche altri contributi tra cui: le discussioni parlamentari sui bilanci dello Stato in materia di assistenza; i pareri regionali sul decreto delegato sulla beneficenza pubblica; i materiali prodotti dalla Commissione ministeriale del 1970 per l'integrazione tra servizi sociali e sanitari; e infine i contributi elaborati da enti come ACLI, CIF, UNEBA, ANEA, ISTISS, EISS, CENSIS, nonché da fondazioni come la Fondazione Zancan.

2. *Dal dibattito costituente alla "Costituzione inattuata": le istituzioni assistenziali alla prova del cambiamento*

La Costituzione italiana del 1948, nei suoi principi fondamentali e nelle disposizioni dedicate ai rapporti etico-sociali ed economici, delinea un articolato sistema di protezione sociale. A partire dall'affermazione della pari dignità sociale e dell'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, essa attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, di fatto, limitano la libertà e impediscono la piena partecipazione dei cittadini alla vita politica, economica e sociale del Paese⁸. La Costituzione riconosce e garantisce altresì i diritti inviolabili dell'uomo, anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, come principio che legittima la presenza di un sistema di servizi collettivi finalizzati all'inclusione e alla promozione del benessere. La solidarietà, infatti, non viene interpretata solo come dovere etico individuale, ma come criterio strutturale dell'azione pubblica⁹. Nello specifico, l'articolo 38 stabilisce al primo comma che «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale». Nell'ultima parte si dice che è ammissibile tanto l'assistenza pubblica quanto quella privata.

Questa norma introduceva per la prima volta nella legislazione italiana il carattere obbligatorio dell'assistenza, riconoscendo un nuovo diritto soggettivo, paragonabile per statuto e rilevanza al diritto al lavoro¹⁰. Il diritto all'assistenza implica un compito ampio e collettivo: un impegno che coinvolge non solo lo Stato, ma anche la società civile e le sue articolazioni, nel fornire servizi

di carattere materno, alimentare, sanitario, educativo e lavorativo. La formulazione dell'articolo 38 non introduceva condizioni moralistiche o di merito, ma affermava un diritto universale e incondizionato, radicato nell'idea di dignità della persona. Lo testimonia chiaramente il dibattito in seno alla Terza Sottocommissione¹¹. Nella relazione dell'on. Togni si affermava infatti che la Costituzione non poteva limitarsi a un insieme di norme tecnico-giuridiche «fredde», ma doveva riflettere gli aspetti dinamico-politici della vita collettiva. Con particolare concretezza nel settore dell'assistenza e previdenza si stabiliva:

ogni cittadino, pel fatto stesso che esiste e vive, ha diritto di essere messo in condizioni di poter far fronte alle minime esigenze della vita; e queste possono venir soddisfatte attraverso ad una attività diretta, in quanto l'individuo ha la possibilità – fisica od intellettuale – e l'occasione – sociale ed economica – di lavorare (nel qual caso ha anche il dovere di farlo), ovvero attraverso l'obbligo che incombe alla collettività, quando il cittadino, indipendentemente dalla sua volontà, non sia in condizioni, o per una crisi sociale, o per causa fisica, intellettuale o psichica, di lavorare¹².

La nuova Carta rompeva esplicitamente con la tradizione filantropica e caritatevole di matrice ottocentesca, affermando una visione in cui l'assistenza si configurava come obbligo dello Stato e diritto soggettivo del cittadino¹³. Questo diritto si fondava sulla giustizia sociale che lungi dall'essere astratta, diventa parte integrante di un progetto di trasformazione dell'ordinamento democratico, che mira alla costruzione di una cittadinanza sostanziale.

Lodovico Montini lo chiariva con parole incisive: l'assistenza non era né beneficenza, né gestione collettiva dei rischi, né mero esborso per emergenze, ma «una delle più delicate e diffuse forme di solidarietà nella

vita della comunità»¹⁴.

Il confronto con le altre costituzioni coeve consente di cogliere meglio i flussi costituzionali che hanno alimentato l'art. 38 e, più in generale, l'impianto sociale della Carta del 1948. Non si trattava soltanto di "modelli" giuridici importati, ma di una vera e propria circolazione di una cultura costituzionale transnazionale, che andava ben oltre le singole esperienze nazionali e rifletteva le connessioni profonde tra i diversi processi costituenti.

Già nel dibattito dell'Assemblea costituente furono richiamati esempi stranieri. In particolare, i costituenti italiani menzionarono la Costituzione francese del 1946, il cui art. 33 stabiliva che «ogni essere umano che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale, della situazione economica, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza»¹⁵. La garanzia di tale diritto era affidata all'istituzione di organi pubblici di protezione sociale: un'impostazione che sanciva con nettezza il superamento della beneficenza privata e l'assunzione da parte dello Stato di una responsabilità generale.

Parimenti, fu evocata la Costituzione dell'URSS del 1936 (art. 120), che riconosceva ai cittadini il diritto all'assistenza materiale nella vecchiaia e in caso di malattia o perdita della capacità lavorativa¹⁶. Tale diritto veniva assicurato dallo Stato attraverso il sistema dell'assicurazione sociale, l'assistenza medica gratuita e una rete capillare di istituzioni sanitarie: un modello che faceva dell'assistenza una componente organica della cittadinanza socialista.

Questi riferimenti, assunti esplicitamente nel dibattito costituente, si intrecciavano con altri esempi che circolavano nella cultura giuridica europea e america-

na del dopoguerra. Il *Grundgesetz* tedesco del 1949, fondato sulla dignità umana e sul principio di "Stato sociale di diritto", attribuiva allo Stato compiti precisi nella garanzia della sicurezza economica e sociale. Sul versante latino-americano, le Costituzioni si spinsero ancora oltre, con formulazioni che – "più avanzate di quelle europee" – accentuavano il nesso tra tutela del lavoro, sicurezza sociale e funzione proattiva dello Stato¹⁷.

Non si può ridurre questa pluralità di richiami a un mero trapianto di modelli. Più correttamente si deve parlare di connessioni del processo costituente: un terreno di scambio e di circolazione in cui i costituenti recepirono, reinterpretarono e rielaborarono esperienze diverse, integrandole nel proprio orizzonte politico e culturale¹⁸. L'art. 38 si collocava così all'incrocio di questi flussi, come espressione di un costituzionalismo sociale transnazionale che assume la dignità, la solidarietà e la sicurezza sociale quali pilastri della nuova cittadinanza democratica.

In un quadro costituzionale completamente rinnovato, il secondo dopoguerra segnava, in Italia, l'inizio di un progressivo processo di ripensamento e riorganizzazione amministrativa dell'assistenza¹⁹. Se sul piano dei principî la Costituzione aveva sancito una netta frattura rispetto al passato, riconoscendo l'assistenza come diritto sociale e non più come semplice atto di beneficenza, sul piano istituzionale e organizzativo prevalse a lungo una logica di continuità. Gli enti assistenziali tradizionali sopravvissero infatti per diversi anni, spesso incapaci di adeguarsi alla nuova cornice normativa, e continuarono a operare secondo schemi frammentati e locali. Ne derivò un ritardo strutturale nell'attuazione

dei precetti costituzionali, che rese necessari progressivi studi e discussioni, volti a superare la distanza fra l'innovazione giuridica e la persistenza delle vecchie forme amministrative²⁰.

3. *Conoscere per legiferare: inchieste, indagini e rilevazioni sullo stato dell'assistenza nell'Italia Unità*

Nei regimi parlamentari occidentali il Parlamento dialoga, in via ordinaria, unicamente con il Governo. Anche in Italia, salvo il caso delle inchieste parlamentari²¹, l'interlocutore naturale delle Camere resta l'esecutivo: non solo nella fase delle scelte politiche, ma anche in quella conoscitiva. Questo assetto rischiava di confinare l'attività parlamentare in un ambiente "asettico", filtrato quasi esclusivamente dalla mediazione dei partiti politici, senza un contatto diretto con altre istanze della società. Per tali ragioni si era progressivamente avvertita l'esigenza di ampliare, anche nel nostro ordinamento, gli strumenti capaci di arricchire l'attività conoscitiva delle Camere²².

Dal punto di vista giuridico, la differenza sostanziale tra inchieste parlamentari e indagini conoscitive risiede nella natura dei poteri esercitati: nel primo caso poteri coercitivi esterni, idonei a vincolare i soggetti chiamati a collaborare; nel secondo, poteri non coercitivi, che si fondano sulla libera adesione di funzionari, esperti e cittadini invitati a collaborare con le Commissioni. Il modello di riferimento fu rappresentato dalle udienze legislative (*hearings*) praticate dal Congresso degli Stati Uniti: una procedura che consente alle Commissioni parla-

mentari di convocare funzionari pubblici, esperti, operatori economici e cittadini privati, con lo scopo di raccogliere dati, notizie e valutazioni utili all'attività legislativa e di controllo. In assenza di una disciplina legislativa compiuta, la Camera dei deputati riconobbe alle Commissioni permanenti la facoltà di svolgere indagini sulle materie di propria competenza, programmando audizioni e acquisizioni di informazioni²³.

Ben prima dell'indagine del 1971 sull'assistenza pubblica e privata, il Parlamento italiano aveva promosso rilevazioni e studi su singoli settori dell'assistenza, spesso finalizzati a censire e classificare le istituzioni di beneficenza sorte dopo l'Unità. Queste esperienze, pur prive di una cornice normativa organica, rappresentarono una tappa significativa di quel percorso che avrebbe portato a riconoscere, anche in Italia, l'utilità di strumenti conoscitivi flessibili e aperti alla società.

Già negli anni successivi all'Unificazione nazionale si svolsero rilevazioni, ciascuna caratterizzata da diversi criteri e ampiezza. Le prime indagini si proponevano di accertare la situazione patrimoniale delle Opere Pie, distinguendo tra istituzioni di assistenza, beneficenza e culto²⁴. L'indagine del 1861 fu la prima a raccogliere dati patrimoniali, di rendita, spesa per beneficenza, persone beneficiate e posti letto, comprendendo tutte le regioni del nuovo Stato italiano, eccetto il Lazio, incluso solo dal 1870. L'indagine del 1878 replicò lo schema patrimoniale ma non rilevò i dati sugli assistiti e sui posti letto, mostrando già differenze di criterio rispetto al 1861²⁵.

Ancora, con R.d. del 3 giugno 1880, fu istituita una *Commissione reale per l'inchiesta sulle Opere Pie del Regno*²⁶. Il campo d'indagine venne esteso anche al Lazio e si ampliò

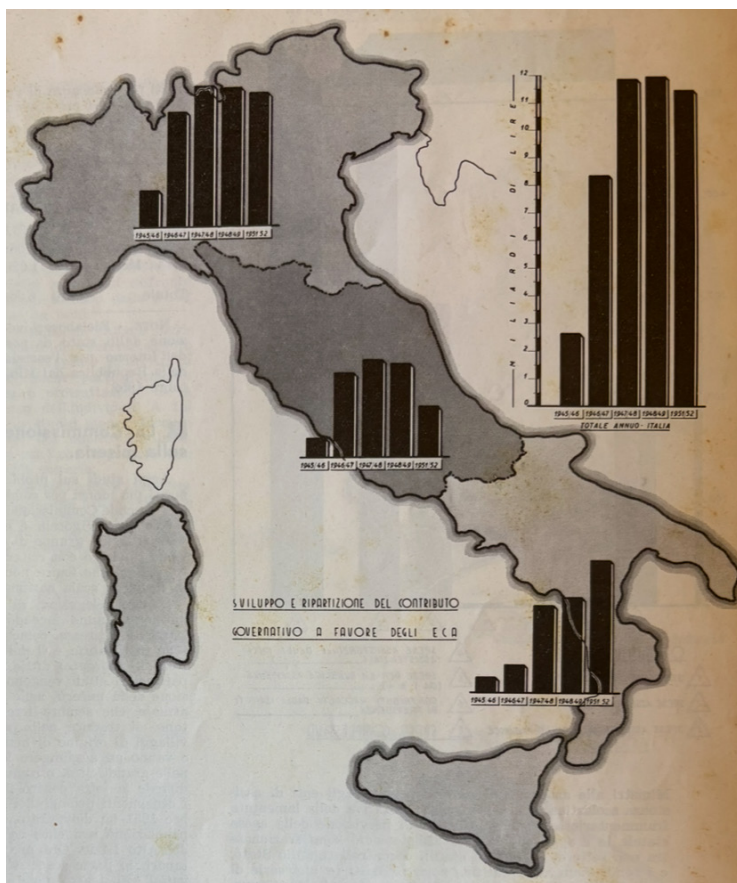
la classificazione tipologica delle Opere Pie in 33 categorie, escludendo gli enti a carattere misto come gli istituti di credito.

A partire dal 1898 e, soprattutto, nel 1902, si iniziò a includere un esame più articolato, considerando anche gli istituti per l'infanzia, per inabili e per la beneficenza elemosinaria, con una progressiva attenzione ai soggetti assistiti e ai patrimoni coinvolti. In particolare, l'indagine del 1898 segnò una svolta, documentando anche il numero dei ricoverati e distinguendo chiaramente tra ricovero sanitario e assistenziale, per un totale di oltre 3.000 istituti e circa 400 sezioni annesse, evidenziando l'aumento rispetto al 1880, legato soprattutto all'inclusione degli ospedali privati²⁷.

L'indagine del 1902, invece, fu la prima a concentrarsi sulle condizioni dell'assistenza all'infanzia, agli inabili e ai poveri beneficiari dell'elemosina. Coinvolse i comuni e commissioni provinciali, coprendo anche la beneficenza privata e rivelando il peso crescente di questa nel quadro complessivo (3.375 istituti privati per oltre 530.000 assistiti)²⁸. Si evidenziò come l'assistenza all'infanzia rappresentasse la quota più rilevante in termini di patrimoni e numero di assistiti, seguita da quella elemosinaria e infine dagli inabili.

Infine, l'indagine del 1907 si focalizzò sugli istituti ospedalieri, analogamente a quanto fatto nel 1898, aggiornando i dati al primo gennaio 1907 e includendo un censimento dei ricoverati pubblici e privati²⁹. Un'ulteriore rilevazione sull'assistenza sanitaria venne svolta nel 1932³⁰.

In concomitanza con l'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale, l'Istituto Centrale di Statistica in collaborazione con l'Amministrazione per gli Aiuti Internazionali condusse un ulteriore studio sulle



attività assistenziali in Italia³¹. L'indagine, svolta al 31 maggio 1948, nasceva dall'esigenza di aggiornare i dati sull'assistenza, particolarmente avvertita in un periodo di riordino dei servizi assistenziali. Per la raccolta dei dati furono predisposti tre distinti modelli, ciascuno mirato a rilevare informazioni specifiche. Il primo modello era dedicato agli istituti di ricovero, sia completi sia notturni, e raccoglieva dati generali come denominazione, sede, natura giuridica, capacità ricettiva, tipologia di attività svolta e categorie di persone accolte. Il

secondo modello era rivolto ai refettori e ne documentava le caratteristiche principali: nome, gestione, modalità di distribuzione dei pasti (gratuiti o a pagamento), numero delle persone assistite e tipologia di servizio fornito. Il terzo modello riguardava le persone iscritte negli elenchi comunali dei poveri, con una suddivisione tra Comuni che registravano i dati per famiglia e quelli che li annotavano per individuo, chiedendo in entrambi i casi il numero complessivo dei componenti.

La classificazione rispetto al passato risultava più dettagliata: gli istituti di ricovero vengono suddivisi in categorie (brefo-trofi, orfanotrofi, collegi, case di rieducazione, istituti per minorati, colonie, istituti per gestanti povere, campi profughi, altri); i refettori, a loro volta, vengono differenziati per tipologia e utenza (asili nido, refettori scolastici, misti, estivi, materni, per poveri/disoccupati, mense popolari, altri). Le informazioni furono raccolte attraverso i Comuni e i Prefetti, con controlli incrociati sugli elenchi ECA e, nelle città con oltre 200.000 abitanti, venne effettuata un'elaborazione separata per Comune.

Questa impostazione più articolata e sistematica segnò un'importante differenza rispetto alle precedenti rilevazioni, consentendo una visione più aggiornata e analitica dell'assistenza sociale in Italia. Si escluse volutamente sia gli accertamenti patrimoniali (ritenuti di difficile realizzazione e scarsamente indicativi) sia gli ospedali, considerati parte dell'assistenza sanitaria e non di quella sociale. Dall'indagine emerse che nel 1941 risultavano attive 30.882 istituzioni di assistenza e beneficenza (di cui 27.076 già attive al 31 dicembre 1900), con un patrimonio lordo di circa 94,8 miliardi di lire, pari grosso modo al 3% della ricchezza nazionale. La rilevazione registrava, inoltre, 24.418 enti assistenziali, con 6.607 istituti di ricovero (426.725 ricoverati) e 17.816 refettori (2.021.893 assistiti). Inoltre, erano iscritti agli elenchi dei poveri circa 3,7 milioni di persone, pari al 7,9% della popolazione.

La rilevazione puntava a determinare natura ed efficienza degli enti, pur senza entrare nel dettaglio degli aspetti strettamente finanziari, difficili da valutare nell'immediato dopoguerra. L'indagine del 1948 as-

sunse dunque una doppia funzione: aggiornamento statistico e riflessione più ampia sulla natura dell'assistenza, legata non solo a principi economici ma anche a valori sociali e umani come la solidarietà, intesa sia come carità cristiana sia come filantropia.

A concludere questa rassegna su un secolo di rilevazioni non si può prescindere dal ricordare *l'Inchiesta sulla miseria e sui mezzi per combatterla* del 1951-1954, una delle più vaste e organiche promosse in età repubblicana³². I lavori della Commissione parlamentare confluirono in ben quindici volumi, che testimoniano la volontà di affrontare in maniera sistematica le diverse dimensioni del problema. La documentazione restituiva un quadro straordinariamente articolato. Il primo volume (Relazione generale) illustrava l'attività svolta e i metodi d'indagine. I volumi tecnici (II-V) analizzavano le condizioni di vita delle classi misere, i criteri e metodi di assistenza, nonché le risorse finanziarie disponibili; i volumi VI e VII documentavano la miseria urbana e quella delle aree depresse; gli otto volumi monografici (VIII-XII) affrontavano i problemi economico-sociali, i sistemi di sicurezza sociale, la previdenza e l'assistenza sanitaria, oltre a presentare esperienze concrete di servizio sociale; infine, i volumi XIII e XIV offrivano un repertorio dettagliato degli organi ed enti assistenziali pubblici e privati e i risultati delle inchieste comunitarie³³.

Nel complesso, queste indagini offrirono una base conoscitiva frammentaria ma preziosa, mostrando la crescita del settore assistenziale, la pluralità degli attori coinvolti e la progressiva formalizzazione delle categorie rilevate, con una sempre maggiore attenzione ai dati patrimoniali, al numero degli assistiti e alla tipologia dei servizi

erogati. In questo contesto, Lodovico Montini sottolineò come la riforma dell'assistenza si stesse attuando in Italia sulla base «di un insieme di indagini, di esperienze, di studi che determinano – noi speriamo – un insieme di fattori concorrenti favorevolmente alla futura riforma»³⁴. Parole che segnalano un punto cruciale: la riforma non doveva nascere come imposizione legislativa calata dall'alto, ma come esito di un processo di maturazione collettiva, nutrito dal confronto tra istituzioni, studiosi, operatori e comunità locali.

4. *Alcuni dei protagonisti e i contenuti delle audizioni*

Nel 1971 il bisogno economico era ancora alla base dell'intervento assistenziale. L'azione pubblica nei confronti degli indigenti si traduceva, nella maggior parte dei casi, in una protezione episodica, priva di un'analisi approfondita delle condizioni personali e del contesto familiare e ambientale in cui i soggetti vivevano. Le prestazioni erogate, spesso limitate a un sostegno materiale di breve durata, non riuscivano a favorire un autentico processo di emancipazione degli assistiti, né sul piano morale e culturale, né su quello dell'inserimento stabile nella vita sociale e comunitaria.

Prima di procedere a qualsiasi intervento di natura legislativa, appariva dunque imprescindibile individuare con chiarezza le criticità strutturali del sistema, comprenderne le radici storiche e istituzionali e mettere a fuoco le cause profonde delle disfunzioni, così da predisporre strumenti normativi capaci non solo di colmare le carenze immediate, ma anche di promuovere

un modello di assistenza orientato all'inclusione e al pieno sviluppo della persona.

Nelle sedute del 16 e del 24 febbraio 1971, la Commissione parlamentare ritenne utile ascoltare il prefetto Paolo Bellisario, a capo della Direzione generale dell'assistenza, istituita presso il Ministero dell'interno con D.M. del 1 giugno 1949 a seguito della soppressione del Ministero dell'assistenza Post-bellica³⁵ e la fusione di quest'ultimo con i servizi di assistenza e beneficenza della direzione generale dell'amministrazione civile.

Bellisario ne era al comando da lungo tempo, ricoprendo la carica di direttore generale dal 1961, e in ragione dell'esperienza decennale illustrò significati, evoluzione storica, problemi attuali e prospettive di riforma. In primo luogo, sottolineava l'importanza dell'assistenza pubblica e privata così da renderla effettivamente uno degli elementi della sicurezza sociale:

Solo che si riguardi all'accezione etimologica del termine «assistenza», si nota che tale locuzione traduce un concetto sostanzialmente dinamico, ha il significato dell'affiancamento e della solidarietà, esprime cioè lo scopo del sospingere i soggetti privi di risorse adeguate verso il superamento di uno stato di difficoltà, elevando le loro condizioni materiali e morali. [...] In tale visione, le attività assistenziali attuate da organismi pubblici devono tendere, più che al sollievo occasionale e contingente di singole situazioni di necessità, a favorire l'inserimento dei meno abbienti nel contesto produttivo della nazione, concorrendo, con ciò, alla finalità generale del progresso civile e sociale³⁶.

L'articolo 38 veniva così interpretato come fondamento di un *welfare* plurale, capace di integrare pubblico e privato. Bellisario evidenziava come «l'argomento dell'assistenza pubblica [...] costituisce un tema di aiuto, di protezione, insieme sug-

gestivo: da un lato per il suo valore umano, etico e sociale [...] dall'altro, per i complessi problemi di ordine giuridico, organizzativo, sociologico ed economico»³⁷. Bellisario forniva un quadro dettagliato sulla base di dati statistici i più recenti: escludendo gli ECA dipendenti per legge dagli enti locali e pari a circa 4.900 centri, in Italia si contavano poco più di 8.000 istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, di cui circa 5.500 dediti al ricovero e 2.500 impegnati in altre forme di prestazione assistenziale, e oltre 40 enti autarchici nazionali. I ricoverati con retta a carico del Ministero dell'interno erano 27.082, dei quali 24.015 minori e 3.067 adulti inabili. Nel complesso, gli assistiti da enti di ricovero pubblici e privati superavano le 370.000 unità, rivelando la persistenza di una struttura imponente, ma disomogenea e spesso inefficiente, segnata da forti squilibri tra regioni e categorie di assistiti. I dati disponibili risultavano ampi ma spesso contraddittori. Nei censimenti, ad esempio, venivano regolarmente conteggiati circa 17.000 asili infantili che, in virtù dell'evoluzione progressiva dell'ordinamento scolastico, non potevano più essere considerati a pieno titolo strutture assistenziali, bensì inseriti nell'ambito educativo (a tal proposito si ricordano la legge 24 luglio 1962, n. 1013, che approvava il piano per lo sviluppo della scuola nel triennio 1962-1965; e infine la legge fondamentale sulla scuola materna 18 marzo 1968, n. 444). Lo stesso discorso valeva per i 1.300 ospedali, trasformati in enti ospedalieri non più assistenziali a seguito di una razionalizzazione avviata dal Ministero.

Il direttore generale poneva, inoltre, l'accento sulla necessità di superare il "modello caritatevole", ancora presente in molte realtà, per abbracciare i criteri

moderni di «servizio sociale» fondati sul rispetto della dignità umana. Faceva notare che il sistema soffriva per la scarsità di risorse economiche e per la diffusa carenza di personale qualificato, rilevando come «il problema finanziario ha una rilevanza determinante, di talché per un radicale e deciso miglioramento della situazione occorrerebbe, con adeguato riordinamento legislativo a livello locale, assicurare alle strutture stesse ben più cospicui mezzi di finanziamento»³⁸.

In ultimo, Bellisario insistette sulla necessità di un miglior coordinamento tra enti pubblici e privati: «non si può formularsi un giudizio di "preferenza" a vantaggio dell'uno o dell'altro dei due campi di azione, il pubblico e il privato, in cui il sistema stesso si articola. Ciò considerando anche la maggiore economicità delle strutture private rispetto a quelle pubbliche»³⁹. Tuttavia, riconosceva l'urgenza di una riforma strutturale: «riaffiora, pertanto, [...] l'opportunità di una riforma incisiva del vigente ordinamento, che valga ad incentrare in una nuova struttura pubblica locale finalità e funzioni di assistenza sociale»⁴⁰. A suo parere, per garantire l'effettività del diritto all'assistenza sancito dalla Costituzione era necessario rafforzare i controlli di legittimità e di merito sull'attività degli enti, migliorare la qualità delle prestazioni e assicurare livelli minimi adeguati su tutto il territorio nazionale.

Nella seduta del 17 marzo 1971 (terza seduta) fu ascoltato Angelo Savini Nicci, direttore generale dell'Amministrazione per le attività assistenziali italiane ed internazionali (AAI). L'ente, sorto dagli aiuti internazionali inviati all'Italia nell'immediato dopoguerra⁴¹, aveva assunto un primo assetto nel 1947 e venne successivamente

disciplinato dalla legge 9 aprile 1953, n. 296, per poi essere trasferito al Ministero dell'Interno con la legge 12 agosto 1962, n. 1340⁴². Magistrato amministrativo, prima di giungere all'AAI Savini Nicci aveva prestato servizio presso l'Ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio; in seguito, con la soppressione della direzione (1977), ricoprì fino al 1981 la carica di Presidente della Croce Rossa Italiana.

Alla seduta parteciparono anche due collaboratori dell'AAI: Lucio Sergio Rosati, direttore del Servizio studi, e Vittorio Torri, direttore del Servizio attività assistenziali. Rosati, oltre ad essere dal 1966 responsabile della Divisione studi e assistenza tecnica, fu membro del comitato di redazione di *Assistenza d'oggi*, rivista bimestrale pubblicata dal 1950 al 1971, diretta fino al 1968 da Maria Cao Pinna⁴³ e successivamente da lui stesso. Collaborò anche alla rivista *Vie assistenziali* e, cessata *Assistenza d'oggi*, assunse la direzione di *Promozione sociale*, che proseguì fino al 1977⁴⁴. Aveva inoltre preso parte ai lavori della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla miseria, occupandosi di elaborazione dati e compilazione di indici.

Nel corso dell'audizione, Savini Nicci e i suoi collaboratori denunciarono la frammentazione e la sovrapposizione delle competenze tra Stato, Regioni, enti locali e soggetti privati, sottolineando come ciò generasse disorientamento e disuguaglianze. In particolare, si osservava che «esistono numerosi enti che operano senza una sufficiente coordinazione, con inevitabili duplicazioni e disguidi, mentre i cittadini si trovano spesso a dover percorrere strade tortuose per ottenere aiuto»⁴⁵.

Uno degli aspetti più critici segnalati riguardava la prevalenza del ricovero come

risposta assistenziale, anche in assenza di reale necessità. Questa scelta derivava dal fatto che «le provvidenze monetarie sono del tutto insufficienti e spesso vincolate da criteri giuridici piuttosto che sociali»⁴⁶, portando a soluzioni inadeguate che trascurano la persona e la sua famiglia. Si sottolineava, inoltre, la debolezza del sistema di controllo, definito «prevalentemente cartolare, senza una verifica tecnica sul campo»⁴⁷, incapace di garantire un effettivo miglioramento dei servizi.

Per affrontare queste carenze, Savini Nicci proponeva un nuovo assetto istituzionale, basato su una chiara divisione di ruoli. Affermava: «Allo Stato compete il coordinamento, la definizione degli standards minimi e dei piani generali, alle Regioni la pianificazione, ai Comuni la gestione diretta dei servizi»⁴⁸. Tale assetto avrebbe dovuto poggiare su un vertice politico-amministrativo unico a livello nazionale e su strutture tecniche competenti, come l'AAI, destinate a svolgere funzioni di consulenza e supporto. Particolare attenzione era rivolta ai servizi territoriali, concepiti come unità locali capaci di fornire assistenza integrata: «Non si tratta soltanto di erogare aiuti, ma di garantire servizi effettivi e personalizzati: dal segretariato sociale all'assistenza domiciliare, ai consultori familiari, fino alle case-albergo per anziani»⁴⁹. Savini Nicci ribadiva con forza la necessità di superare il modello centrato sul ricovero e di «potenziare le pensioni sociali, affinché l'assistito possa mantenere una vita dignitosa e scegliere di restare nel proprio ambiente»⁵⁰. Infine, sottolineava l'urgenza di investire nella formazione del personale e degli amministratori: «Non basta modificare le strutture; occorre formare uomini e donne capaci di dare un senso umano e tecnico

all'assistenza»⁵¹. Insomma, si immaginava un sistema assistenziale moderno, basato sulla prossimità e sulla personalizzazione degli interventi, capace di valorizzare anche l'apporto del privato, ma sempre entro un quadro di regole e controlli rigorosi.

5. *I risultati dell'indagine conoscitiva*

È stato detto che lo scioglimento anticipato della V legislatura del Parlamento italiano non aveva consentito di portare a termine l'indagine secondo il piano originario. Nell'ultima seduta, il Presidente Achille Corona prospettò l'opportunità che fosse almeno dato conto, in una relazione, dello stato dei lavori e dei risultati acquisiti nella prima, seppure incompleta, fase delle audizioni. La Commissione accoglieva tale proposta, e il relatore si faceva carico di redigere una relazione in merito⁵². Questa relazione non fu oggetto di esame e approvazione da parte dei membri della Commissione. Tuttavia, metteva in luce, con una chiarezza mai raggiunta prima, le profonde contraddizioni, inefficienze e disuguaglianze del sistema assistenziale italiano all'alba degli anni Settanta.

Il quadro emerso rilevava l'urgenza di superare l'approccio meramente assistenzialista, orientandosi verso un sistema che integrasse prevenzione, inclusione sociale e partecipazione attiva della comunità. Venne infine riconosciuta come imprescindibile la necessità di riforme legislative, capaci di ridefinire le competenze tra Stato, Regioni ed enti locali, superando il mero dualismo pubblico-privato e costruendo un "sistema locale" responsabile e programmato.

Un primo elemento di criticità che

emergeva dalla relazione riguardava l'«inadeguatezza storica» della normativa di base. Tale impianto, vecchio di oltre ottant'anni, era stato solo marginalmente aggiornato, senza un vero processo di riforma organica. Nel frattempo, la società italiana era cambiata radicalmente: l'urbanizzazione, l'industrializzazione, la trasformazione delle famiglie, la diffusione di nuovi bisogni di sicurezza e di sviluppo sociale avevano prodotto una domanda di intervento assistenziale nuova e diversificata. Mentre la legislazione rimaneva "rigida" e priva di strumenti di programmazione capaci di far fronte a questa domanda crescente e qualitativamente diversa.

Accanto a questo ritardo normativo, l'indagine mise in luce la «molteplicità farraginosa degli organismi operanti nel settore assistenziale». Foschi parlava di enti che si dividevano competenze e risorse, spesso sovrapponendosi e agendo senza coordinamento. Tale frammentazione rendeva inefficiente il sistema, impedendo la costruzione di una rete coerente di servizi. La mancanza di coordinamento, sia a livello nazionale che locale, era aggravata dall'ignoranza o dalla sottovalutazione delle risorse disponibili, che avrebbero potuto invece costituire la base di una pianificazione più razionale.

Un terzo profilo critico riguardava la «superficialità dell'assetto per categorie». L'organizzazione assistenziale si fondava ancora su una logica di «compartimenti stagni», con istituti differenziati per tipologia di beneficiari – minori, anziani, malati, invalidi – secondo schemi rigidi che finivano per produrre isolamento e segregazione. L'indagine denunciava il persistere di un sistema "residuale e ospedaliero", che relegava gli assistiti in strutture chiuse,

anziché sviluppare servizi diffusi sul territorio e aperti alla comunità. L'alternativa proposta era un sistema più flessibile, fondato su servizi domiciliari e comunitari, capaci di garantire inclusione sociale e continuità di vita.

Altrettanto significativa era la questione della discrezionalità nel rapporto con l'utente. L'impianto culturale e politico che reggeva l'assistenza continuava a fondarsi su un'impostazione caritativa, più che su un riconoscimento di diritti. La concessione di prestazioni era spesso affidata a valutazioni discrezionali, se non arbitrarie, da parte degli enti e degli amministratori locali, secondo una logica che deformava l'assistenza in "elargizione di un bene dovuto al povero", più che in un diritto sociale. Foschi denunciava il rischio di una concezione clientelare e pietistica, che riduceva la giustizia sociale a "sollecitazione" o "beneficenza". L'indagine richiamava con forza l'esigenza di un cambio di paradigma: chi paga le tasse e appartiene alla comunità "può pretendere liberamente" i servizi, e la Costituzione lo riconosceva come "cittadino".

Un quinto nodo era rappresentato dalla «centralizzazione» del sistema. L'organizzazione dell'assistenza era rimasta concentrata nelle mani dello Stato centrale e dei ministeri, che controllavano la maggior parte delle risorse e delle scelte. Anche quando si erano verificate spinte al decentramento, queste erano state assorbite dagli enti nazionali, i quali avevano delegato agli enti locali funzioni marginali. Ne derivava una sostanziale emarginazione delle comunità locali e delle autonomie, incapaci di sviluppare politiche socioassistenziali coerenti con i bisogni specifici dei territori. Foschi segnalava come, nella pratica, la pianificazione centralistica producesse

inefficienza e rigidità, aggravata da una burocrazia ministeriale lenta, costosa e disattenta alle trasformazioni sociali.

Ad aggravare la situazione vi era, inoltre, l'«inadeguatezza tecnica delle strutture». Le audizioni raccolte dalla Commissione avevano mostrato la carenza di strumenti organizzativi moderni e di personale qualificato. La rigidità e l'inefficienza della macchina amministrativa, unite a una scarsa formazione del personale paramedico e socioassistenziale, costituivano uno dei principali ostacoli al rinnovamento del settore. Foschi denunciava l'assenza di un progetto di formazione professionale, capace di creare nuovi quadri locali di operatori sociali e sanitari, indispensabili per superare la marginalità del sistema.

Ad oggi, l'indagine rappresenta un momento chiave nella storia dell'assistenza in Italia perché ha messo in luce tanto i limiti ereditati dal passato quanto le potenzialità di un approccio riformatore e universalistico. Costituisce, insomma, un momento importante per comprendere il passaggio da un sistema centrato sul controllo e la beneficenza a un modello orientato ai diritti e alla cittadinanza. In prospettiva, il diritto all'assistenza – come delineato dall'articolo 38 Cost. – richiede non solo strumenti normativi e risorse finanziarie adeguate, ma soprattutto una visione culturale e istituzionale fondata sull'uguaglianza, la dignità umana e la partecipazione democratica. Il lavoro parlamentare del 1971 ha aperto un varco in questa direzione.

* La ricerca che ha portato a questi primi risultati ha ricevuto finanziamenti dal progetto "HUMAN - Il benessere umano negli anni degli interventi straordinari nel Sud Italia: ricerca storica, rappresentazione cartografica e impatto economico (1950-1992)", codice progetto P20223YWLR, finanziato dall'UE nel piano NextGenerationEU attraverso il "Bando Prin 2022 - D.D. 1409 del 14-09-2022" italiano/The research leading to these results has received funding from Project "HUMAN - Human well-being in the years of extraordinary interventions in the South of Italy: historical research, cartographic representation and economic impact (1950-1992)", project code P20223YWLR, funded by EU in NextGenerationEU plan through the Italian "Bando Prin 2022 - D.D. 1409 del 14-09-2022".

¹ I documenti sull'indagine conoscitiva sullo stato dell'assistenza in Italia (1971) sono conservati presso Archivio storico della Camera (ASC), *Commissioni permanenti e speciali (1948-2013)*, V legislatura, *Il Commissione permanente affari della Presidenza del Consiglio, affari interni e di culto, enti pubblici 1968-1972*, la busta *Indagine conoscitiva sull'assistenza pubblica e privata* è organizzata in 11 fascicoli. Sulla composizione e sull'attività della Commissione permanente rinvio ai dati pubblicati sul portale storico della Camera dei deputati: <<https://storia.camera.it/organii-commissione-affari-della-presidenza-del-consiglio-affari-interni-e-culto-enti-pubblici-05#nav>>.

² Si veda la richiesta n. 1153 di *Inchiesta parlamentare sull'assistenza pubblica e privata e sulla sua rispondenza alle effettive necessità dei cittadini aventi diritto, in previsione della prossima programmazione quinquennale nazionale, in relazione all'attuazione dell'ordinamento regionale*, in *Atti parlamentari Camera dei deputati, V Legislatura, Documenti - Disegni di legge e rela-*

zioni, presentata il 6 marzo 1969.

³ Sull'assistenza dall'Unità agli anni più recenti si veda: A. Cherubini, *Per una storia dell'assistenza pubblica in Italia*, in «Previdenza sociale», 1963, n. 3, pp. 329-771 e n. 4, pp. 1015-1070; 1964, n. 3, pp. 549-633 e 5, pp. 1203-1255; F. Terranova, *Il potere assistenziale*, Roma, Editori Riuniti, 1975; V. Fargion, *L'assistenza pubblica in Italia dall'Unità al fascismo: primi elementi per un'analisi strutturale*, in «Rivista trimestrale di scienza della amministrazione», n. 2, 1983, pp. 25-69; D. Marucco, *Previdenza e beneficenza tra Crispi e Giolitti. Il contributo dell'Enciclopedia giuridica italiana*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di P. Schiera, A. Mazzacane, Bologna, il Mulino, 1990, pp. 281-314; *Le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Le riforme crispiene*, vol. 4: *Amministrazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 3-327; F. Della Peruta, *Le opere pie dall'Unità alla legge Crispi*, in «Il Risorgimento. Rivista di storia del Risorgimento e di storia contemporanea», XLIII, 1991, n. 2-3, pp. 173-213; A. Sandulli, *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: tendenze*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 3, 1992, pp. 753-802; S. Sepe, *Le amministrazioni della sicurezza sociale nell'Italia unita (1861-1998)*, Milano, Giuffrè, 1999; G. Farrell-Vinay, *Povertà e politica nell'Ottocento. Le opere pie nello Stato liberale*, Torino, Paravia, 1997; A. Fiori, *Poveri, opere pie e assistenza dall'Unità al Fascismo*, Roma, Studium, 2005; N. Stradi, *Assistenza (storia della)*, in *Nuovo Dizionario del Servizio Sociale*, a cura di A. Campanini, Roma, Carocci, 2022, pp. 73-78.

⁴ La legge 18 luglio 1904, n. 304 è nota per aver istituito presso ogni provincia una Commissione di assistenza e di beneficenza pubblica (art. 1) e presso il Ministero dell'Interno il Consiglio superiore

di assistenza e beneficenza pubblica (art. 14). Il Regio decreto n. 2841 del 30 dicembre 1923 cambiò, innanzitutto, denominazione alle Istituzioni pubbliche di beneficenza (IPB) trasformandole in Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IpaB). La legge 3 giugno 1937 n. 847 istituì l'Ente Comunale di assistenza (ECA) in sostituzione delle Congregazioni di carità. Al pari delle altre Istituzioni di beneficenza e assistenza, l'ECA ha una personalità giuridica propria ed è l'ente atarchico istituzionale a cui spetta per legge curare gli interessi dei poveri del comune e di assumere la rappresentanza legale dinnanzi all'autorità amministrativa e giudiziaria. L'ente di assistenza è anche incaricato della tutela legale degli orfani, dei minorenni abbandonati, dei ciechi e dei sordomuti poveri.

⁵ *Atti Parlamentari Camera dei deputati*, Documenti, Relazione al bilancio 1968, II commissione.

⁶ ASC, *Commissioni permanenti e speciali (1948-2013)*, fasc. 7 "Appunti sulla genesi e sui limiti dell'indagine".

⁷ Gli atti sono pubblicati a cura della Camera dei deputati nel volume *Stato e prospettive dell'assistenza pubblica e privata in Italia: indagini conoscitive della II Commissione permanente, Affari interni*, Roma, Servizio commissioni permanenti, 1972.

⁸ Sulla genesi del principio di uguaglianza si veda M. Dogliani, C. Giorgi, *Costituzione italiana: art. 3*, Roma, Carocci, 2017.

⁹ Sulla solidarietà come concetto costituzionale si veda M. Fioravanti, *Costituzione italiana: art. 2*, Roma, Carocci, 2017.

¹⁰ Sul dibattito in tema di assistenza negli anni della Costituente rinvio a E. Bressan, *Le vie cristiane della sicurezza sociale. Un dibattito fra cattolici italiani 1931-2001*, Milano, CUEM, 2009, pp. 68-73; P. Mattera, *All'alba della Repubblica: i progetti di riforma sociale degli anni Quaranta e la Commissione D'Aragona*, in *Momenti del welfare in*

- Italia: storiografia e percorsi di ricerca*, Roma, Viella, 2012, pp. 81-119; M. Paniga, *I socialisti e il dibattito sull'assistenza nell'Assemblea costituente*, in «Le Carte e la Storia», 2015, n.2, pp. 111-128; C. Giorgi, I. Pavan, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Milano, il Mulino, 2021, pp. 257-265. Per una prospettiva ampia ora si veda R. Romanelli, *L'Italia e la sua Costituzione: una storia*, Laterza, Roma-Bari, 2023.
- ¹¹ In generale sull'Assemblea costituente e sull'organizzazione dei lavori v. P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016.
- ¹² *Atti Assemblea costituente*, Terza Sottocommissione, seduta dell'11 settembre 1946, p. 21.
- ¹³ G. Mingoni, *Assistenza e Costituzione*, in «Assistenza d'oggi. Rivista bimestrale dell'Amministrazione Aiuti Internazionali», III, 1952, 4, pp. 3-8. Dello stesso autore si veda anche: *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee (Testi coordinati)*, Bologna, Zuffi, 1950 e *Alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, Milano, Giuffrè, 1953.
- ¹⁴ L. Montini, *Per una politica assistenziale*, in *Giorno per giorno tra i protagonisti di un'epoca 1944/1970. Scritti ed appunti di Lodovico Montini*, Firenze, Vallecchi editore, 1972, pp. 209. Lodovico Montini (Brescia, 1896 – Roma, 1990) fu politico e parlamentare della Democrazia Cristiana, fratello di Giovanni Battista Montini, futuro papa Paolo VI. Membro della Costituente, deputato nelle prime tre legislature e poi senatore nella IV legislatura. Fu presidente dell'Amministrazione Aiuti Internazionali (AAI), si occupò soprattutto di assistenza, previdenza e politiche sociali, distinguendosi come punto di riferimento per il rinnovamento del welfare. Sulla figura di Montini si veda almeno L. Pazzaglia, *Montini, Lodovico*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 76, 2012, <https://www.treccani.it/enciclopedia/lodovico-montini_%28Dizionario-Biografico%29>; L. Barbaini, *Cattolicesimo, modernità, europeismo in Lodovico Montini*, Roma, Edizioni storia e letteratura, 2013 e A. Cova, *Lodovico Montini e l'assistenza nell'Italia repubblicana*, in *Welfare in Italia nel secondo dopoguerra. L'assistenza (1945-1968)*, a cura di Alberto Cova e Michela Minesso, 2013, pp. 9-26.
- ¹⁵ Cfr. S. Guerrieri, *Costituzioni allo specchio. La rinascita democratica in Francia e in Italia dopo la liberazione*, Bologna, il Mulino, 2021.
- ¹⁶ *Atti Assemblea costituente*, Terza Sottocommissione, seduta dell'11 settembre 1946, p. 20.
- ¹⁷ F. Pergolesi, *L'assistenza sociale nelle Costituzioni. Appunti*, in «Assistenza d'oggi. Rivista bimestrale dell'Amministrazione Aiuti Internazionali», III, 1952, 4, pp. 3-8. Dello stesso autore si veda anche: *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee (Testi coordinati)*, Bologna, Zuffi, 1950 e *Alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, Milano, Giuffrè, 1953.
- ¹⁸ Cfr. F. Bonini, S. Guerrieri, *La scrittura delle Costituzioni. Il secondo dopoguerra in un quadro mondiale*, Bologna, il Mulino, 2020.
- ¹⁹ Sui tentativi di riforma dopo l'entrata in vigore della Costituzione tra i molti contributi rinvio a S. Inaudi, *L'assistenza nel secondo dopoguerra tra continuità e mancate riforme. Note a margine del dibattito storiografico*, in «Storica», 46, 2010, pp. 79-99; G. Silei, *Welfare, volontariato, previdenza e assistenza sociale nel secondo dopoguerra. Tra azione volontaria ed eredità del passato*, in *Il volontarismo democratico dal Risorgimento alla Repubblica. Atti del Convegno per il 150° dell'Unità d'Italia. Circolo Vie Nuove*, Firenze, 29 ottobre 2011, a cura di Carlo Spagnolo, Milano, Unicopli, 2014; ampiamente si veda anche G. Canepa, *Riabilitare gli Italiani: politiche dell'assistenza post-bellica e costruzione della cittadinanza*, Roma, Viella, 2024.
- ²⁰ Su questi aspetti si vedano i molti spunti contenuti in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Brunelli e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013.
- ²¹ Per una ampia ricostruzione storica sul potere d'inchiesta nell'Italia Unita v. I. Stolzi, *Le inchieste parlamentari. Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)*, Milano, Giuffrè, 2015.
- ²² Cfr. A. Predieri, *Per l'introduzione delle udienze legislative nel Parlamento italiano*, in «Il Ponte», 1966, n. 8-9, pp. 1109-1126; R. Pagano, *È davvero utile il ricorso alle udienze legislative?*, in «La Discussione», n. 21 1967; S. Tosi, *Le inchieste parlamentari ma servono?*, in «Il resto del Carlino», 7 settembre 1967. Più specificamente, si veda: V. Di Ciolo, *Aspetti teorici e pratici delle udienze legislative in Italia*, in «Rassegna parlamentare», 1968, n. 10-12, pp. 637-690; F. D'Onofrio, *Le indagini conoscitive delle Commissioni parlamentari. Problemi e prospettive*, Chieti, Edigrafital, 1971; C. Cesareo, *Le indagini conoscitive delle commissioni permanenti*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, Camera dei deputati, 1987, pp. 213-231.
- ²³ Il primo esperimento ufficiale fu avviato durante la IV legislatura dalla II Commissione (Affari interni), presieduta dall'on. Sullo, e riguardò lo stato della finanza locale in Italia (cfr. *Esame dello stato della finanza locale in Italia*, Roma, Servizio commissioni parlamentari, 1967). Tale iniziativa segnò un precedente importante, che costituì il modello procedurale per le indagini successive. La prassi fu poi consolidata con il nuovo Regolamento della Camera del 1971, che disciplinò espressamente la materia all'articolo 115.
- ²⁴ Il primo tentativo di disciplinare unitariamente le istituzioni di beneficenza trovò parziale attuazione in Italia con la legge numero 753 del 3 agosto 1862 (nota come legge Rattazzi sulle opere Pie), ripartita in sette titoli, per complessivi 38 articoli, completata dal relativo regolamento attuativo contenuto nel regio decreto n.1007 del 27 novembre 1862. Questa legge a sua volta riprendeva la legge del 1859 emanata

in virtù dei poteri straordinari concessi dal Parlamento al potere esecutivo che considerava Opere pie gli istituti di carità e di beneficenza che avessero in tutto o in parte il fine di soccorrere le classi meno agiate, tanto in stato di sanità che di malattia, e di prestare loro assistenza, di educarle, istruirle e avviarle a qualche professione, arte o mestiere. Per una ricostruzione in chiave giuridico-istituzionale si veda la voce A. Gilardoni, *Opere Pie*, in *Digesto Italiano*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1907-1908, pp. 514-848.

²⁵ Cfr. M. Caprioli Piccialuti, *Il patrimonio del povero. L'inchiesta sulle opere pie del 1861*, in «Quaderni Storici», vol. 15, n. 45, 1980, pp. 918-941.

²⁶ Gli *Atti della commissione Reale d'inchiesta* sono costituiti da 9 volumi: i primi quattro (1884, 1885, 1886, 1887) contengono i dibattiti della Commissione, il quinto e il sesto contengono i questionari; il settimo (1888) il progetto di riforma legislativa in materia di assistenza pubblica; l'ottavo con dati statistici (1889) e l'ultimo contiene i raffronti con altri paesi (1992). Sull'inchiesta Correnti cfr. P. Donati, *L'inchiesta sulle Istituzioni pubbliche di beneficenza in Italia ed il disegno di Riforma alla Legge 3 agosto 1862*, in «Giornale Degli Economisti», vol. 4, 1889, no. 2/3, pp. 280-291; S. Lepre, *Le opere Pie attorno al 1880. L'inchiesta conoscitiva, economico-morale-amministrativa, presieduta da Cesare Correnti*, in Id., *Le difficoltà dell'assistenza. Le opere pie in Italia fra '800 e '900*, Roma, Bulzoni, 1988, pp. 71-117.

²⁷ *Statistica dei ricoverati in Ospedali pubblici e privati e in altri Istituti di assistenza nell'anno 1898*, Roma, G. Bertero, 1900.

²⁸ *Rilevamento statistico amministrativo circa le condizioni dell'assistenza all'infanzia e agli indigenti inabili al lavoro e della beneficenza elemosiniera*. Cfr. *Annuario statistico italiano 1905-1907*, Roma,

Tip. Mantellate, 1905.

²⁹ *Statistica dei ricoverati in ospedale e in altri istituti di assistenza pubblici e privati nell'anno 1907*, Roma, Tip. G. Civelli, 1909.

³⁰ *Statistica degli ospedali e degli altri istituti pubblici e privati di assistenza sanitaria ospitaliera nell'anno 1932-X*, Istituto poligrafico dello stato, 1934.

³¹ I risultati sono raccolti in *Attività assistenziali in Italia. Relazione illustrativa e tavole statistiche*, a cura di Maria Cao-Pinna e Lucio Sergio Rosati, Roma, Tip. Failli, 1950.

³² Su questa inchiesta v. G. Fiocco, *L'Italia prima del miracolo economico. L'inchiesta parlamentare sulla miseria, 1951-1954*, Manduria-Bari-Roma, Piero Lacaita, 2004 e *Povertà, miseria e Servizio sociale. L'inchiesta parlamentare del 1952*, a cura di P. Rossi, Roma, Viella, 2018.

³³ Sono consultabili al link: <https://inchieste.camera.it/miseria/documenti.html?leg=01&legLabel=I legislatura>.

³⁴ L. Montini, *Prefazione*, in *Atti della commissione parlamentare di inchiesta sulla miseria in Italia e sui mezzi per combatterla*, Vol. XIII: *Organi ed enti di assistenza pubblica e privata in Italia*, Roma, Camera dei deputati, 1953, p. IX.

³⁵ G. Canepa, *L'amministrazione come pedagogia. Il Ministero per l'assistenza post-bellica e la costruzione della democrazia*, in «Le Carte e la Storia», 2017, 2, pp. 118-134. Sull'opportunità di costituire un ministero *ad hoc* in materia assistenziale si veda il dibattito che si ebbe tra i protagonisti in *Atti del Convegno per studi di assistenza sociale, Tremezzo (Como) 16 settembre - 6 ottobre 1946*, Milano, C. Marzonati, 1947, pp. 795-797. Sul Convegno di Tremezzo unanimemente definito come il momento fondativo del servizio sociale moderno v. *Le origini del servizio sociale italiano. Tremezzo: un evento fondativo del 1946. Saggi e Testimonianze*, a cura di Maria Stefani, Roma, Viella, 2011. Negli

anni della ricostruzione furono elaborati numerosi progetti: nel 1947 il Progetto Frapagane-Molino, nel 1948 il Progetto Vigorelli, nel 1949 il Progetto Scelba e nel 1950-1951 Progetto Montini (1949-1950-1951). Cfr. ACS, *Ministero dell'Interno, AAI, Segreteria e Presidenza 1944-1977, Riforma assistenza e ristrutturazione*, b. 186.

³⁶ *Stato e prospettive dell'assistenza pubblica e privata in Italia* cit., p. 12.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ivi, p. 20.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Si veda L. Montini, *L'Italia di fronte ai primi aiuti internazionali*, in *Giorno per giorno tra i protagonisti di un'epoca 1944/1970* cit., pp. 33-42. Cfr. anche M. Affinito, *La storia della missione esplorativa dell'UNRRA in Italia (1944-1945)*, Napoli, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, 2012.

⁴² Sull'AAI si veda: *L'amministrazione per gli aiuti internazionali: organi ordinamento funzioni attività*, Roma, Edizioni AAI, 1952; S. Inaudi, *Assistenza ed educazione alimentare: l'Amministrazione per gli aiuti internazionali, 1947-1965*, in «Contemporanea», 2015, 3, pp. 373-400; *L'amministrazione per gli aiuti internazionali: la ricostruzione dell'Italia tra dinamiche internazionali e attività assistenziali*, A. Ciampini (a cura di), Milano, FrancoAngeli, 2002 (in particolare si veda il saggio di G. Tosatti, *L'AAI nel Ministero dell'Interno e le prospettive dell'assistenza sociale nella riforma regionale*, pp. 167 ss.); R. Cutini, *Un'alleanza sui generis. L'amministrazione per gli aiuti internazionali (AAI) e il nascente servizio sociale italiano (1944-1953)*, in Id., *Promuovere la democrazia. Storia degli assistenti sociali nell'Italia del secondo dopoguerra (1944-1960)*, Roma, Viella, 2018, pp. 59 ss.; A. Stoppoloni, *Un'amministrazione per l'assistenza. Breve storia dell'AAI (1947-1977)*, in «Le Carte e la Storia», 2023, 1, pp. 71-85.

- ⁴³ Maria Cao Pinna (1912–1986) fu una protagonista del Servizio sociale in Italia nel secondo dopoguerra. Entrata nell'Amministrazione Aiuti Internazionali nel 1947, vi svolse ruoli di direzione, formazione e rapporti internazionali. Dopo il 1966 passò al Ministero degli Affari Esteri, rappresentando l'Italia in sedi come l'ONU, l'ECOSOC e la Commissione sullo Sviluppo Sociale. Partecipò alla Conferenza di Teheran sui diritti umani (1968) e all'Anno internazionale della donna (1975). Dal 1978 al 1984 fu segretario generale del Comitato interministeriale per i diritti dell'uomo. Cfr. A.M. Cavallone, *Maria Cao Pinna*, in *Povertà, miseria e Servizio sociale. L'inchiesta parlamentare del 1952*, cit., pp. 155-159, pubblicato anche in «La rivista di servizio sociale», 1, 2001, pp. 102-106.
- ⁴⁴ Sulla carriera amministrativa si veda ACS, *Ministero dell'Interno, Amministrazione per attività assistenziali italiane e internazionali, Segreteria del Direttore Superiore Lucio Sergio Rosati (1947-1982)*, busta 1, fasc. 1.
- ⁴⁵ *Stato e prospettive dell'assistenza pubblica e privata in Italia* cit., p. 225.
- ⁴⁶ *Ivi*, p. 226.
- ⁴⁷ *Ibidem*.
- ⁴⁸ *Ivi*, p. 227.
- ⁴⁹ *Ivi*, p. 228.
- ⁵⁰ *Ibidem*.
- ⁵¹ *Ivi*, p. 229.
- ⁵² Cfr. Relazione dell'Onorevole Foschi in *Stato e prospettive dell'assistenza pubblica e privata in Italia* cit., pp. 459-471.



Primo piano:

Thomas Duve and Tamar Herzog (eds.)

The Cambridge History of Latin American Law in Global Perspective

Cambridge, Cambridge University Press, 2024, Euro 144,51, ISBN 1316518043

DIEGO NUNES

1. I curatori di questo volume, Thomas Duve e Tamar Herzog, sono storici del diritto di punta a livello internazionale: l'uno insegna alla Goethe University e co-dirige il Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory a Francoforte sul Meno; l'altra, Monroe Gutman Professor of Latin American Affairs, insegna presso l'Harvard University. Sappiamo, inoltre, da loro, che il grande studioso portoghese António Manuel Hespanha avrebbe dovuto affiancarli se nel frattempo non ci avesse lasciato.

Gli *editors* hanno coordinato un numero notevole di ottimi studiosi chiamati a scrivere su una pluralità di

temi diversi per cronologia e approccio: cinque argentini (Parise, Teitel, Weis, Zomara, Zimmermann), quattro brasiliani (Dantas, Dias Paes, Paixão, Saba), due spagnoli (Portillo Valdés, Petit), una messicana (Cunill) ed un colombiano (Bonilla Maldonado). È purtroppo mancato anche il contributo di Ramos Nuñez (Perù).

Bisogna notare l'assenza di altre realtà. In primo luogo, quelle dei paesi di colonizzazione non latina, come le Guyane e le isole caraibiche, di lingua inglese, francese e olandese: questo è importante perché i curatori già nell'introduzione discutono su che cosa sarebbe l'America Latina

a seconda dell'inclusione o meno di contesti che presentano differenze culturali importanti pur geograficamente collegati. Pensiamo per esempio ad Haiti (ma non solo), che da territorio originario, è stato conquistato dagli spagnoli, poi passato al dominio dei francesi ed oggi nazione che ha sviluppato una cultura molto particolare, includendo un idioma specifico di natura creola. Questo ci porta a un secondo gruppo di assenze, quello delle lingue native poi influenzate da quelle africane della diaspora e dalle lingue europee dei colonizzatori. Molti paesi come la Bolivia hanno un percentuale rilevante di parlanti in lingua nativa

come il *quechua*; si pensi anche al *papiamento*, lingua creola di isole come Aruba e Curaçao, entrambi con status ufficiale.

Geograficamente il numero degli autori è abbastanza proporzionato all'estensione dei paesi e della tradizione e della forza contemporanea della storiografia giuridica latino-americana; però, è da notare che quasi per metà sono studiosi che lavorano in Europa (Parise, Dias Paes) o negli Stati Uniti (Teitel, Saba, Cunill). Se aggiungiamo i due contributori spagnoli e – ancor più importante – i curatori del volume, la maggioranza degli autori non vive nel continente oggetto di studio: segno della globalizzazione, direbbero alcuni; fuga dei cervelli, direbbero altri.

Ciò, comunque, ci rivela una scelta editoriale importante, che sappiamo coinvolge una serie di fattori sempre difficili da bilanciare (*expertise* degli autori, reti internazionali, disponibilità ed indicazioni della casa editrice). C'è invece un numero rilevante di studiose (Teitel, Weis, Zamora, Dantas, Dias Paes, Cunill), ma, oltre alla mancanza di uno studioso locale fra i curatori, direi che sono pochi coloro che possano identificarsi come indigeni od afroamericani. Uno degli elementi per mostrare le dinamiche del rapporto globale-locale (caro ai curatori, come vedremo in seguito) sa-

rebbe proprio la rappresentanza della diversità.

2. Il libro si articola in sette parti, alcune divise in sezioni, precedute di un saggio introduttivo dei curatori. La prima parte più concettuale e storiografica contiene testi sulla storia della storiografia dell'America Latina (Petit), il rapporto fra la storia del diritto e altre storie (Herzog), come il diritto viene prodotto (Duve) e sulla storia globale (Dias Paes). Anche qui si vede la prevalenza di autori del Nord globale, che simbolicamente potrebbe indurre il lettore ad attribuire al discorso un carattere unidirezionale. Insisto su questo argomento perché i curatori parlano di epistemicidio nell'introduzione.

La seconda parte ci introduce al diritto indigeno (Cunill); la terza, sul diritto coloniale, tratta del fattore religioso (Herzog e poi Duve) e della dimensione giuridica della "casa" (Zamora); la quarta, sui processi di indipendenza, presenta il tema delle rivoluzioni (Herzog); la quinta, sull'Ottocento, discute il fenomeno costituzionale (Portillo), i codici (Parise) e le ribellioni (Dantas e Saba); la sesta, sul novecento, introduce la figura dello Stato amministrativo (Zimmermann), le dittature (Paixão) e

la giustizia di transizione ed i diritti umani (Teitel e Weis); e, infine, la settima parte è dedicata al pluralismo giuridico nel ventunesimo secolo (Bonilla Maldonado).

3. Ora guardiamo più nel dettaglio i contributi. La prima parte, di carattere metodologico, non porta grandi novità, anche se dà conto bene degli approcci consolidati. Esemplare è il saggio di Petit sulla scrittura della storia del diritto in America Latina: presenta un quadro complessivo dell'Otto-Novecento, discute la problematica categoria del *derecho indiano* ma la cronologia scelta non coglie l'attuale (e reale) sviluppo della storiografia giuridica brasiliana. In un altro modo, Herzog discute il concetto di storia del diritto sia in America Latina che nella penisola iberica quale modo di analizzare le radici culturali. Questo va benissimo, anche perché si guarda a figure fondamentali sia in Europa che in America Latina come Hespanha e Clavero, però si ferma lì. Duve va un po' avanti nella discussione su come il diritto fu creato da noi, in particolare proponendo di includere le realtà indigena e religiosa, ma le categorie ermeneutiche sono ormai conosciute: normatività, traduzione culturale, glocalizzazione. Dias Paes riesce

ad andare più lontano quando propone di uscire dalla dualità legge vs. prassi tipicamente europea per seguire altri concetti ancora poco sviluppati come "produzione normativa", "sensi concreti", "memorie" e "zone condivise di produzione normativa" per elaborare nuovi sentieri di scrittura storiografica sul diritto.

Dalla seconda parte in poi troviamo il percorso cronologico. Cunill ci presenta il periodo precoloniale a partire da una etno-storiografia del diritto, aggiungendo le fonti precedenti all'arrivo degli europei per proporre un'idea del giuridico che contempla le prospettive degli europei, *mestizos* e indigeni. Forse qui manca una visione che riesca ad intrecciare il contributo africano, specialmente se pensiamo alle realtà dove questo elemento provoca delle forme diverse di mescolanza, come vediamo in certe culture caraibiche ma anche nella realtà dei *quilombos* in Brasile.

Nella terza parte Herzog torna a discutere la vita dello *ius commune* nei tropici e gli spazi di autonomia, spiegando che lo stato dell'arte della storiografia ancora non permette una comparazione produttiva fra America Latina, Africa ed Asia. Anche Duvet torna scrivendo sulla normatività religiosa del diritto canonico, che arriva insieme

alla conquista, fra consuetudine, teologia e diritto ecclesiastico. Infine, Zamora presenta la questione della sfera domestica come più rilevante per la maggioranza della gente, e come le categorie *casa grande*, *pater familias* e *fazendeiro* furono funzionali al discorso sulle costituzioni e sui codici nell'Ottocento.

Nella quarta parte troviamo ancora un contributo di Herzog volto a discutere come i processi di indipendenza ed il superamento dell'*ancién régime* non furono necessariamente delle roture. Nonostante le differenze locali si potrebbe parlare di una storia latino-americana comune, con repertori simili, come l'adozione di costituzioni con difficoltà di attuazione e la forza dei precedenti legami politici-sociali. Anche se menzionata, forse la rivoluzione haitiana avrebbe potuto essere più valorizzata proprio perché soffocata dalle potenze del periodo (non solo la Francia, ma anche gli Stati Uniti) sia per il suo potenziale veramente rivoluzionario che per la costruzione di nuove categorie giuridiche (il concetto di *negro* che sostituisce quello di cittadino, ed inclusivo addirittura nel ricomprendere i polacchi che lottarono insieme agli ex schiavi nelle guerre di indipendenza), sia per immaginare un tessuto sociale molto diverso (incluse le pratiche religiose,

come il *vudù*, che sono segni della paura e dei pregiudizi degli europei e dei vicini latino-americani governati dalle *élites* discendenti dai colonizzatori).

Nella quinta parte, Portillo presenta il costituzionalismo latino-americano dell'Ottocento, introducendo le differenze tra le realtà luso-brasiliana e quella ispanico-repubblicana. Poi si sofferma sull'idea di crisi costituzionale e i caratteri che coniugano formule antiche (*pueblos*, *fueros*) e nuove categorie (cittadinanza, federalismo, secessioni), le esclusioni *de facto* (donne, neri, indigeni e *mestizos*). Parise ci presenta le codificazioni, in particolare quelle di diritto privato, come segni del cambiamento e usa alcune periodizzazioni (fondazione ed espansione nell'Ottocento, differenziazione e globalizzazione nel Novecento). Forse qui si sarebbe potuto esplorare un po' di più il caso del Brasile (su cui oggi c'è una cospicua storiografia) che ha fatto il suo primo Codice civile soltanto nel 1916, magari avvicinandolo al *Sonderweg* tedesco. Le contraddizioni non si fermano qui, perché ad esempio il Codice civile argentino fu ispirato sia dalla Francia napoleonica che dal fallimentare progetto di Texeira de Freitas costruito durante la monarchia brasiliana. Dantas e Saba ci

spiegano come queste nuove nazioni, con territori "ritagliati" e multi-etnici, da una parte, e un modello di Stato omogeneo con un soggetto di diritto "statico", dall'altra parte, hanno provocato ribellioni e il distacco dei cittadini di "seconda classe" dal tessuto sociale.

Nella sesta parte Zimmermann discute il problema dell'"assenza di stato" nell'America Latina nell'Ottocento, non solo a causa dell'assunzione del modello costituzionale ma anche del suo passato coloniale e delle sue radici patriarcali. Nel Novecento si ha un forte cambiamento con le nuove forme costituzionali ma anche l'avvento del corporativismo, con la cooptazione del labourismo autoritario che concedeva diritti sociali. Il saggio contiene un'interessante discussione su centralizzazione vs. federalismo, spiegando il successo del fenomeno del *caudillismo*. Paixão dimostra come le dittature hanno dominato il panorama latino-americano nella seconda metà del Novecento, con molteplici dispositivi repressivi e forme di collaborazione fra i regimi, con importanti cambiamenti nei sistemi giuridici, ribaltando le problematiche relazioni fra i regimi e le costituzioni preesistenti ed il ruolo del sistema di giustizia. Teitel e Weis presentano la giustizia di transizione e i diritti uma-

ni come un'inversione, dove il Sud insegna al Nord, a partire dell'esperienza dei *desaparecidos* come una specifica categoria giuridica di atrocità, denunciata dalle commissioni per la verità. Inoltre, mostrano come i sistemi interamericano ed europeo dei diritti umani si siano rispecchiati l'uno nell'altro, in particolare nelle sentenze della IACHR e della ECHR.

Infine, la settima ed ultima parte sulla sopravvivenza del diritto statale nel secolo presente è scritta da Bonilla Maldonado che discute come le trasformazioni culturali si sono realizzate alla fine del Novecento portando a processi di inclusione di gruppi altrimenti esclusi, come in Brasile e Colombia, e poi in Ecuador e Bolivia, di forma più radicale nei primi anni duemila. Inoltre, lui parla di un pluralismo forte, riferito a gruppi sovversivi, organizzazioni comunitarie e bande di spacciatori di droga; ed un pluralismo debole circa il blocco di costituzionalità e i trattati commerciali (Mercosul/Unasul/Comunità Andina).

Ai lettori del Giornale di storia costituzionale si segnalano in particolare i testi di Herzog (sul diritto rivoluzionario), Portillo, Zimmermann e Paixão poiché più vicini alle tematiche della rivista. La conoscenza di nuovi dati e la possibilità di com-

parazione sono apprezzabili per un interscambio genuino fra la tradizione europea, ben rappresentata dal Giornale, e questa storiografia costituzionale latino-americana.

Se il volume presenta tanti temi fondamentali, nondimeno si possono sottolineare due assenze notevoli: la giustizia criminale e il regime giuridico del lavoro. Entrambi i temi appaiono in forma più limitata in vari contributi, però ci sembrerebbero meritevoli di maggiore autonomia. Il problema della criminalità come appartenenza a determinati ceti sociali ma anche gli esempi sui reati politici sono un elemento "costituzionale" del diritto latino-americano, senza parlare della questione della codificazione e delle scienze penali. Riguardo al tema del lavoro, i flussi di schiavi dalla diaspora africana verso l'America (in modo massivo e lungo in Brasile, Colombia e Cuba, ad esempio) è nodale così come la dimensione fondativa del mondo domestico che non si confonde - perché ha una sua dimensione pubblica - col commercio e la criminalità.

4. La metodologia alla base del volume è rispecchiata da sette questioni che corrispondono al numero dei capitoli, e poi inquadrare secondo

criteri cronologici. Insomma, lo scopo era capire come certe questioni globali – colonizzazione, rivoluzioni, avvento e crisi dello Stato nazionale – riguardarono il diritto nell'America Latina. Su questo punto i curatori osservano che nel discorso giuridico e storiografico sul diritto latino-americano prevalgono ancora narrative nazionali o locale; l'impronta nettamente legalista e statocentrica è inoltre, eurocentrica, lasciando indigeni e neri al di fuori della ricostruzione; i lavori comparatistici colgono più le differenze che quello che c'è in comune; e prevale l'uso costante di teorie straniere. Ma l'inquadramento offerto dai curatori e dagli autori incontra una certa difficoltà a sfuggire alle stesse trappole poiché la storia globale è stata sviluppata anzitutto nel Nord globale. Così, possiamo dibattere se le domande guida sono veramente quelle della storia del diritto latino-americana oppure se in realtà corrispondono ai dubbi sinceri e genuini del pubblico nord-americano ed europeo rispetto alla nostra realtà ed il loro modo di riuscire ad avvicinarsi a essa.

Crediamo di poter dire che gli obiettivi individuati dai curatori nell'introduzione non sono stati del tutto raggiunti. Da una parte, volevano dare vita ad una storia giuridica pan-latino-ame-

ricana, e abbiamo già notato prima che ciò non è successo integralmente: in verità ci sono tre poli principali d'attrazione: Messico, Argentina e Brasile. I due primi riescono a portarsi dietro in parte le realtà a loro vicine degli *hispanicos*; il terzo serve come caso specifico da considerare per la sua misura (gigante rispetto agli altri) e in termini dialettici (nel contesto politico e linguistico-culturale). Ci sono ovviamente situazioni in cui l'operazione è riuscita. Pensiamo alla discussione sull'operazione Condor nelle dittature del Novecento ma anche alla giustizia di transizione dopo il periodo degli autoritarismi. Magari non è stato proprio "pan" ma almeno sudamericano, cosa che finora è stato raro trovare anche da noi.

Per un altro verso, i curatori propongono una nuova metodologia, centrata più sulle questioni, su processi e contesti anziché su risposte, risultati e soluzioni. Alcuni testi sono diretti a presentare modelli, come l'ultimo sul pluralismo giuridico: anche se molto sofisticato ed interessante, sembra molto più preoccupato di classificare le forme di manifestazione del diritto oltre lo stato (con categorie come *extra* o *contro* statuale) che a disegnare un quadro complessivo dove il lettore possa essere protagonista. Altri contributi invece

sono ricchi di questioni veramente globali, o meglio dire, *mestizas*, ad esempio la discussione sulla casa coloniale e la sua dimensione giuridica, che deriva sia dalla tradizione patriarcale del diritto romano e medievale sia dagli incroci fra le culture originarie e africane messe insieme in un determinato territorio. Qui il diritto (e la sua storia) rivelano la complessità ricercata dal volume, perché integrano in forma organica la prassi e la scienza giuridiche.

Del resto, non ci sembra che sia proprio lo scopo di un *handbook* proporre questo tipo di innovazione: il suo esito verrà valutato in base al dato "panoramico" e profondo allo stesso tempo. O, per usare un gioco caro ai curatori, che riesca a presentare il globale senza far sparire le particolarità del locale.

5. È da dire anche che il libro è stato scritto in inglese. Infatti, è importante tradurre autori latino-americani dagli originali in modo che la nostra storiografia giuridica possa essere letta da un pubblico più ampio. D'altra parte, si deve dire che materiali come questo mancano sul nostro territorio. Infatti, la sua ulteriore traduzione – appena uscita in portoghese (e magari fra poco in spagnolo) – si renderebbe molto uti-

le. O invece no se l'idea fosse quella di mantenere la storiografia locale sotto l'ombra del Nord. Da latino-americani, quest'opera ci dimostra che noi dobbiamo, con urgenza, inseguire noi stessi la nostra storia.

La sfida di quest'opera è riuscire ad essere qualcosa di più che un semplice "deposito" dove il pubblico anglofono ed europeo possa osservare uno scenario esotico. Speriamo che quest'impresa possa fungere da laboratorio dove i colleghi storici del diritto riconoscono le similitudini e le differenze di una tradizione giuridica in parte erede ed in parte divergente da quella europea. E magari da questa curiosità sincera possano derivare delle collaborazioni feconde, non solo nel senso che noi possiamo imparare dai nord-americani e dagli europei, ma che viceversa sia possibile cogliere meglio le nostre innovazioni teoriche e metodologiche. È certamente innegabile il grande sforzo di ricostruzione e di sintesi. Noi formuliamo, infine, l'auspicio che un lavoro simile possa essere condotto da noi stessi, fatto e pensato per un pubblico crescente ma ancora carente di opere di sintesi più vaste in grado di dialogare con iniziative importanti come quella qui presentata.

Primo piano:

Gabriele Magrin

Dispotismo democratico e autocoscienza della rivoluzione. Percorsi di ricerca

Macerata, Eum, 2024, pp. 158, Euro 15,20, ISBN 9788860569424

MARCO FIORAVANTI

L'oscillazione del pendolo è il movimento seguito dal libro di Gabriele Magrin (*Dispotismo democratico e autocoscienza della rivoluzione. Percorsi di ricerca*, Macerata, Eum, 2024) per cogliere l'affermazione e la degenerazione della democrazia dalla Rivoluzione del 1789 a quella del 1848, un pendolo che fluttua tra l'esaltazione della democrazia diretta e la sua deformazione in demagogia o in dispotismo democratico, ossimoro non nuovo nella storia del pensiero politico moderno e della cultura giuridica.

Se Rousseau è il primo a denunciare le illusioni e le aporie della rappresentanza – e il primo a essere affron-

tato a giusto titolo in questa silloge – la critica radicale, mai utopistica, della possibilità di rendere presente un'assenza, avrebbe caratterizzato non solo il decennio rivoluzionario, che di Rousseau avrebbe fatto il dioscuo, ma tutta la stagione che sbrigativamente rubrichiamo come epoca liberale. Questo lungo periodo, seguendo Magrin, può essere scomposto e analizzato da un diverso punto di vista, meno lineare e rassicurante (sia per la lettura liberale che per quella democratica o neo-giacobina), quando al suo interno si vengono a formare posizioni alternative a quella della democrazia

rappresentativa. Attraverso una ricostruzione concettuale che privilegia le rotture rispetto alle continuità, Magrin traccia una controstoria della modernità politico-constituzionale attraverso filosofi, politici e giuristi – da Condorcet a Babeuf, da Blanc a Proudhon, da Rittinghausen a Considérant – cercando di inserire un cuneo tra i lemmi, democrazia e rappresentanza, disarticolandone la coerenza semantica.

L'autore propone un'ipotesi in controtendenza rispetto alla narrazione dominante, risalente alla svolta storiografica riconducibile a François Furet che, in estrema sintesi, vedeva la sfida

della Rivoluzione francese di realizzare la democrazia come sostanzialmente fallita, prima con il Terrore poi con il Bonapartismo, approdi obbligati di un processo iniziato sotto l'egida di Rousseau. Al contrario, senza sminuire l'importanza della teoria della scuola revisionista (allontanandosi semmai dalla sua vulgata semplificante e viepiù ideologica), Magrin propone una ricostruzione che parte dalla consapevolezza che nelle dinamiche rivoluzionarie, *ab initio*, vi fosse la coscienza del potenziale dispotico della democrazia che spinse i protagonisti a cercare soluzioni – di caratura costituzionale – per evitarne la degenerazione.

Se questa è la sfida che si pone l'autore, il filo rosso da seguire non poteva non essere quello dell'affiorare e riaffiorare carsico del ricorso alla democrazia diretta (endiadi assente nel vocabolario settecentesco, in quanto considerata come pleonastica) e, sua forma senescente, all'appello al popolo. Dal mandato imperativo, abolito nel 1789 come espressione di una dinamica di antico regime e riattivato nel 1793 come misura democratica di partecipazione al processo decisionale e, in ultima istanza, di controllo del potere, passando per la revoca degli eletti, istituto ad esso fortemente correlato, per giungere a tutta una serie di

ingegnerie costituzionali che hanno caratterizzato il secolo delle Rivoluzioni.

Dopo aver affrontato "il Rousseau dei Giacobini" – in bilico tra rifiuto della delega e apertura a necessarie e limitate istanze rappresentative – il volume si sofferma su uno snodo inevitabile nella storia della democrazia dei moderni e nelle sue articolazioni più compiute e complesse: il pensiero e il progetto politico-costituzionale di Condorcet, di cui Magrin è uno dei massimi esperti in Italia. La proposta di questo illuminista prestato alla Rivoluzione è forse il punto più ampio in cui l'arco rivoluzionario può tendere nella proposta democratica. Pensare la democrazia dei moderni per Condorcet, rousseauiano *malgré lui*, significa accettare la delega senza rinunciare alla sua critica, consapevole dei suoi limiti. Erede della tradizione dei Lumi, dei quali incarnava tutta l'inquietudine e l'irrequietezza, insoddisfatto verso le proposte emerse a cavaliere dell'Ottantanove, Condorcet mise in cantiere la costruzione di una democrazia che non avesse paura di vincoli e (auto)vincoli. Ma del lascito dei Lumi, Condorcet tramandò ciò che con Jean Starobinski possiamo chiamare "il coraggio della moderazione", che il grande intellettuale svizzero utilizzava per interpretare il pensiero

di Montesquieu, una moderazione applicata al processo democratico che avrebbe limitato sia il potere del popolo (attraverso la mediazione delle elezioni) sia dei suoi delegati (attraverso la censura sulle leggi, di sapore rousseauiano, anche se non sovrapponibile a quella del ginevrino). Ma la moderazione di Condorcet, così come quella di Montesquieu, implica uno stato perpetuamente vigile su tutti gli atti espressione del potere. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* stessa fungeva per Condorcet, ci ricorda correttamente Magrin, da limite invalicabile per i poteri. Popolo sovrano e limiti costituzionali lungi dall'essere in contraddizione, rappresentano i due estremi del discorso rivoluzionario sul potere.

Se il passaggio dallo spirito della moderazione di Condorcet a quello radicale di Gracchus Babeuf può sembrare ardito e forzato, esso risulta invero coerente con l'impianto del ragionamento di Magrin. Considerato estraneo alla cultura democratica e disattento alle dinamiche istituzionali, il leader della Congiura degli eguali e antesignano del comunismo moderno, prestò, a contrario, una grande attenzione ai meccanismi *lato sensu* costituzionali nei processi storici di cambiamento, come evidenziato del resto già nella coeva biografia del suo

sodale Filippo Buonarroti. Il rivoluzionario pisano, che ci ha tramandato il pensiero e l'azione del babuvismo, al di là degli aspetti legati al fallito tentativo rivoluzionario, ha ricostruito la progettazione costituzionale presente nell'idea di una società di eguali. Difensore e interprete della Costituzione del 1793, *chef d'œuvre de politique*, perché permetteva al popolo di partecipare alla formazione della legge, "il Babeuf di Buonarroti" muove da una lettura democratica dei diritti: l'eguaglianza delle ricchezze e la partecipazione dei ognuno all'esercizio della sovranità appartengono agli individui per diritto naturale.

Ma le pagine più originali del libro sono proprio quelle dedicate ai primi anni Cinquanta dell'Ottocento in Francia, relegati in un cono d'ombra storiografico, schiacciati dal "momento" Quarantotto e la "gloriosa" Terza repubblica, attraverso autori quali Alexandre-Auguste Ledru-Rollin, Victor Considérant, Moritz Rittinghausen, mossi dall'esigenza, già presente in Condorcet o Paine, di innestare la democrazia nelle coordinate del costituzionalismo (e del nascente parlamentarismo), che già aveva spinto i rivoluzionari settecenteschi ad andare oltre la mera accettazione del sistema rappresentativo.

La tesi del libro, coerentemente costruita quasi per sottrazione, distinguendosi dalla dottrina revisionista che, come abbiamo accennato, sovrapponeva democrazia e dispotismo presso i rivoluzionari e nella tradizione giacobina, individua nella capacità di concettualizzare il potenziale dispotico della democrazia l'alternativa alla lettura à la Furet. Ma non solo. La cultura giacobina seppe elaborare, sia nella fase della sua egemonia che, forse in maniera più compiuta (e meno nota) nell'Autunno della Rivoluzione, una progettualità costituzionale che non si limitava a una posizione "difensiva" ma "costruttiva" di un armamentario costituzionale che avrebbe rafforzato la democrazia, continuando a cercare ancora gli antidoti al dispotismo. Emblematica fu la figura di Pierre-Antoine Antonelle il quale, dopo il fallimento della Congiura degli Eguali, della quale era stato uno degli organizzatori, individua nell'istruzione e nella libertà di riunione gli strumenti principali di emancipazione a disposizione delle persone analfabete e non proprietarie escluse dalla cittadinanza. L'intuizione di Antonelle giunge fino a ipotizzare la necessità di istituzionalizzare i partiti politici per far coesistere democrazia e rappresentanza. Il titolo del giornale da affiggere sui

muri di Parigi da lui ideato, *Le Démocrate constitutionnel*, ci indica, già dal nome per l'epoca impensabile, che la strada da percorrere per fondare e allo stesso tempo salvare la Repubblica era quella di conciliare democrazia e costituzione, difficoltà con la quale la parte migliore della cultura giacobina, di cui Antonelle è espressione, si era cimentata, malgrado la storiografia revisionista abbia liquidato il giacobinismo come incompatibile con le istituzioni rappresentative e pluraliste.

Si può ancora "pensare la Rivoluzione francese", parafrasando evidentemente lo stesso Furet, ripartendo dalle sue intuizioni (la necessità di una nuova interpretazione all'altezza delle sfide del presente), ma allontanandosi dalla sue conclusioni (il 1793 antesignano dei totalitarismi novecenteschi), capovolgendo la prospettiva: la democrazia dei moderni, forgiata dopo il 1789 e consolidata nel secolo successivo, lungi dall'essere destinata a una degenerazione dispotica, ha nel suo stesso nucleo fondativo gli elementi per mettersi al riparo dai suoi propri processi degenerativi. La democrazia come autocoscienza della Rivoluzione.

Primo piano:

G. Vicente y Guerrero

Constitución y Revolución en los inicios del Estado nacional noruego

Madrid, CEPC, 2022, pp. 326, Euro 24,00, ISBN 9788425919398

OSCAR VERGARA

The book *Constitución y revolución en los inicios del Estado nacional noruego* (Constitution and Revolution in the Origins of the Norwegian Nation State), by Guillermo Vicente y Guerrero, aims to provide the Spanish-speaking public with a thorough study of the revolutionary process that took place in Norway in 1814 and which transformed the old absolute state into a new national liberal state by setting a Constitution. The book fills an important gap, as there is no monograph in Spanish that deals with such an important event in Norwegian history and, in general, in the history of parliamentarianism, since

Norwegian democracy, due to its tradition of consensus and its egalitarian culture, has been internationally considered a paradigm of multi-party democracy.

Instead, in France it received early attention, through the still useful monograph by J.-P. Catteau-Calleville, *Histoire des révolutions de Norvège*, Paris, Pillet, 1818. In turn, it has received special attention in the Anglo-Saxon world since the second half of the last century, in which the monograph Th.K. Derry, *A History of Modern Norway (1814-1972)*, Oxford, Oxford University Press, 1973, is commendable.

The methodology used is remarkable, especially for the direct handling of Norwegian-language sources, both as regards the primary sources, which include the parliamentary records and the electoral records, the various constitutional drafts, the personal diaries of both King Christian Frederik and the Eidsvoll deputies, and their correspondence with their families and friends, as well as the extensive and well-selected secondary bibliography. The latter enables the author to develop independent opinions on the various controversial points and even, where necessary, to distance himself from the

prevailing view. The insertion of the quotations in the original language is a success, since it allows comparing both versions and, even, for those who do not speak it, it gives the opportunity to learn some Norwegian, by virtue of its parallelisms with other languages of the same linguistic family. Based on this, it is possible to recognize the fidelity of the translation to the original.

It is not, therefore, primarily a popularized work, although it does bring this process to the attention of the Spanish-speaking public, but rather a monograph that explores the subjects in depth, particularly the transcendental historical, political and constitutional events that took place in Eidsvoll in the spring of 1814, which are treated and interpreted with rigour and meticulousness. The chronological order helps to organize the material and brings the reader closer to the events with admirable immediacy, being easier to read and understand, and familiarising the reader with the protagonists of the constituent process, whose actions can be followed practically as if the reader were personally attending the same sessions of the "Rigsforsamlingen" or Assembly of the Kingdom.

The first chapter deals with the genesis of the revolution, which is contextual-

ised in the context of the Napoleonic Wars, in particular the Treaty of Kiel, by which Denmark cedes Norway to the King of Sweden. This fuelled Norwegian nationalist feelings, a fact that, for the author, is crucial in explaining the emancipation movement, wisely channelled by Prince Christian Frederik, cousin of the Danish King Frederik VI and royal representative in Norwegian territory as viceroy. He was the one who took the initiative of bringing together, first informally, a number of notables in Eidsvoll in order to ascertain their opinion, which enabled him to establish the Norwegian people's opposition to the cession imposed by the Treaty of Kiel and the need to convene a "Rigsforsamlingen" or Kingdom Assembly in order to give Norway its first constitution through the corresponding electoral process, which had the decisive support (both organisational and legitimising) of the Evangelical-Lutheran Church. Christian Frederik temporarily declared himself regent of the Kingdom of Norway.

The second chapter reports on the elected Kingdom Assembly, which met in Eidsvoll from 10 April to 20 May 1814 in a private residence, converted by Christian Frederik into a genuine revolutionary epicentre. This chapter presents in detail the

most notable figures in the Assembly and their corresponding political positions, whether unionist or pro-independence. The opening of the Assembly and the April plenary sessions are reported in equal detail. At one of these, the "elleve Grundsætninger" or eleven fundamental principles, drawn up by the Constitutions Committee, were submitted for discussion and approval. The international situation, which is more favourable to Sweden, does not seem to be in tune with the Assembly's views, which are increasingly leaning towards pro-independence.

The third chapter focuses on the formation and activity of the Constitutional Committee, as well as the corresponding deliberations of the Assembly on the eleven fundamental principles. Of particular significance was the debate that arose from the first principle, which made it clear that Norway was to become a free, independent and indivisible Kingdom under a limited hereditary monarchy, which Christian Frederik would assume as King once he was freely elected by the representatives of the Assembly. Other interesting points discussed were the extent of religious freedom and compulsory and egalitarian military service. Under increasing external pressure,

the Constitutional Committee, once the eleven principles had been discussed and approved, set about drawing up a constitutional draft in a record time of eleven days. This draft was prepared on the basis of a series of previous outlines. The author argues that his careful analysis is essential to understand the different views on important political and legal issues in Norway in 1814. It thus enables him to enrich the historical debate with well-founded opinions. The possible influence of the Spanish revolutionary process on the minds of the Eidsvoll deputies is also considered.

The fourth chapter is the longest and constitutes an insightful and analytical study of the Constitution of 1814, which was the main instrument for breaking with the previous absolutist political system, through its liberal nature, inspired by the principles of liberty and equality, although it lacked a specific declaration of natural or fundamental rights. It is undeniable, the author argues, that the popular element is also of fundamental importance in the constitutional text, which has led many jurists to claim that in the Norwegian Constitution the principle of separation of powers is consistent with the principle of popular sovereignty by priv-

ileging the legislative power over the executive.

However, the author completely departs from this opinion through a thorough historical, doctrinal and systematic analysis, which seems to me to be one of his main contributions, through which he shows that the effective distribution of power designed in the Constitution does not correspond to that principle, unless liberalism is confused with democracy.

Instead, what is designed in the Constitution is, in his view, a shared sovereignty between the king and parliament. With regard to the first, two of the most contested issues are analysed in detail: that concerning titles of nobility and that of compulsory military service without distinction of class. And, with regard to the second, a number of liberties granted in the text are analysed in the section on "Almindelige Bestemmelser" (General Provisions), which includes freedoms such as freedom of the press, freedom of trade, the prohibition of torture, the conditions for house searches, the principle *nulla poena sine lege*, as well as the non-retroactivity of laws. Also the protection of property and related rights. Finally, the author focuses on the critical and close analysis of the "(non) freedom of religion", which, as Guillermo Vicente

shows, constitutes the biggest flaw in the entire constitutional text, and which a part of Norwegian historiography has traditionally tried to explain by referring either to the lack of time for debate or to vague editorial errors. The author does not agree, since he regards this as a deliberate move and in line with a series of factors that contributed to the final version of Art. 2.

The fifth and final chapter describes the work of the finance committee and its seven proposals, the adoption of the final text, as well as the election of Prince Regent Christian Frederik as king, his acceptance, the oath of the Assembly and its subsequent dissolution. Finally, the epilogue contains the immediate episodes, which culminate with the union of Norway and Sweden under the king of the latter country. The positive fact for the Norwegians is that this was not done under the Treaty of Kiel, but under the Moss Convention, which allowed the Eidsvoll Constitution to remain almost unchanged, and whereby Norway joins Sweden while retaining its sovereignty, institutions and extensive autonomy. It should be added that the monograph includes a series of documentary appendices, translated into Spanish by the author, which are of great interest.

The reader finishes this book with the certainty of a fresh insight into a hitherto fairly unknown in the Spanish-speaking world and a surprising familiarity and closeness with that widely exemplary process, which laid the foundations of the modern constitutional system. In addition, the depth with which the topics are treated allows the author to take a critical stance on Norwegian historiography, which provides an external point of view, always so necessary when questioning one's own presuppositions through a dialectic that seeks to reveal the truth.

Certainly, the same analysis carried out in the monograph under review could have served K. Olivecrona, the famous Scandinavian realist, very well to test his theory of independent imperatives. According to the latter, there is no such thing as the will of the legislator, but rather an indeterminate aggregate of individual wills that contribute through the most varied intentions, or even without them, to the final result, which is the basis of his critique of legal positivism. Another interesting point of convergence concerns the reflection that the same author makes on the establishment of a new Constitution and, in particular, its connection with the religious phenome-

non, something that his master Hägerström had already made clear. Note that Art. 2 of the 1814 Constitution makes the Evangelical-Lutheran religion a fundamental pillar of the state for a number of reasons that would not have surprised these authors. In turn, the concerns that the monograph attributes to the deputies of the Assembly could serve, in turn, to illustrate the social welfare method of Lundstedt, which Ross, on the other hand, considers chimerical, preferring to speak more scientifically of legal policy (On Law and Justice, Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 377 ff.).

In short, this is a thorough and reliable monograph, which deepens in the original sources, and which brings an important part of constitutional and parliamentary history, not so well known despite its relevance, to the Spanish-speaking reader, standing out for its historiographical, political, legal-constitutional and even legal-philosophical interest.

Primo piano:

James Kraska and Hayoun Ryou-Ellison (eds.)

Cultural Influences on the Law of the Sea: History, Legacy, and Future Prospects

Oxford, Oxford University Press, 2025, pp.352, ISBN 9780198944133

ANDREA CALIGIURI

Cultural Influences on the Law of the Sea: History, Legacy, and Future Prospects, edited by J. Kraska and H. Ryou-Ellison, is an innovative volume that interrogates the relationship between regional cultural traditions and the formation, development, and interpretation of the international law of the sea. Departing from the doctrinal universalism that often characterises mainstream legal literature in this field, this book provides a pluralist and culturally nuanced analysis, filling a conspicuous gap in oceans law scholarship. It does so by bringing together an impressive group of contributors – including

judges, practitioners, and legal academics – each of whom examines the historical and normative approach to ocean governance in a distinct cultural region.

The theoretical groundwork set out in the introduction (Ch. 1) is invaluable, providing the intellectual foundation upon which the rest of the volume is built. Moving beyond legal doctrinalism, Kraska and Ryou-Ellison draw on insights from political science, cultural anthropology, sociology, and comparative law to construct a sophisticated, interdisciplinary methodology. This approach emphasises the significance of cultur-

al cognition, ethnographic patterns and the formation of civilisation-specific worldviews in the interpretation and application of international law, particularly in the maritime domain where norms often emerge in ambiguous or contested environments. Rather than treating law as a universal, culturally neutral system of rules generated by state consent, the authors contend that legal meaning is profoundly shaped by culturally distinct perceptions of authority, obligation, time, nature, and community. Central to their framework is an in-depth analysis of epistemic divides, particularly the East-West

and North–South dichotomies, which reveal starkly contrasting conceptions of justice, legal reasoning, and normativity. For example, they compare the Confucian emphasis on harmony and relationalism in conflict resolution with the adversarial, formalist ethos of Western legal traditions. This demonstrates how philosophical commitments can influence procedural preferences (e.g. mediation versus litigation) and substantive goals (e.g. social harmony versus legal rights). Similarly, they contrast African communalism, which is rooted in notions of interdependence, oral tradition and customary authority, with Euro-American individualism and rights-based formalism. These comparisons are not merely descriptive; they form the basis of a critical challenge to the presumed objectivity and universality of dominant international legal norms.

One of the book's central contributions is its re-framing of the law of the sea not merely as a product of geopolitical negotiation or economic interest, but as a reflection of deep-seated civilizational values and legal cultures. Each regional chapter provides a critical lens through which to view both formal and informal contributions to oceans law, foregrounding how cultural

traditions, historical experiences, and normative worldviews shape state practice and regional legal preferences. Robin Churchill's chapter on Western Europe (Ch. 2) traces the influence of Roman law, Enlightenment rationalism, and liberal internationalism, showing how the region's historical embrace of codified legal systems and universalist legal norms underpinned its leadership in drafting UNCLOS and promoting multilateral maritime governance. Stanislaw Michal Pawlak's chapter on Eastern Europe (Ch. 3) focuses on the legacy of socialist legal traditions and the unique post-Soviet transformations that continue to inform Eastern European engagement with maritime boundary delimitation, fisheries agreements, and environmental norms. Alexander S. Skaridov, in his chapter on Russia (Ch. 4), emphasizes the Eurasian state's strategic view of maritime space, rooted in geopolitical realism and a historically defensive legal posture, particularly in relation to Arctic claims and control over internal waters. Seokwoo Lee's chapter on East Asia (Ch. 5) explores how Confucian ideals of harmony, hierarchy, and relational governance inform regional preferences for negotiation over adjudication, and for incremental, consen-

sus-based solutions over rigid legal formalism, particularly in the South China Sea context. Aniruddha Rajput's chapter on South Asia (Ch. 6) highlights the region's hybrid legal culture, shaped by colonial codification, postcolonial assertions of sovereignty, and a strong moral-religious worldview, especially in relation to resource entitlement and equitable access to the seas. Tafadzwa Pasipanodya's chapter on Africa (Ch. 7) foregrounds the normative importance of communal ownership, intergenerational stewardship, and the epistemic authority of customary law and traditional ecological knowledge in African contributions to the common heritage of mankind and technology transfer regimes under UNCLOS. María Teresa Infante's chapter on South America (Ch. 8) examines the region's deep-rooted engagement with the *mare clausum* tradition, regional solidarity mechanisms, and coastal state control over marine resources, notably through the Santiago Declaration and its long-standing resistance to high seas fishing incursions. James Kraska's chapter on North America (Ch. 9) contrasts the United States' exceptionalist and often unilateral approach to oceans law with Canada's more multilateral, environmentalist stance, reflecting differing

historical and constitutional traditions on maritime jurisdiction. Finally, Karen N. Scott's chapter on Oceania (Ch. 10) emphasizes the legal and cultural particularities of small island states, where indigenous cosmologies, customary marine tenure systems, and existential climate vulnerability have shaped a distinct legal voice in global negotiations, especially on sea-level rise and the legal status of maritime zones. Together, these chapters illustrate how the international law of the sea, far from being a neutral or purely technical legal field, is embedded in a dense web of cultural values and regional worldviews that continue to shape its interpretation, contestation, and evolution.

However, the book is not without limitations. First, while the regional framework allows for impressive depth within each cultural zone – enabling authors to explore historical, philosophical, and legal continuities in a focused manner – it occasionally sacrifices attention to the complex web of cross-cultural interactions that have significantly shaped the evolution of the law of the sea. Processes such as colonialism, decolonization, migration, religious expansion, transregional trade, and institutional borrowing have profoundly influenced how legal concepts and maritime practices have

travelled, adapted, and been contested across civilizational boundaries. For example, the influence of European legal doctrines on postcolonial legal systems in Africa, South Asia, and Latin America is acknowledged in several chapters, yet a more systematic analysis of legal hybridity or norm diffusion across regions – especially through global institutions like the International Maritime Organization or UNCLOS bodies – remains underdeveloped. The book would have benefitted from an integrative chapter or interstitial commentary tracing these global circulations and their legal-cultural consequences, especially given its core commitment to normativity shaped by history and culture. Second, the absence of an explicit chapter on Islamic or Arab legal traditions is a conspicuous gap. Given the long-standing maritime jurisprudence in classical Islamic law (*fiqh*), particularly the legal treatment of navigation, piracy, and commercial obligations in the Mediterranean and Indian Ocean, as well as the current role of Arab states in UNCLOS implementation, strait passage regimes, and seabed negotiations, this omission leaves a major legal-cultural tradition underrepresented. The Introduction does acknowledge this absence and justifies it on pragmatic grounds

– namely, the need to balance analytical focus with thematic coherence – but the decision nonetheless reflects a broader tension in comparative legal scholarship: how to remain inclusive without diluting specificity. Moreover, in a volume that so clearly foregrounds the Global South and cultural pluralism, the absence of the Islamic legal tradition – arguably one of the most influential and historically global non-Western legal systems – risks reinforcing a distorted map of normative influence. A chapter engaging with Arab or Islamic perspectives could have enriched the book's ambition of tracing civilizational contributions to maritime law and provided a critical bridge between Asia, Africa, and Europe in terms of shared historical maritime zones, such as the Red Sea and Persian Gulf.

What ultimately makes this volume an essential contribution to international legal scholarship is its normative ambition. Rather than viewing international law as a system primarily grounded in sovereign consent, doctrinal coherence, or economic rationality, it challenges these conceptions and instead presents maritime legal norms as cultural artifacts deeply embedded in the histories, identities, and worldviews of the civilizations that produced them. This refram-

ing has far-reaching implications for theory and practice alike. For scholars, it requires re-examining legal normativity through the lens of comparative civilizational jurisprudence. For judges and arbitrators, it poses the interpretive challenge of incorporating cultural pluralism into legal reasoning without descending into relativism. For treaty negotiators and policymakers, it encourages greater awareness of the underlying normative assumptions of seemingly universal concepts such as 'equity', 'freedom of the seas', or 'common heritage'.

In the concluding chapter (Ch. 11), Kraska and Ryou-Ellison revisit this theme with clarity and prescriptive force. They synthesise the comparative insights of the preceding regional analyses and propose a 'transcultural toolkit' for navigating the growing complexity of normative pluralism in ocean governance. This toolkit encompasses methods for facilitating dialogue across legal cultures and incorporates customary and indigenous knowledge systems into international processes. It also develops shared interpretive principles that accommodate universal aspirations and regional particularities. Significantly, the authors connect this approach to pertinent contemporary issues

in the law of the sea, including the governance of the blue economy, the legal framework for biodiversity beyond national jurisdiction (BBNJ) and the regulatory structure for seabed mining under the International Seabed Authority. These domains, which straddle the frontiers of environmental law, technology, and equity, are especially susceptible to normative conflict and conceptual divergence. The editors argue that a transcultural approach, which recognises the historical depth and cultural variability of legal meaning, is essential for creating regimes that are legally robust, politically legitimate and ethically responsive.

Rather than proposing a grand theory of cultural determinism, this volume promotes a more nuanced understanding of legal pluralism. It views culture as dynamic and capable of transformation, rather than static or essentialist. By doing so, *Cultural Influences on the Law of the Sea* establishes itself at the forefront of international legal theory. It offers a critique of existing global governance frameworks and a constructive path forward that considers the moral and epistemological diversity of the international community. As global challenges intensify and legal regimes become increasingly contested,

this volume provides a timely and intellectually rigorous basis for reconsidering how oceans law can evolve to become more inclusive, culturally aware and normatively coherent.

In short, *Cultural Influences on the Law of the Sea* is a significant academic achievement which transforms our understanding of the subject. It will be invaluable to scholars, diplomats, and practitioners interested in the legal framework governing the world's oceans.

Diciasette proposte di lettura

A CURA DI ELIANA AUGUSTI, ANDREA RAFFAELE AMATO,
RONALD CAR, ROCCO GIURATO, MIRKO GRASSO, LUIGI
LACCHÈ, GIUSEPPE MECCA

A

Pierre BRUNET, Manuela
ALBERTONE
(sous la direction de)
*Critiquer la représentation
politique?*
coll. Theorie et histoire du
droit

Paris, Éditions de la Sorbonne, 2025,
pp. 304
ISBN 9791035110147, Euro 32,00

La ricca raccolta di studi *Critiquer la représentation politique ?*, a cura di Pierre Brunet (Università Paris 1 Panthéon-Sorbonne) e Manuela Albertone (Università degli studi di Torino), rappresenta soltanto l'ultima tappa della consolidata collaborazione scientifica di un gruppo interdisciplinare di specialisti italo-francesi —

giuristi, storici del diritto e delle istituzioni, storici generali di età antica, medievale, moderna e contemporanea, sociologi, linguisti, filosofi del diritto e teorici della politica — recentemente riunitisi in seno all'*Observatoire de la représentation* (con sede presso l'*Institut historique allemand* di Parigi), e che riflettono da tempo sul tema della rappresentanza politica e delle sue problematiche più rilevanti per le società contemporanee. Il volume, infatti, rappresenta perfettamente l'ideale prosieguo di quel ragionamento storico-filosofico e giuridico sul significato e sul ruolo della rappresentanza politica intrapreso con *Les Défis de la représentation. Langues, pratiques et figuration du gouvernement* (sous la direction de M. Albertone e D. Castiglione, 2018), e continuato in *Forme e meta-*

morfosi della rappresentanza politica: 1848, 1948, 1968 (a cura di P. Adamo, A. Chiavistelli e P. Soddu, 2019) ed in *La Représentation politique. Anthologie* (sous la direction de M. Albertone e M. Troper, 2021). L'occasione proficua, questa volta, è stata il convegno *La rappresentanza politica e i suoi critici. Approcci storico, giuridico, politico* — organizzato in due intense giornate di lavori, rispettivamente il 17 novembre 2021 presso il Dipartimento di studi storici dell'Università di Torino ed il 26 novembre 2021 presso il *Département Histoire du Droit et Théorie du Droit* dell'*Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne* — di cui Brunet e Albertone riuniscono gli atti, unitamente alla pubblicazione di un saggio della politologa inglese Joni Lovenduski sulla rappresentanza politica delle donne.

Prevedibilmente, il punto di partenza obbligato, da cui muove la riflessione articolata nelle tre parti – *Histoire, Théorie e Pratique* – di cui si compone la raccolta, «ont été les tensions et les problèmes liés à la crise de la représentation aujourd'hui» e, naturalmente, la «question de savoir si la réflexion sur la représentation politique au XXI^e siècle passe par une reformulation du gouvernement représentatif ou, au contraire, par l'obligation de considérer la représentation au-delà du gouvernement représentatif». Non è un caso, in quest'ottica, che l'angolo d'indagine adottato sia centrato perfettamente a metà strada tra il piano sincronico della teoria politica e della sociologia, con tutte le sue molteplici implicazioni sulla vita politica, e quello diacronico della storia, nelle sue diverse sfumature (giuridica, istituzionale e filosofica), partendo dall'antichità classica e spingendosi fino ai più recenti dilemmi della contemporaneità. In vero, gli interrogativi posti dalla crisi dei sistemi rappresentativi non sono un fenomeno soltanto contemporaneo – come ci suggeriscono, tra gli altri, Gianluca Cuniberti per la democrazia ateniese tra VI e V secolo a.C. e Pietro Adamo per lo statuto politico delle comunità separatiste inglesi nella Amsterdam del

secolo XVII – ma sono una parte strutturale delle «défis des évolutions politiques modernes et du contexte global qui touche si profondément les dimensions nationales». Ed anzi, lo studio delle «transformations actuelles de la représentation conduisent à analyser les fondements conceptuels de la politique moderne, ainsi que les formes qu'elle a prises» – come ci invitano a fare, tra gli altri, il contributo di Michel Troper, su rappresentanza e *fictio* nel pensiero di Rousseau e Kelsen, quello di Yves Sintomer, sulla rappresentanza del movimento operaio-liberale o, ancora, quello dello stesso Pierre Brunet, sulle «critiques écologiques de la représentation politique». «L'actuelle remise en question des institutions traditionnelles de la représentation politique» – come sottolinea lucidamente Sabino Cassese nel suo bel saggio sulla crisi del sistema dei partiti politici – e «les nouvelles formes de participation au niveau local» – si pensi al meccanismo dell'estrazione a sorte indagato da Pasquale Pasquino – conducono da una parte a «renforcer le gouvernement représentatif», mentre dall'altra a «en marquer l'insuffisance ou sa nature insaisissable». Tendenze che, inutile sottolinearlo, «s'expriment d'ailleurs à travers une pratique

de la représentation politique de plus en plus personnalisée et la mobilisation d'une rhétorique de la souveraineté électorale paradoxale au terme de laquelle le représentant serait légitime parce qu'élus en même temps qu'il serait élu parce que légitime» – come conclude Marie Gren, discutendo di populismo e rappresentanza politica nella «difficile équation polonaise».

Che sia «constatée ou dénoncée», la «dérive oligarchique» cui stanno tendendo i sistemi politici contemporanei – tanto nel vecchio Occidente quanto oltre Oceano, in Medioriente o negli stati del Sol levante – «semble peu contestable», soprattutto se si considera che a questa si accompagna silenziosa una «fracture sociale toujours plus vive entre une élite et des citoyens encore politiquement actifs, et d'autres qui ont cessé de croire aux vertus de la représentation» – come dimostra l'analisi di Michelangelo Bovaro sulla «rappresentanza in tempo di pandemia (e di guerra)». Non ci resta, allora, che prendere atto di quanto sta accadendo, e – partendo dalla consapevolezza storica e dall'analisi teorica – provare a riconoscere (e risolvere criticamente) le «antinomie» che contraddistinguono il discorso contemporaneo sulla rappresentanza politi-

ca, ricostruendo quel «lien nécessaire» ed imprescindibile «entre la théorie et les réalisations dans le passé, le présent et l'avenir».

Andrea Raffaele Amato

B

Luisa BRUNORI, Cristina
CIANCIO, Elio TAVILLA (a cura di)
*Lotte e rivendicazioni / Luttes et
revendications*

Roma, Historia et ius, 2025, pp. 394,
ISBN 9791281621107, Open Access

Dopo il successo delle due precedenti edizioni di *Italia-Francia. Allers-retours* – la prima consacrata alle *influenze, adattamenti, porosità* (a cura di L. Brunori e C. Ciancio, 2021) e la seconda alla *volonté* (a cura di M. Bassano, L. Brunori, C. Ciancio e F. Garnier, 2023) – Luisa Brunori (CNRS/École Normale Supérieure) e Cristina Ciancio (Università degli studi del Sannio) ritornano a coordinare una nuova raccolta di studi italo-francesi, questa volta insieme ad Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia), pubblicati nuovamente nella *Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno* di *Historia et ius*, e frutto del bel *colloque* svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia nel settembre 2023.

Le parole chiave intorno a cui ruota la riflessione, evidenziate fin dal titolo della raccolta, sono *Luttes* e *Revendications*, due termini che – come sottolinea Tavilla, nella sua *Introduction* – «bien qu'indissociables, renvoient à la sphère juridique de manière diamétralement opposée». La lotta, infatti, opera sempre «en dehors des limites du droit, elle ne reconnaît pas l'aptitude du droit à atteindre ses objectifs, elle n'exclut pas la violence, même s'elle peut proposer un but qui devra pourtant être reconnu, finalement, par le droit». Al contrario, la rivendicazione nasce, quasi sempre, «dans le cadre du droit, bien qu'elle trouve son origine dans un acte contraire à celui-ci, un acte illégitime qui nécessite, de la part du titulaire lésé, une action reconnue par le système juridique pour le rétablissement de la prérogative violée». Tuttavia, storicamente, *luttes* e *revendications* hanno rappresentato spesso le due facce di una stessa medaglia, finendo addirittura per coincidere quando la «lutte pour la revendication» è stato il risultato di un'incapacità delle istituzioni politiche e sociali di farsi carico e rendere effettive le istanze e le «prérogatives du revendiquant»: o perché degli istituti adeguati «n'existent pas encore et doivent être créés»;

o perché pur esistendo, questi medesimi istituti non erano resi efficaci da «celui qui exerce une forme de pouvoir». Ecco come, allora, «la lutte se présente comme une étape incontournable de la régénération du droit qui, par la conquête de nouveaux instruments juridiques ou par le soutien à ceux qui existent déjà mais qui sont inactifs, produit une torsion de l'ordre vers des nouveaux équilibres, qu'ils soient éphémères ou durables».

Ovviamente, non in tutte le rivendicazioni politiche e sociali la «force est manifeste» o «effectivement exercée», talvolta è «seulement menacée, non strictement dans le sens de la force matérielle du pouvoir militaire ou de l'ordre public», ed in alcuni casi viene esercitata «in sens immatériel de l'autorité intellectuelle, de la crédibilité d'une institution, d'une personnalité, d'une tradition». Questo spiega perché – conclude Tavilla – non dobbiamo sottovalutare la portata del cambiamento insito in quelle rivoluzioni che assumono «la forme d'un combat silencieuse», come accade oggi per il movimento del «néo-libéralisme qui [...] a désormais profondément et structurellement changé non seulement les sociétés capitalistes avancées, mais aussi celles du monde en développement» (cfr. W.

Brown, *Undoing Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, Zone Books, 2015). Anche se, in questi casi, sarebbe più corretto parlare di «contre-révolution silencieuse», una rivendicazione socio-politica «qui s'installe au plus profond de la société en désagrégant, lentement mais inexorablement, les convictions traditionnelles que l'autorité encourage à abandonner».

Nel solco di questa riflessione storico-teoretica e giuridica dei rapporti a geometria variabile e dell'incontro-scontro tra *Luttes* e *Revendications* (attraverso i secoli) si muovono, a loro volta, più o meno esplicitamente, tutti e sedici i contributi di cui si compone il volume, e che affrontano singole questioni problematiche e momenti paradigmatici tra Italia e Francia. Inevitabilmente, la mente di qualsiasi lettore correrà veloce alla *Grande Révolution* del 1789, che non a caso è il tema scelto da Marco Fioravanti, il quale prova a rileggere la storia culturale della Francia rivoluzionaria attraverso i prismi dell'*utopie* e della *dystopie* a partire dalle pagine celebri di *Notre-Dame de Paris* e di *Les Misérables* di Victor Hugo. Ma si potrebbero richiamare alla mente anche i moti insurrezionali del 1821, con «la rivendicazione delle libertà e la lotta per l'indipen-

denza», come propone Francesco Mastroberti. Tuttavia, di lotte e rivendicazioni, almeno in campo giuridico, si può parlare già tra la fine del Medioevo e l'età moderna, con l'insorgere di quelle istanze culturali tipiche dell'«antibartolismo des juristes français de la Renaissance» – come dimostrano i contributi di Xavier Prévost e Giovanni Rossi. Un'angolatura di indagine cui non si sottrae neanche il problema dell'«arbitrato papale tra Francia e Savoia sulla questione di Saluzzo» del 1599 – come mette in luce Dante Fedele, attraverso la scoperta di tre manoscritti vaticani – o, ancora, la conquista del «Nouveau Monde» con le contestazioni sull'«inhumanité» con cui venivano trattate le popolazioni indigene e gli schiavi – secondo la lettura di Aldo Andrea Cassi.

A fare da proscenio principale, però, è il *Lungo Ottocento* – per utilizzare la categoria del grande storico inglese Eric Hobsbawm – il secolo delle «rivoluzioni borghesi», del «trionfo» economico del capitalismo e di quello culturale del Terzo Stato, dell'apogeo degli Imperi e della loro politica di dominio globale. Un *secolo giuridico* per eccellenza – come lo definiva lucidamente Paolo Grossi – agli albori del quale si perfeziona (e si consolida)

il processo di codificazione del diritto borghese, e dove come contrappeso dell'industrializzazione imperante inizia a manifestarsi il conflitto con la classe operaia. Non sorprende, infatti, che i contributi di Anne Sophie Chambost, Bruno Dubois e Virginia Amorosi si soffermino, all'unisono, su alcune delle «formes juridiques» più rilevanti della contestazione proletaria tra Italia e Francia, nel suo processo di emancipazione tra Otto e Novecento. Ma il *Lungo Ottocento* è anche il secolo delle prime battaglie per l'emancipazione femminile e per la «moralizzazione» delle condotte maschili – come suggerisce lo studio di Giuseppina De Giudici sulla «philosophie pénale» di Gabriel Tarde. Un tentativo di emancipazione sociale e culturale le cui radici – fa eco Tanguy Le Marc'hadour – possono farsi risalire almeno alla seconda metà del Settecento, con «le rôle des femmes dans l'internement et la libération des déments» nell'«affaire Leblon-Prével» (1742-1746). In fine, non potevano mancare – come rivelano i contributi di Eliana Augusti, Marc Ortolani e Giuseppe Speciale – riferimenti alle rivendicazioni politico-territoriali e alle contese sui diritti che seminarono discordia tra le Grandi potenze europee, anticipando il clima di tensione

in cui defragrerà lo scoppio della Prima guerra mondiale. Chiude la rassegna, la riflessione diacronica di Marco Cavina intorno alla «antropologia giuridica della morte nei diritti tradizionali» europei e sudamericani, dove la lotta e la rivendicazione assumono la forma giuridica estrema del diritto al suicidio e all'eutanasia: una libertà individuale della persona umana che ancora oggi combatte «una sorda lotta coi divieti del diritto dotto e del cristianesimo ufficiale».

Andrea Raffaele Amato

C

Giacomo CANEPA
*Riabilitare gli italiani.
L'assistenza post-bellica e la
costruzione della cittadinanza
repubblicana (1943-1947)*

Roma, Carocci, 2024, pp. 348
ISBN 9791254696637, Euro 30,00

Il volume di Giacomo Canepa propone una rilettura dell'assistenza post-bellica come spazio di sperimentazione politico-istituzionale e come strumento di "pedagogia democratica" in grado di tradurre in forme amministrative la ricostruzione della cittadinanza repubblicana.

Gli anni della ricostruzione post-bellica sono pertanto assunti come laboratorio politico e simbolico, nel quale si incontrano e si

scontrano diverse culture del *welfare*: quella liberale, che tende a limitare l'intervento pubblico alla tutela dei più deboli; quella cattolica, ancora fortemente ancorata alla carità e alle reti ecclesiastiche; e quella socialista-azionista, che vede nell'assistenza un diritto del cittadino e una funzione costitutiva della democrazia.

L'A. insiste, inoltre, sul carattere ambivalente dell'eredità di quegli anni: da un lato, l'introduzione di principi universalistici e di un linguaggio dei diritti che avvicinava l'Italia ai modelli europei; dall'altro, la persistenza di tratti "mediterranei" del *welfare* – familismo, frammentazione, preminenza delle prestazioni monetarie – che ne limitarono l'efficacia redistributiva.

Nel primo capitolo, Canepa descrive il collasso del sistema assistenziale ereditato dal fascismo e i tentativi di riorganizzazione nel biennio 1943-45. Le forze alleate, la Pontificia Commissione Assistenza e gli Alti commissariati del governo Bonomi costituiscono i tre poli da cui germoglierà l'amministrazione post-bellica. Il secondo capitolo, dedicato all'istituzione del Ministero per l'assistenza post-bellica, ne analizza la struttura, il personale e la visione politica. Figure come Emilio Lussu e Alberto Gasparotto emergono

no come protagonisti di un tentativo di moralizzazione e democratizzazione dell'amministrazione pubblica, che fa dell'assistenza non più un atto di benevolenza ma un dovere dello Stato.

Il cuore del volume risiede nei capitoli centrali, dove l'assistenza è interpretata come "pedagogia della democrazia". Canepa mostra come, attraverso la cura dei reduci, dei profughi e dei sinistrati, il nuovo Stato repubblicano cercasse di ricostruire il legame civico spezzato dal fascismo e dalla guerra civile. Il Ministero per l'assistenza post-bellica diventa così un luogo in cui l'azione amministrativa si fa educazione politica: «rifare gli italiani», come scrive l'autore riprendendo il motto risorgimentale, significava tradurre in pratiche concrete i valori della Resistenza. Lussu e i suoi collaboratori concepiscono infatti l'amministrazione come prosecuzione dell'impegno resistenziale con altri mezzi: un modo per incarnare, nel linguaggio delle politiche pubbliche, l'ideale antifascista di uno Stato "casa di tutti".

L'aspetto più innovativo del libro risiede proprio in questa lettura della cittadinanza attraverso l'assistenza. Lungi dall'essere un ambito marginale o residuale, l'assistenza diventa un osservatorio privilegiato per studia-

re la costruzione dello Stato sociale e la sua dimensione etico-politica. Finanziata dalla fiscalità generale e destinata alla collettività, essa incarna la soglia minima di dignità garantita a ogni cittadino, trasformando l'antica "carità di Stato" in un diritto politico. Da qui deriva la tesi centrale del volume: la cittadinanza repubblicana nasce nel secondo dopoguerra non solo nelle aule dell'Assemblea costituente, ma anche negli uffici, nei decreti e nelle pratiche quotidiane dell'amministrazione dell'assistenza.

La ricerca di Canepa mostra come la ricostruzione materiale del Paese sia stata accompagnata da un intenso sforzo di ricostruzione morale e civica: riabilitare gli italiani significava, in senso letterale e simbolico, restituire dignità a una popolazione devastata dalla guerra e dal totalitarismo. Attraverso l'assistenza si ridefiniscono i confini della cittadinanza e si fonda il nuovo patto tra Stato e società. È in questa prospettiva che il volume offre una lezione di lunga durata: la qualità di una democrazia si misura anche dalla cura che essa riserva ai più deboli.

Giuseppe Mecca

Donal K. COFFE, Stefan
VOGENAUER (eds.),
*Legal Transfer and Legal
Geography in the British Empire*

(Global Perspectives on Legal
History 25)

Frankfurt am Main, Max Planck
Institute for Legal History and Legal
Theory, 2024

ISBN 978-3-944773-48-3
<http://dx.doi.org/1012946/gplh25>

Nell'ambito degli studi di *global legal history*, il volume curato da Donal K. Coffey e Stefan Vogenauer costituisce certamente un contributo di rilievo, e ciò almeno per due motivi: intanto, per l'impostazione comparativa e trans-giurisdizionale con cui indaga i processi di circolazione normativa nell'Impero britannico; quindi, per l'apertura metodologica verso la *legal geography*, prospettiva disciplinare ancora oggi poco frequentata dalla storiografia giuridica continentale.

Nonostante l'ampia letteratura esistente sul diritto coloniale anglosassone, questo volume si distingue per un approccio originale e articolato: superando il limite interpretativo del trasferimento normativo come semplice processo di trasposizione unidirezionale da un ordinamento metropolitano a uno periferico, gli Autori guardano al *legal transfer* come a un fenomeno stratificato, dialogico e spesso caratterizzato da rapporti di potere diseguali. In tale prospettiva, il concetto stesso di "trasferimento" viene rivisitato criticamente: non si tratta di importazioni giuridiche

lineari, bensì di adattamenti contestualizzati, mediati da élite locali, condizioni ambientali specifiche e dinamiche di *governance* imperiale.

La prima sezione del volume raccoglie casi studio che esemplificano questa complessità. L'evoluzione della responsabilità del datore di lavoro in Québec, l'applicazione selettiva del *protective principle* nella giurisdizione extraterritoriale ottocentesca, la natura para-giuridica dei *company charters* a Terranova, e la regolamentazione del vagabondaggio a Hong Kong, sono esempi che dimostrano come il diritto, anche nelle sue manifestazioni più tecniche, abbia funzionato come strumento di organizzazione sociale e di disciplinamento all'interno del contesto imperiale. In ciascuno dei contesti analizzati, l'ibridazione tra diritto metropolitano, consuetudini locali e indirizzi politici generava risultati instabili, segnati da tensioni che frequentemente sfociavano in conflitti giuridici o in rapide rielaborazioni normative volte a ridefinire i paradigmi vigenti.

La seconda parte del volume è forse la più innovativa. Inserendosi nel solco della *legal geography*, gli Autori esplorano il rapporto strutturale tra diritto, spazio e potere. Qui il diritto non è più semplicemente un insieme di norme, ma un dispositivo

che produce geografie giuridiche, intese sia come forme materiali di appropriazione, sia come rappresentazioni simboliche dello spazio (distinzioni tra terre "vuote", "selvagge", "civilizzate"). I saggi dedicati ai Caraibi, all'Africa australe, al Kenya e all'Irlanda restituiscono una mappa variegata delle pratiche giuridico-territoriali che hanno costituito l'infrastruttura normativa dell'espansione coloniale.

Il volume si colloca così in una corrente di studi che include il recente interesse della storiografia giuridica per i concetti di "spazializzazione del diritto" e di "geografie normative". L'idea che il diritto non segua semplicemente il territorio, ma lo produca attivamente, attraversa l'intero testo, mettendo in discussione l'assunto implicito della neutralità spaziale del diritto moderno. Tra i principali meriti dell'opera va segnalata anche la capacità di coniugare riflessione teorica e approfondimento empirico. I contributi sono solidamente fondati su fonti primarie, e la curatela riesce a mantenere un equilibrio tra coerenza tematica ed eterogeneità degli approcci. Tuttavia, qualche limite rimane. Pur nel pieno rispetto della coerenza tematica dichiarata, volta a esplorare i fenomeni di circolazione giuridica all'in-

terno dell'Impero britannico e della tradizione di *common law*, si avverte l'assenza di un confronto sistematico con esperienze coloniali di matrice ispanica, francese o olandese. Un simile allargamento prospettico avrebbe certamente arricchito la dimensione comparativa, evitando il rischio, certamente implicito e non intenzionale, di un appiattimento sull'autoreferenzialità anglofona. Inoltre, la seconda parte del volume, per quanto innovativa nel mettere in dialogo diritto e geografia, avrebbe senz'altro beneficiato di una cornice teorica più esplicita e articolata, utile a chiarire gli strumenti metodologici della *legal geography* e il suo posizionamento nel più ampio dibattito storico-giuridico internazionale.

Elia Augusti

Gianluca CONTI, Giulio SANTINI
(a cura di)
*25 luglio 1943. Un problema
statutario o di diritto
costituzionale?*

Pisa, Pisa University Press, 2025, pp. 263
ISBN 9791256080045, Euro 28,00

Questo volume inaugura la sezione "Memorie" della promettente collana "Storie costituzionali" promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e dall'Istituto Dirpolis della Scuola Superiore "Sant'Anna". Esso pubblica gli atti di una giornata di studi svolta-

si nella città toscana proprio il 25 luglio 2023, a ottanta anni dall'evento fatidico che ha segnato la storia d'Italia e che viene identificato con il momento della caduta del regime fascista.

Ben quattordici contributi, l'introduzione di Gian Luca Conti e le conclusioni di Elisabetta Catelani, dissezionano sul tavolo anatomico della storia ogni aspetto riguardante una vicenda intricata e di grande interesse dal punto di vista storico-costituzionale. Il famoso ordine del giorno Grandi è un autentico capolavoro di ambiguità lessicale, politica e costituzionale. Rispecchia bene il "groviglio" costituzionale (v. *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale*, in questo *Giornale*, 43, I, 2022) che si è era determinato a partire dal 1925 con la "trasformazione dello Stato" di cui Alfredo Rocco fu il massimo architetto. Uno Stato divenuto fascista ma in realtà con i piedi piantati nella costituzione monarchica dello Statuto, dando vita ad un dualismo ordinamentale e personale che fu superato drammaticamente proprio dagli eventi posti al centro del volume.

Dato il "groviglio", l'intrico alla base del 25 luglio 1943 non sorprende, anzi ne è un'ulteriore conferma. Per questo bisogna analizzare giuridicamente le prero-

gative e le funzioni del Gran Consiglio, e capire come operasse e deliberasse; ritornare sul tema della successione al Capo del Governo nella nuova dimensione costituzionale del fascismo; ricostruire l'ampiezza dei poteri statuari affidati al monarca da uno Statuto che è ottocentesco e "contiene" il problema constantiano del "potere neutro". Insomma, l'analisi della "notte dei lunghi coltelli" del fascismo apre una lunga serie di interrogativi ai quali il volume cerca di rispondere, pur rimanendo, inevitabilmente, inevasa la risposta alla domanda posta nel sottotitolo. Inoltre, fu un colpo di Stato? Da sempre i giudizi si dividono su questo tema. Lo fu per Costantino Mortati o Piero Calamandrei, poi protagonisti della stagione costituente; non lo fu per altri autorevoli studiosi. Anche questo volume non offre, come è giusto che sia, una risposta univoca ma lascia però al lettore una serie davvero importante di dati e di valutazioni, come mai era stato fatto sinora dalla storiografia.

L'epilogo è la costituzione del governo Badoglio e l'immediato smantellamento della "parte fascista" della costituzione aggrovigliata del 1925-1943. Tutti i diciannove gerarchi che votarono a favore dell'ordine Grandi uscirono di scena, e, come è noto, cinque di loro (Ciano, De Bono, Gottardi, Marinelli

e Pareschi) vennero condannati a morte e fucilati alla schiena come traditori a Verona nel gennaio 1944.

Luigi Lacchè

Noel Cox

The Royal Prerogative and Constitutional Law: A Search for the Quintessence of Executive Power

Abingdon, Routledge, 2021, pp. 284

ISBN 9780367500801, £39.99

Per molto tempo, la dottrina giuridica di lingua inglese non si è soffermata in modo approfondito sulla prerogativa regia nel Regno Unito. L'ultimo trattato dedicato a questa specifica parte del *common law* britannico risale infatti a più di due secoli fa (Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown; And the Relative Duties and Rights of the Subject*, London 1820). È innegabile che la natura della prerogativa sia difficile da comprendere, e non solo per la mancanza di una sua definizione generalmente condivisa, ma anche perché l'esercizio dei poteri che essa comprende è rimesso sia alla persona del monarca sia a quelle dei ministri, a seconda delle circostanze. Inoltre, è difficile determinarne l'estensione poiché accertare la esistenza dei singoli poteri e privilegi che la compongono (spesso derivanti da consuetudini molto antiche) è un compito rimesso alle corti di *com-*

mon law. Di conseguenza, due celebri casi costituzionali, *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 e il più discusso *R (Miller) v Prime Minister* [2019] UKSC 41, rispettivamente sulla *Brexit* e sull'esercizio del potere di *prorogation* (in sostanza, la sospensione dei lavori parlamentari che normalmente prelude all'inizio di una nuova sessione o allo scioglimento dell'assemblea legislativa), entrambi decisi dalla Suprema Corte del Regno Unito, hanno contribuito negli ultimi anni a dar vita a nuovi studi accademici sulla prerogativa.

Il libro di Noel Cox è apparso in un momento assai opportuno, con l'obiettivo dichiarato di riesaminare le origini storiche, la natura, e le varie categorizzazioni della prerogativa per cercare d'individuare un elemento comune ovvero, come recita il sottotitolo, la sua «quintessenza». L'opera si fonda sulla convinzione, richiamata dall'A. attraverso una citazione di Sir Walter Scott, secondo cui non si può comprendere il diritto prescindendo dalla storia. Si può aggiungere che l'affermazione è vera soprattutto se riferita al diritto costituzionale, e in particolare alla prerogativa, che costituisce storicamente il fulcro del potere esecutivo nel sistema britannico.

Nel complesso, il libro offre un'utile sintesi che illustra i più importanti profili della prerogativa, volta a sostenere la tesi di fondo per cui un'eventuale scomparsa o abolizione (peraltro già discussa in Parlamento qualche decennio fa, ma senza alcun séguito) di questo insieme di poteri non sarebbe desiderabile né vantaggiosa, oltre che faticosamente realizzabile dal punto di vista tecnico.

Rocco Giurato

D

Joseph DE MAISTRE
*Saggio sul principio generatore
delle Costituzioni politiche e
delle altre istituzioni umane*

a cura di Andrea Salvatore

Macerata, Quodlibet, 2024, pp. 144
ISBN 9788822922007, Euro 16,00

A differenza degli altri grandi classici di cui si arricchisce la bella collana *Ius* di Quodlibet – a cominciare dai *Frammenti di un dizionario giuridico* (a cura di M. Croce e M. Goldoni, 2019) e *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi costituzionali 1909-1925* (a cura di A. Sandulli, 2023) di Santi Romano, e passando per *La teoria del potere costituente* (a cura di M. Goldoni, 2020) di Costantino Mortati o *Costituzione e istituzione* (cura di M. Croce e A. Salvatore, 2022)

di Carl Schmitt – la riedizione critica del *Saggio sul principio generatore delle Costituzioni politiche e delle altre istituzioni umane* (1814) del giurista-diplomatico savoiaro Joseph Marie de Maistre (1753-1821) necessita (come ammette il suo attento curatore Andrea Salvatore) «di un *surplus* di giustificazione», e questo a prescindere da quel latente «oscurantismo illuminato» in cui sembra caduto il dibattito politico odierno, «piuttosto facile all'indignazione quanto non infrequentemente privo di argomenti probanti a sostegno».

Come ci suggerisce Jean-Yves Pranchère – tra i maggiori studiosi del pensiero del reazionario ed anti-costituzionalista sabardo – tutto ciò che oggi suscita una qualche forma di interesse scientifico-culturale per il celebre *pamphlet* provocatorio di Maistre, tra i molti altri scritti che animarono il conservatorismo tradizionalista post-rivoluzionario, «è esattamente ciò che dovrebbe distoglierci dal leggerlo: il carattere propriamente scandaloso di un'opera volta a giustificare l'ingiustificabile, e quasi deliberatamente concepita per provocare l'indignazione» di quanti sembrano fin troppo fermamente convinti dell'indiscutibilità assiomatica delle loro presunzioni (J.-Y. Pranchère, *L'Autorité contre les Lu-*

mières. La philosophie de Joseph de Maistre, Genève, Droz, 2004, p. 11). Nonostante, infatti, il «controcanto mairiano alla democrazia, ai diritti, alla tolleranza, alla pace» sia uscito completamente «sconfitto dalle repliche della storia» (e della vita), non gli si può negare il merito di aver assolto «egregiamente il compito di ogni controcanto».

Da una parte quello di «illuminare per contrasto il lato oscuro, o non ancora compiutamente rischiarato, dei nostri assetti istituzionali (e, perché no?, delle nostre convinzioni in generale)»; mentre dall'altro quello di aiutarci «a non ricadere in quell'esiziale disconoscimento, esistenziale e teorico, delle altrui posizioni che troppe volte si è rivelato la più potente (e grandemente sfruttata) occasione di arruolamento e *rassemblement* di nemici della liberaldemocrazia che si sarebbe potuto magari recuperare come avversari, e forse finanche come ospiti non sgraditi». A questo si deve aggiungere, poi, la «peculiarità di alcune risultanze teoriche», disseminate qua e là nello scritto di Maistre, ed in particolare «il principio di legittimità degli assetti politici (ed in realtà di ogni altra istituzione umana, per riprendere la sempre troppo trascurata coda del titolo del saggio)».

Sotto questa luce, in vero, la «posizione maistriana appare di assoluto rilievo»: «magistralmente paradigmatica» di un momento storico in divenire e, parallelamente, figlia di «un'eterogenesi dei fini tanto inesorabile quanto [...] risalibile» al tentativo di «mostrare l'inermità di ogni sforzo e facoltà progettuali dell'individuo», costringendo il lettore a porsi il problema dell'«innegabile necessità di una legittimazione» per ogni azione umana e, per estensione, per ogni sua costruzione intellettuale e politica.

Letta da quest'angolatura prospettica, dunque, anche la teoria (del tutto paradossale) secondo cui uno «dei grandi errori del secolo» XVIII «fu credere che una Costituzione politica potesse essere scritta e creata a priori, mentre le ragioni e l'esperienza si incontrano nello stabilire che una Costituzione è un'opera divina e che ciò che propriamente vi è di fondamentale e di più essenzialmente costituzionale nelle leggi di una nazione non può essere scritto», appare assolutamente degna di considerazione. Dopo tutto, non si potrà negare – come Maistre non si stanca mai di ripetere nel suo *pamphlet* – che tutto ciò «che vi è di più essenziale, di più intrinsecamente costituzionale e di veramente fondamentale non è mai

scritto, e neppure potrebbe esserlo senza pericolo per lo Stato» e per l'individuo. In ogni tempo ed in ogni luogo, infatti, le Costituzioni, prima di esser parole d'inchostro inerte vergate su fogli di carta, sono la «coscienza universale» di un popolo, di una Nazione, di una comunità d'individui che condividono valori e ideali comuni; «quello spirito mirabile, unico, infallibile, al di sopra di ogni elogio, che tutto conduce, tutto conserva, tutto salva»; «quell'insieme di idee-madri e di assiomi politici che la nazione intera considera verità incontestabili» ed autoevidenti.

Non sorprenderà, allora, rendersi conto che – come conclude il giurista savoiardo – nel momento in cui quell'«insieme di norme» scritte «non gode più del rispetto incondizionato ed universale (né dell'elasticità anti-fissista richiesta dalla graduale incessante evoluzione di un popolo)», finirà all'opposto per mettere a nudo «l'illegittimità sostanziale di quanto giuridicamente esplicitato, poiché privo di quell'assenso immediato, generale e inflessibile in cui solo consiste, e si esaurisce, la legittimità» costituzionale. Drammaticamente, anche la Costituzione *più bella del mondo* – per citare l'epiteto di Roberto Benigni – rischia di diven-

tare «di per sé una Costituzione *nulla*», quantomeno «nella sostanza se non nella forma», perdendo ogni contatto con quella capacità intrinsecamente *costitutiva* e «naturale che contraddistingue e inaugura l'ingresso degli individui nel mondo sociale».

Andrea Raffaele Amato

E

Paolo EVANGELISTI, Fernando VENTURINI (a cura di)
Giacomo Matteotti nelle carte dell'Archivio storico della Camera dei deputati

Roma, Camera dei Deputati-Archivio Storico, 2025, pp. 781
ISBN 8892004565, Euro 15,00

Un importante contributo per la conoscenza dell'opera di Giacomo Matteotti (1885-1924), in particolare del suo intenso impegno parlamentare, è dato dal volume curato da Paolo Evangelisti e Fernando Venturini, *Giacomo Matteotti nelle carte dell'Archivio storico della Camera dei deputati*. Gli Autori nella loro *Introduzione* esprimono la ben raggiunta finalità dell'opera perché prima di questa silloge non era mai stata svolta «una ricognizione archivistica sistematica, nell'intento di conoscere Matteotti "dietro le quinte", negli Uffici e nelle Commissioni, nelle stanze di Monte-

citorio diverse dall'Aula, dove trascorreva buona parte delle sue giornate» (p. 3). È questa un'importante iniziativa istituzionale che, assieme alle edizioni dei discorsi parlamentari di Matteotti avvenuta nel 1970 sotto l'egida dell'allora Presidente della Camera dei deputati Pertini, mette a disposizioni tutte le fonti parlamentari esistenti per meglio indagare il percorso parlamentare di Matteotti, già noto appunto per i suoi discorsi e le sue posizioni pubbliche, ma che qui si arricchisce in maniera decisa anche per l'ampia documentazione inedita. Si scoprono quindi dettagli meno noti per i quali si riportano qui due esempi che sembrano ben rappresentativi dell'importanza del volume.

Matteotti si laurea in Legge con il massimo dei voti il 7 novembre 1907 a Bologna. La formazione del giovane socialista deve non poche influenze al professore dell'ateneo bolognese Alessandro Stoppato che raggiunse grande notorietà con il processo Murri svoltosi nei tribunali di Bologna e Torino nel 1905 per l'omicidio del conte Francesco Bonmartini. Il professore Stoppato sostiene Matteotti nella preparazione della tesi e nella sua pubblicazione; quest'ultima avrebbe potuto aprirgli la strada all'ottenimento della libera docenza universitaria. L'am-

pia produzione accademica di Stoppato deve aver sicuramente influenzato l'allievo in quanto essa includeva numerosi campi poi indagati dal Matteotti divenuto socialista, quali il disagio e la criminalità giovanile, la tutela dell'infanzia, i problemi legati agli infanticidi e gli aborti clandestini, le ricadute nel reato da parte di soggetti deboli ed economicamente svantaggiati. Matteotti frequenterà lo studio dello Stoppato almeno sino alla fine del 1915. Ebbene a riguardo di questi anni prebellici, indagati dalla storiografia quasi sempre in riferimento al suo impegno amministrativo nel Polesine, il volume riporta la documentazione relativa alla sua fase di patrocinante presso la Giunta delle elezioni nel 1913, presso la quale assiste il socialista Galileo Beghi che, pur avendo vinto il ballottaggio nel collegio di Rovigo contro Ugo Maneo, rischiava di non essere eletto a causa di numerosi voti annullati perché espressi su schede elettorali difformi rispetto alla prima votazione. Matteotti, come riporta l'estratto del resoconto pubblicato, «affronta subito la questione principale» (p. 85) e rivela quindi la sua modalità di affrontare questione tecniche e complesse mirando, cioè, all'analisi dei fatti con documenti precisi e metodo analitico inattaccabile. Il ricor-

so a sostegno di Beghi infatti (in Commissione vi siede lo stesso Stoppato che sarà da Matteotti messo in minoranza), sarà vittorioso. La robusta scelta documentaria che segue illumina poi la sua presenza nella redazione di numerosi Disegni e proposte di legge, Relazioni, Domande di autorizzazione a procedere, e permette di aggiungere dettagli non secondari alla sua attività già nota perché si arricchisce meglio la conoscenza della sua presenza a Montecitorio, nelle tre legislature nelle quali è deputato (quella del 1912-21, 1921-24, e l'ultima per poco più di un mese nel 1924).

La ricerca permette di indagare ulteriormente anche gli interessi letterari e più ampiamente culturali che riversa nell'attività politica. Infatti l'altro esempio che qui si riporta è relativo al Capitolo 5 del volume (pp. 623-630). I registri di prestito della Biblioteca degli anni 1919-1922 pubblicati rivelano importanti tracce dei suoi interessi perché vi sono numerose richieste di opere di natura economica (la sua più nota lettura è forse *The economic consequences of peace* di Keynes che prende in prestito il 13 febbraio del 1920), amministrativa e studi sulla politica doganale. Desta particolare interesse trovare tra le sue richieste di prestito un volume di Joergensen su San Fran-

cesco del 1909 (lo richiede il 2 dicembre del 1919), il volume *India e buddismo* di Giuseppe De Lorenzo del 1911 (preso il 18 gennaio del 1920), il volume di Adolfo Venturi su Raffaello del 1920 (preso il 5 aprile), la *Divina Commedia* commentata da Corrado Ricci (la richiesta è de 24 dicembre del 1921) e numerose guide di viaggio anche per località estere. Ciò conferma la convinzione che Matteotti abbia costruito la sua coscienza di europeo, di socialista europeo, anche per i suoi spiccati interessi culturali e per la letteratura scientifica (in particolare quella relativa agli studi giuridici ed economici).

Questi documenti fanno ben vedere come da deputato Matteotti sia riuscito a coniugare la lotta politica all'attività parlamentare che diviene per lui un intenso impegno volto anche a denunciare in Europa le condizioni dell'Italia sotto il regime. Il quadro europeo è quindi determinante sia a riguardo dell'analisi dei problemi del dopoguerra, in particolare per la questione tedesca e il funzionamento della Società delle Nazioni, sia per ciò che attiene al rapporto tra gli stati d'Europa nella prospettiva europeista. Infatti ha un ruolo di primo piano nell'organizzazione dell'Internazionale socialista, effettua quindi numerosi viaggi in Francia, Belgio, Germania e

coltiva uno stretto rapporto con il laburismo inglese. All'estero risulta di particolare efficacia la sua denuncia delle violenze fasciste e del fallimento delle politiche economiche del regime in particolare con una acuta analisi del bilancio italiano.

Il centenario del delitto ha portato a frutto numerose pubblicazioni e iniziative culturali collocando al centro del dibattito storiografico la sua figura per troppo tempo relegata nella dimensione martirologica. L'uccisione barbara del deputato è stato il primo omicidio fascista a sollevare una grande indignazione nazionale e internazionale e la profonda influenza avuta sin da subito nell'immaginario popolare, artistico e intellettuale hanno contribuito a relegare la sua azione politica in secondo piano rispetto allo scontro con il fascismo che è stato figlio del suo intenso itinerario politico. Chi si appropria alla vicenda di Matteotti non può evitare di scontrarsi con l'immensa mole bibliografica che affronta il delitto perpetrato dai sicari fascisti, i riflessi generati nel campo politico e culturale, nonché con le ricerche indirizzate ad analizzare ogni risvolto dell'iter processuale che si svolge a Chieti tra il 16 marzo e il 24 marzo del 1926, il quale si rivelò ben presto una farsa, e che tocca alcuni pas-

saggi della storia repubblicana perché il secondo processo si aprirà a Roma il 22 gennaio del 1947. E questa parte postuma della sua vicenda è in parte ripercorsa dalla documentazione presente nei Capitoli 6 e 7 del volume (*Dopo il delitto e La restituzione della memoria*) che in conclusione riporta una pratica tabella sinottica sull'attività parlamentare di Matteotti e un interessante apparato iconografico/documentario. La ricchezza documentaria del volume fa ben comprendere come la lotta di Matteotti al regime fascista sia stato l'epilogo alto e drammatico della lunga battaglia per la crescita della democrazia condotta in Italia e in Europa: percorrere i suoi campi di azione anche da questa angolatura meno pubblica permette di arricchire la conoscenza della sua biografia così divincolando Matteotti dalla esclusiva cornice del mito nella quale a lungo è stato relegato.

Mirko Grasso

F

Elena Gaetana FARACI
Democrazia o bonapartismo. La Francia e la crisi politico-istituzionale nella Seconda Repubblica (1848-1852)

Roma, Carocci, 2025, pp. 452
ISBN: 9788829028375, Euro 46,00

Il volume di Elena Gaetana Faraci è dedicato all'esperienza costituzionale della Seconda Repubblica francese, nella quale è possibile misurare le potenzialità e i limiti della democrazia rappresentativa, le tensioni fra libertà e ordine, la dialettica fra rivoluzione e legalità.

Per lungo tempo, la storiografia ha teso a considerare la Seconda Repubblica un semplice intermezzo fra la monarchia di Luigi Filippo e il Secondo Impero, relegandola al ruolo di parentesi o di preludio. Faraci, invece, la eleva a oggetto autonomo di ricerca, restituendole una sua fisionomia politica e dottrinale: un banco di prova delle istituzioni rappresentative in epoca di suffragio universale.

Le fonti utilizzate sono di grande ampiezza: documenti parlamentari, verbali della Commissione costituzionale, atti del Governo provvisorio, stampa dell'epoca, memorie, testi letterari e scritti dei protagonisti. Il libro è articolato in ventidue capitoli, ordinati cronologicamente, ma dotati di una forte coerenza tematica.

I primi cinque capitoli analizzano la crisi della monarchia orleanista e la rivoluzione di febbraio del 1848; seguono le sezioni dedicate alla formazione del Governo provvisorio, alla proclamazione della Repubblica e alla nascita delle nuove istitu-

zioni. Faraci mostra come tali esperimenti di partecipazione popolare abbiano rappresentato tentativi pionieristici di inclusione democratica, ma anche elementi di fragilità del nuovo regime.

La parte centrale (capp. 6-10) affronta la fase costituente: la stesura della Costituzione del 4 novembre 1848, il dibattito sui poteri del Presidente e dell'Assemblea e le diverse concezioni della sovranità popolare. Grazie al puntuale utilizzo dei verbali della Commissione costituzionale, l'autrice ricostruisce la discussione sulla forma di governo, mostrando come il modello presidenziale francese sia nato da un compromesso fragile fra il timore del disordine e il bisogno di autorità.

Le sezioni successive (capp. 11-19) analizzano il progressivo scivolamento della Repubblica verso la restaurazione dell'ordine: la presidenza di Luigi Bonaparte, la repressione di giugno, le divisioni interne al campo democratico e la nascita dei governi. Infine, gli ultimi capitoli (20-22) descrivono con grande efficacia la preparazione e l'attuazione del colpo di Stato del 2 dicembre 1851, seguito dal plebiscito del 1852 e dalla proclamazione dell'Impero.

Uno dei nuclei centrali del libro è il conflitto fra democrazia e ordine, vero motore

della storia repubblicana. Il 1848 rappresentò il momento in cui la sovranità popolare, incarnata dal suffragio universale, entrò in collisione con le strutture dello Stato e con la paura della rivoluzione sociale. L'autrice mostra come la Repubblica si trovò di fronte a un dilemma destinato a segnare l'intera modernità: la partecipazione popolare doveva limitarsi al momento elettorale o estendersi al controllo quotidiano della cosa pubblica? I repubblicani moderati propendevano per la prima soluzione, mentre i democratici auspicavano un coinvolgimento diretto dei cittadini nella gestione del potere, attraverso club, cooperative e organi intermedi.

Un tratto distintivo dell'opera è l'integrazione fra storia istituzionale, storia politica e storia delle idee, che consente una lettura capace di restituire la complessità della transizione dal repubblicanesimo democratico al bonapartismo autoritario. L'autrice non si limita all'analisi giuridica delle istituzioni ma le osserva come organismi dinamici, attraversati da conflitti e significati culturali. In conclusione, la narrazione offre una sintesi originale e insieme analitica del periodo esaminato. Attraverso l'attenzione al rapporto fra istituzioni e società, l'autrice mostra come la democrazia,

priva di solide strutture e di una cultura politica condivisa, possa facilmente trasformarsi in plebiscitarismo.

Giuseppe Mecca

Vincenzo FERRONE, Valentin
na ALTOPIEDI and Giuseppe
GRIECO, ed. by
*The Legacy of the
Enlightenment. Rights, Consti-
tutions, Equality*

Firenze, Olschki editore, 2025, pp. 267
ISBN 9788822269744, Euro 45,00

Questo Quaderno è stato concepito nell'ambito del "Turin Humanities Programme" promosso nel 2021 dalla "Fondazione 1563 per l'Arte e la Cultura" diretti rispettivamente da Vincenzo Ferrone e Piero Gastaldo. Una delle (diverse) caratteristiche positive di questa raccolta di diciotto contributi (in lingua inglese), frutto di incontri e seminari, è di mettere insieme saggi di studiosi di fama internazionale e di giovani ricercatori, in un *mix* ben riuscito. Il *fil rouge* del volume è ovviamente l'eredità del grande, complesso e controverso movimento intellettuale che nel corso del Settecento ha ridefinito e riconcettualizzato la cultura europea cambiando-ne in profondità i fondamenti e la pratica istituzionale.

I saggi contenuti nel volume sono preceduti da una densa "introduzione" di Vincenzo Ferrone che riproduce in lingua inglese il saggio

apparso in italiano nel 2024 col titolo "L'eredità dell'Illuminismo. Fra attualità e nuovo paradigma storiografico" (in "Rivista storica italiana, CXXXVI, 1, pp. 43-58). L'Illuminismo ha conosciuto, sin dal secolo di origine, un destino singolare: elaborato, sviluppato, interpretato, esaltato e criticato più per la sua "proiezione" filosofica e storiografica che per la sua imprescindibile dimensione storico-contestuale. L'Illuminismo-Rivoluzione (francese) con le divinità di Voltaire e Rousseau, l'Illuminismo e la ragione e l'anti-ragione, la fenomenologia, la dialettica, l'ideologia borghese, le decostruzioni novecentesche attorno al tema della modernità e poi della globalità hanno finito da un lato per potenziarne l'idea e affermare un'eredità reclamata e contestata, dall'altro ne hanno fatto una sorta di personaggio pirandelliano, come in uno, nessuno, centomila...

Ferrone scrive invece che "We need to build a new paradigm, capable of describing the true historical meaning of this legacy through the different contexts and periods in which it held a predominant position, rather than as just another topic in the history of historiography" (p. XVI). Le ricerche sull'eredità dell'Illuminismo vanno quindi viste nei termini di un problema storiografico auto-

no, come "a new paradigm to be contextualised and defined by formulating appropriate research questions" (p. XXVII).

Il volume, in questa prospettiva, si divide in tre sezioni (New research, Enlightenment Lectures, New Voices on the Enlightenment and the Rights of Man) con un'interessante rassegna visiva, a conclusione dell'opera, a cura di G. Tocchini, che ripercorre, per immagini, il tema "Ownership, Slavery, Rights, Reason"). Se non è possibile dare conto in questa sede dei singoli contributi, si può però segnalare l'importanza del volume anche per il campo di studi sul costituzionalismo illuministico e sulla costituzionalizzazione e sulla difesa dei diritti dell'uomo, mostrando, in diversi contributi, il conflitto tra la dimensione emancipatoria dell'Illuminismo e la strenua difesa delle gerarchie, differenze e privilegi dell'*Ancien Régime*.

Luigi Lacchè

M

Edmondo MOSTACCI
*La Costituzione spiegata ai
giovani. Per i cittadini di domani*

Sant'Arcangelo di Romagna, Diarkos,
2024, pp. 285
ISBN 9788836160990, Euro 13,50

Spiegare la Costituzione ai giovani (ma non solo) è compito non semplice. Ma se i giovani sono, come sono, i cittadini di domani, far conoscere il testo costituzionale – non in astratto ma per come esso è radicato e vive nel contesto complesso della società italiana – è un compito fondamentale, da perseguire con determinazione. Come è noto, l'educazione civica di scolastica memoria rischia talvolta di ottenere l'effetto contrario, ovvero di lasciare indifferenti o, peggio, di allontanare i giovani dall'obiettivo meritorio. Edoardo Mostacci ci prova con questo volume adottando l'approccio giusto. Non è banalizzando o semplificando all'estremo temi complessi che si deve spiegare la Costituzione. Scrive infatti l'A. che «Il suo obiettivo è illustrare i principi e le regole che la compongono in modo chiaro e comprensibile, senza però assumere un atteggiamento rinunciatario o, peggio, una modalità di trattazione semplicistica. La Costituzione è infatti un testo complesso, fortemente legato alle vicende italiane ed europee del periodo in cui è stata scritta, come pure a quelle successive, le quali hanno plasmato la sua interpretazione e l'hanno resa un documento vivo e dinamico» (p. 7). Non serve quindi un approccio semplicistico né un approccio rinunciatario

che eviti di affrontare il tema della complessità storica e concettuale della Costituzione.

La profondità e la chiarezza devono procedere assieme e l'esperimento è qui complessivamente ben riuscito. Grazie a riferimenti probanti alle questioni che nel mondo reale "interrogano" la Costituzione e a numerosi esempi di vita quotidiana, il volume accompagna il lettore in un viaggio che mostra gradualmente il problema del rapporto tra diritto e potere/forza, la funzione del diritto costituzionale, le principali matrici storiche (il costituzionalismo liberale sette-ottocentesco, il costituzionalismo democratico che allarga gli orizzonti nel Novecento), il problema del "governo del conflitto" attraverso le regole costituzionali.

Il libro non è un mero commento agli articoli della Costituzione ma consiste nell'analisi (capitolo dopo capitolo) dei grandi principi aggregatori (personalista, pluralista, democratico, egualitario, pacifista) che fungono da pilastri dell'edificio costituzionale, per chiudere sulle garanzie costituzionali che formano, come osservava Giorgio La Pira nella sua visione architettonica del disegno costituzionale, la volta della casa comune. E giustamente ricorda Mostacci ai suoi lettori che

quelli «Sono principi a cui spesso dedichiamo scarsa attenzione. Godiamo dei nostri diritti con lo stesso atteggiamento con cui beviamo l'acqua e respiriamo l'aria: con naturalezza, dando per scontata la loro esistenza. Ma aria, acqua e libertà condividono un altro aspetto importante: ci si accorge della loro (vitale) importanza quando improvvisamente vengono a mancare. Quando ci assalgono l'asfissia e la sete. Ecco allora che conviene prendersi cura per tempo di questi principi, prima che un'improvvisa carestia ci presenti il suo conto salato, e godere della ricchezza, ideale e pratica, che essi ci offrono» (p. 9).

Luigi Lacchè

N

Andreas NEUMANN
*Gelehrsamkeit und Geschlecht.
Das Frauenstudium zwischen
deutscher Universitätsidee und
bürgerlicher Geschlechterordnung
(1865-1918)*

Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2022,
pp. 420
ISBN 978-3-515-13165-0, euro 77.00

La storia della lunga lotta delle donne tedesche per accedere agli studi universitari fornisce un punto di osservazione di primaria importanza sulla struttura sociale ed istituzionale del Secondo Reich. Rispetto al mondo

anglosassone dove le donne conquistarono il diritto alla pari istruzione in modo relativamente facile già a metà Ottocento, nel Reich tedesco la questione espose tutte le rigidità sia della visione organicistica della società che vincolava la donna all'espletamento dei 'doveri femminili', sia della concezione statale di cui le università dovevano fornire una proiezione di stabilità e autorevolezza. Da qui il rifiuto di seguire l'esempio dei *College* femminili che si diffusero negli Stati Uniti e nel Regno Unito, tacciati come espressioni di una ambizione individualista incurante delle conseguenze per l'ordine sociale. Un'acritica emulazione di simili esperimenti, si sosteneva, avrebbe privato la nazione delle mogli e madri trasformando la "donna tedesca" in una "virago", inadatta ad inserirsi nell'ordine costituito e quindi elemento di sovversione. Parimenti, le repentine aperture e chiusure della Russia zarista alla istruzione universitaria per le donne furono giudicate dalle autorità accademiche tedesche come esempi perniciosi di instabilità istituzionale, foriere di uno spirito "nichilista". Eppure, il *Kaiserreich* non poté evitare la questione, come testimonia il dibattito che si protrasse per mezzo secolo e che il presente studio ricostruisce offrendo al letto-

re una stupefacente ricchezza di fonti relative alle strategie della discussione mediatica, di quella interna al mondo accademico, nonché di quella politico-istituzionale. L'ideale humboldtiano dell'università intesa come santuario del sapere costituiva per il neonato stato unitario tedesco un fattore di punta nella gara di prestigio tra le 'nazioni culturali'. Pur stigmatizzando la "moda americana" e il "nichilismo russo", il mondo accademico tedesco non poté non accogliere la sfida, pena il declassamento culturale della nazione. La questione poneva però multipli sfide, quali la revisione della preparazione ginnasiale indispensabile per l'accesso all'università; la selezione delle scienze adeguate alla presunta costituzione psichica e fisica femminile e alle ragioni della morale pubblica; infine, la possibilità di esercitare tutte quelle professioni a cui abilitava il conseguimento della laurea. Le risposte a tutti questi quesiti furono oggetto di un vasto dibattito che espose i dubbi della scienza medica sui limiti fisiologici delle donne, quelli della filosofia circa l'eterno-femminile che insegue il dominio, ma non la verità (così Nietzsche in *Al di là del bene e del male*), sulle conflittuali visioni dell'ideale femminile, ma anche più prosaicamente sulle difese di categoria

di quanti tra docenti e liberi professionisti osteggiavano l'afflusso di nuove concorrenti sul mercato del lavoro. Rivelò anche preoccupazioni per l'avanzare di posizioni liberali se non socialdemocratiche nelle roccaforti del privilegio cetuale come l'accademia o l'apparato statale. Esemplici in questo senso sono le reazioni dello storico Heinrich von Treitschke che nel 1895 estromise "con le sue mani" dall'aula la promotrice dei diritti delle donne Helene Stöcker affermando che non vuole "il popolo femminile alle sue lezioni". Nel 1905, il ministro degli Interni prussiano e futuro Cancelliere del Reich, Theobald von Bethmann Hollweg, il ministro della Giustizia Max von Beseler e quello del commercio Clemens von Delbrück condannarono l'apertura delle università negli stati tedesco-meridionali come il Granducato del Baden alle donne. Il governo prussiano era in particolare preoccupato per l'eventuale ammissione delle donne agli studi giuridici, che avrebbe fornito loro le qualifiche per accedere ai ranghi dei funzionari statali (*Staatsbeamten*) – il venerando "ceto universale" di hegeliana memoria. Nel complesso, la soluzione adottata negli anni a ridosso della Grande Guerra per l'accesso sia all'istruzione accademica sia alle professioni fornisce un'ulteriore

conferma dei limiti intrinseci della capacità di modernizzazione del Secondo Reich. La presenza femminile non fu più solo tollerata come un'eccezione alla regola, come volle il padre della fisica quantistica Max Planck, che nel 1897 concesse che "sarebbe ingiusto impedire a una donna con particolare talento e desiderio di studiare la fisica teoretica... solo se tali casi saranno trattati come eccezionali". Ma, il venir meno della disuguaglianza formale nei diritti non intaccò il 'soffitto di cristallo', ossia l'accesso alle posizioni di potere. Come già per la questione generale della democratizzazione della società guglielmina, si scelse di disinnescare il potenziale politico della emancipazione femminile senza permettere loro di liberarsi da un ruolo ausiliario, in modo da relegare il loro talento a compiti gravosi che però non fornivano occasioni di affermazione sociale.

Ronald Car

O

Marco OLIVETTI
*Democrazia costituzionale e
populismo*

Roma, Edizioni Studium, 2024, pp.138
ISBN 9788838254437, 15,00

Due concetti fondamentali del nostro presente sono al centro di questo agile, denso e limpido volumetto. Non

v'è dubbio, infatti, che nel nuovo secolo – dopo le grandi speranze/illusioni innescate dalla fine della Guerra fredda – la democrazia costituzionale abbia conosciuto fenomeni che in letteratura sono stati accostati a "crisi", "regresso democratico", o altre locuzioni. La forma che, almeno in Europa, ha avuto più successo è stata quella del cd. "democratic backsliding", lo scivolamento della democrazia costituzionale, ovvero dello Stato di diritto, verso quella che è stata definita la "democrazia illiberale" (presa in considerazione nel terzo capitolo). Come è noto, in un discorso del 2014, divenuto una sorta di manifesto, il primo ministro ungherese Viktor Orbán disse che «solo perché uno Stato non è liberale può ancora essere una democrazia [...] il nuovo Stato che costruiremo in Ungheria non sarà uno Stato liberale, sarà uno Stato democratico non liberale».

Nel primo capitolo Marco Olivetti ricostruisce in maniera piana e puntuale il sistema di governo democratico nella forma rappresentativa analizzandone gli aspetti caratterizzanti per poi esaminare, nel secondo capitolo, i limiti costituzionali che sovrintendono al funzionamento di una democrazia rettivamente intesa, in termini di procedure, di legittimazione temporale dei rap-

presentanti e delle autorità di governo e di rispetto delle minoranze. L'analisi dei diversi tipi di costituzione e dei meccanismi della giustizia costituzionale si accompagna alla segnalazione di problemi strutturali che riguardano l'equilibrio instabile fra il circuito della politica democratica (partecipazione, elezioni, rappresentanza politica) e quello degli organi non eletti dal popolo chiamati al delicatissimo compito di limitare l'anima democratica dello Stato di diritto.

Su questa tensione si innesta il tema del populismo di cui l'autore rintraccia (cap. quarto) taluni precedenti storici (per es. quello ottocentesco russo o americano del *People's Party*) per attraversare poi l'America Latina di Vargas e di Peron, leggendone con estrema precisione, sviluppi ed "eredità" nei decenni più vicini a noi. Il populismo in Europa ha avuto numerose manifestazioni storiche e anche l'Italia, a cominciare dal movimento dell'"Uomo Qualunque" nell'immediato dopoguerra, ha espresso diverse declinazioni del populismo. I capitoli cinque e sei sono volti a definire il populismo sulla base di tre caratteristiche fondamentali (popolo vs. *élites*; ruolo degli *outsiders* rispetto al sistema politico tradizionale; tipologie di linguaggio) e a enucleare cinque antitesi tra populismo e

democrazia costituzionale, antitesi che, osserva Olivetti conclusivamente, rischiano di disarticolare la complessità dello Stato democratico liberale e costituzionale e di negare il valore della "cornice costituzionale" «nella quale l'elemento democratico deve operare a precise condizioni procedurali e nel quadro di una serie di limiti, pur variabili secondo circostanze di tempo e di luogo» (p. 138).

Luigi Lacchè

P

Martin PLATT (hrsg.)

*Auf der Suche nach Sicherheit?
Die Weimarer Republik zwischen
Sicherheitserwartungen und
Verunsicherungsgefühlen*

Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2024, pp. VIII, 292

ISBN 978-3-515-13688-4, euro 56,00

Il ventitreesimo volume della collana *Weimarer Schriften zur Republik* è incentrato sul concetto di sicurezza, di cui indaga le evoluzioni nel contesto storico della Repubblica di Weimar, dalla sua proclamazione fino alla crisi definitiva. L'impianto teorico della ricerca è saldamente ancorato alla storia concettuale di Reinhart Koselleck, nonché al lavoro di Eckart Conze sulla ricerca della sicurezza, intesa come 'formula-guida' nella narrazione della recente storia tedesca. I singoli con-

tributi, infatti, cercano (con alterno successo) di ricostruire il senso di in/sicurezza generato dagli 'spazi di esperienza' e dagli 'orizzonti di aspettative' dei protagonisti delle microstorie raccolte nel volume. Il momento weimariano emerge quale crinale che costrinse i vari gruppi sociali, politici e professionali a rielaborare i propri ruoli per adattarli non solo al nuovo contesto repubblicano, ma anche ad un concetto di sicurezza il cui obiettivo primario non era più affatto indubbio. Difatti, come insegnava il *Meyers Konversationslexikon* del 1851, il deposto stato monarchico aveva come obiettivo fondamentale la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico. La loro garanzia risiedeva nel potenziamento dell'apparato di sicurezza dell'esercito e della polizia, intesi come espressioni della sovranità interna ed internazionale. La Repubblica, invece, prometteva un'idea ben diversa di sicurezza: quella del singolo cittadino nel godimento dei propri diritti. La prospettiva della *safety* hobbesiana avrebbe dovuto cedere il passo a quanto promesso nei testi fondanti del repubblicanesimo moderno: la *safety and happiness* che il cittadino aveva il diritto di pretendere da un potere legittimo, pena la destituzione di questi, come affermava la Dichiarazione d'indipendenza del 1776, ovvero *la liberté, la propriété, la*

sûreté et la résistance à l'oppression, secondo la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Il 9 novembre 1918, l'esercito tedesco aveva perso la sua aura mitica di garante della stabilità; ma chi doveva raccogliere il suo monopolio dell'uso legittimo della forza? Il 12 novembre 1918, il membro dei socialdemocratici indipendenti (USPD) Emil Eichhorn fu nominato Commissario del Popolo per la Sicurezza Pubblica. Il suo primo proclama prometteva la fucilazione immediata per i saccheggiatori, pene severe per chi circolava armato e il coprifuoco notturno. Ma, aggiungeva, il ristabilimento della sicurezza non era più compito esclusivo delle istituzioni, l'intera popolazione aveva il dovere di contribuire attivamente. Un mese dopo, la stampa liberale individuerà proprio in Eichhorn e nei Consigli guidati dai gruppi di sinistra la fonte di un'insicurezza imperante. Per i socialdemocratici maggioritari (MSDP), la sicurezza dei comuni cittadini sarebbe stata ristabilita dalle unità paramilitari degli *Freikorps*; per l'organo comunista *Rote Fahne*, bisognava mobilitarsi per assicurare i frutti della rivoluzione. Allora, non meno che in altri momenti di crisi, come in occasione del tentato *putsch Kapp-Lüttwitz*, dell'occupazione della Renania, o degli scontri tra le formazioni paramilitari nel 1932, la di-

versa percezione del rischio, nonché le modalità della sua articolazione mediatica, rivelavano una società profondamente divisa, in cui il tema della mancanza di sicurezza e l'invocazione di mezzi sempre più energici per il suo ripristino finì per contrapporre l'ordine non già al disordine, bensì alla democrazia.

Ronald Car

Adriano PROSPERI
*Cambiare la storia. Falsi,
apocrifi, complotti*

Torino, Einaudi, 2025, pp. 149
ISBN 9788806266219, Euro 13,00

Adriano Prosperi, uno dei più grandi maestri della storiografia italiana, si cimenta con un tema che è al tempo stesso, da sempre, centrale nel lavoro e nella riflessione dello storico, ma acquista oggi ulteriori caratteri alla luce della pervasività dei *social* che rendono ancora più labile il confine tra vero, verosimile e falso. Il tema della verità storica – a cui Prosperi ha dato contributi fondamentali – è quantomai urgente. Lo storico moderno, grazie alla metodologia elaborata nel corso degli ultimi secoli, ha gli strumenti per distinguere, per quanto è umanamente possibile, il vero dal falso. Questo “cavaliere della verità” è però oggi insidiato da minacce pressanti, in particolare da chi pensa che il passato possa essere modificato, “riscritto”, come nel caso della *Cancel*

Culture. Cambiare la storia per renderla più in sintonia con le nostre sensibilità o con le nostre visioni del mondo è quanto di più anti-storico si possa immaginare.

Lo storico pisano evoca nella sua Premessa intitolata “La verità e il falso”, uno dei capolavori di Marc Bloch, *Riflessioni d'uno storico sulle false notizie della guerra*. Ascoltando i soldati nelle fangose e insanguinate trincee, Bloch colse alcuni dei meccanismi sociali che producono, legittimano, diffondono notizie false (nel caso di specie le crudeltà spaventose dei soldati tedeschi). Lo storico francese studiò poi nell'opera cardinale *Ire taumaturchi* la convinzione medievale, ovviamente falsa, che i re possedessero un tocco capace di guarire il male delle scrofole.

Il libro di Prosperi ci ricorda che vero e falso non sono bianco e nero; talvolta il grigio prevale, le due dimensioni si possono intrecciare, e soprattutto gli uomini hanno la forte tentazione di correggere le epoche storiche, gli eventi e i protagonisti del passato. La *Cancel Culture* è una grave minaccia che incombe sulle società contemporanee. Il passato non si può cambiare in quanto tale ma ciò che si può fare è cancellarne le tracce eliminando monumenti pubblici per operare un cambiamento simbolico.

Prosperi sviluppa la sua riflessione su «quello che potremmo definire l'effetto risonanza della distorsione introdotta dal falso sulla percezione del passato» (p.13). Per fare questo decide di rileggere quattro casi: la falsa donazione (*Constitutum Costantini*) dell'imperatore Costantino al papa Silvestro, smascherata da Lorenzo Valla grazie ai superpoteri della critica filologica; i falsi fabbricati dal frate Giovanni Nanni (Annio da Viterbo) per inventare un *pedigree* straordinario per la sua città, creando anche materialmente fantasiosi reperti archeologici; i falsi del Sacromonte di Granada a fine '500 con la fabbricazione di reperti e reliquie varie; il notissimo caso dei nefasti *Protocolli dei Savi di Sion* fabbricati dall'*Ochrana*, la polizia segreta zarista, per denunciare il complotto ebraico e diffondere odio contro di essi, e che, benché falsi, continuano ad essere ripubblicati e quindi ad operare. E qui sta il problema. Ancora una volta Bloch *docet*: se una notizia falsa – e pensiamo oggi alle *fake news* – si diffonde, si arricchisce nel suo tortuoso cammino, non è solo merito del falsario: questi è spesso solo l'“interprete” di rappresentazioni collettive, di convinzioni profonde, che preesistono e alle quali il falso darà voce.

Luigi Lacché

T

Isabel B. TAYLOR

*The Crown and Its Records:
Archives, Access, and the Ancient
Constitution in Seventeenth-
Century England*

Berlin, De Gruyter Oldenbourg, 2023,
pp. 490

ISBN 9783110791266, € 129,95

I regni dei primi due monarchi Stuart furono un periodo di crescente confronto e conflitto tra la Corona e i giuristi circa i limiti dei poteri pubblici. Entrambe le parti si rivolsero agli archivi ed esaminarono scrupolosamente le testimonianze del passato, ma non trovarono precedenti medievali o del secolo precedente che potessero corroborare le rispettive rivendicazioni. «La documentazione in sé», come ha osservato acutamente John P. Dawson, «era inconcludente» (*Gli oracoli del diritto*, Napoli 2014, p. 96; ediz. orig. *The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968). In breve, una delle due parti s'illuse che il *common law* medievale potesse rivelarsi utile per domare il Leviatano (o quanto meno per ridurne il potere a un livello accettabile), mentre l'altra non riuscì a trovare precedenti che potessero legittimare le proprie *policies*. In realtà, era già iniziata una nuova epoca e i soli documenti, benché altamente simbolici, non potevano an-

nullare le trasformazioni che avevano investito lo Stato e la costituzione inglese tra il sedicesimo e il diciassettesimo secolo.

The Crown and Its Records rappresenta, ciò nonostante, un notevole contributo storiografico, in quanto getta nuova luce sull'uso degli archivi nelle discussioni costituzionali dell'Inghilterra seicentesca. Il libro è innanzitutto un lavoro di storia archivistica che tuttavia interessa per determinati aspetti la storia giuridica e costituzionale della Gran Bretagna moderna. Isabel Taylor esordisce infatti mettendo in risalto il ritardo della storiografia archivistica britannica rispetto ad altri Paesi europei, come la Francia o l'Italia, e indicando chiaramente quello che può essere definito come un "peccato originale" che ne ha ostacolato lo sviluppo, cioè lo stretto legame tra gli archivi e le esigenze della professione legale. Quest'ultimo derivò da due fattori: il primo attiene alla necessità di trovare titoli validi per il trasferimento legittimo della proprietà immobiliare, noto con il termine tecnico di *conveyancing*, storicamente una delle più complesse operazioni legali; il secondo consiste nel fatto che i primi archivi nacquero dalle corti centrali di *common law*, le quali sin dal Medioevo operavano come *courts of*

record, ovvero tribunali le cui decisioni, una volta formalizzate, costituivano prova inconfutabile del procedimento e che, tra il sedicesimo e il diciassettesimo secolo, assunsero lo status di verità assoluta. L'A. aggiunge poi un ulteriore motivo, questa volta di natura filosofica, ovvero l'influenza sulla storiografia contemporanea delle teorie archivistiche di Michel Foucault e Jacques Derrida, spesso erroneamente accettate come realtà storiche. In questo studio, tuttavia, l'A. sfida tali generalizzazioni concentrando l'attenzione verso le realtà empiriche delle istituzioni archivistiche centrali britanniche e delle persone che le hanno modellate. La tesi su cui si fonda il volume è che gli archivi non furono meri contenitori passivi della memoria storica, bensì strumenti attivi che hanno contribuito a orientare il discorso costituzionale.

Il volume si articola in tre parti: la prima illustra lo sviluppo storico degli archivi centrali inglesi, mettendo in luce le carenze gestionali che limitarono l'uso politico e giuridico dei documenti. La seconda esplora l'impiego degli archivi nei conflitti costituzionali del diciassettesimo secolo, mostrando come figure quali Sir Edward Coke, Sir Robert Cotton, William Prynne, John Selden, William Ryley (senior e junior),

si servirono strategicamente dei documenti per legittimare le proprie posizioni. Infine, l'A. evidenzia come anche la Corona, grazie all'ausilio di Sir Thomas Wilson, interferì con l'accesso agli archivi a fini politici. Nel complesso, pur essendo incentrata sulla dimensione archivistica, l'opera contribuisce in modo significativo alla storiografia sul costituzionalismo inglese d'Età moderna.

Rocco Giurato

Luigi TRISOLINO
*La giustizia nella politica.
Il Senato regio Alta Corte di
Giustizia*

Roma, Historia et Ius, 2024, p. 457, open
access
ISBN 9791281621046

Il volume affronta il tema del Senato del Regno costituito in Alta Corte di Giustizia, istituzione peculiare e relativamente indagata. L'obiettivo dichiarato è comprendere la natura, la funzione e le contraddizioni di questo organo speciale, nato dalla previsione degli articoli 36, 37 e 47 dello Statuto albertino, e chiamato a giudicare sui delitti di alto tradimento, di attentato alla sicurezza dello Stato e sui reati ministeriali.

La ricerca si fonda su un'attenta analisi delle fonti archivistiche conservate presso l'Archivio Storico del Senato, da cui emergono 378 procedimenti riconducibili all'attività dell'Alta Corte.

Trisolino non si limita a un censimento documentario: organizza e pubblica in appendice i dispositivi di sentenza, offrendo un *corpus* di dati che consente di valutare, in prospettiva storica, la concreta operatività della giurisdizione senatoria. Ne risulta un quadro articolato, che spazia dalle poche condanne registrate tra il 1867 e il 1937 — appena una manciata rispetto al numero complessivo dei procedimenti — alle numerose formule di non luogo a procedere, che sembrano rivelare la cautela, se non la riluttanza, di un organo eminentemente politico nell'esercizio della funzione giudicante.

Nel primo capitolo, l'autore illustra la struttura e la fisiologia dell'Alta Corte, soffermandosi sul ruolo dei "senatori-giudici" e sulle modalità con cui l'istituzione veniva attivata tramite decreto reale. Questo dato di partenza consente di misurare la distanza che separava l'ideale liberale della separazione dei poteri da una prassi che tendeva a sovrapporli.

Nel secondo capitolo, Trisolino esamina le dottrine e gli orientamenti in materia di crimini contro lo Stato, mostrando come l'attribuzione di tali delitti a un giudice politico trovasse giustificazione nella loro stessa natura politica: alto tradimento e attentato alla sicurezza del-

lo Stato erano infatti reati contro la forma di governo, e, come tali, esigevano — secondo una logica di simmetria — giudici appartenenti al corpo politico.

Il terzo capitolo approfondisce la questione dei reati ministeriali, terreno sul quale si era divisa la dottrina tra fautori della conservazione dell'Alta Corte e sostenitori della sua abolizione. Il quarto capitolo si concentra, invece, sui procedimenti penali contro i senatori, giudicati dai loro stessi pari. Qui l'Alta Corte rivela la sua ambiguità strutturale. Da un lato, essa appare come una forma di autodichia speciale, coerente con una visione garantista che tutela il libero esercizio delle funzioni parlamentari; dall'altro, si configura come una giurisdizione "di classe", difficilmente conciliabile con l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge e con l'imparzialità del giudice. L'autore mostra come la prassi dei giudizi "dei pari sui pari", pur radicata nella tradizione parlamentare europea, si scontrasse con le sensibilità liberali più avanzate dell'epoca, che intravedevano in tale meccanismo il rischio di un privilegio incompatibile con l'evoluzione dello Stato di diritto.

Il quinto capitolo chiude l'indagine interrogando il principio del giudice naturale alla luce dello Statuto al-

bertino. Il Senato in funzione di Alta Corte è stato un giudice "legale", ma non sempre "neutrale": la sua legittimità derivava dalla legge, non necessariamente dalla giustizia percepita.

Questa riflessione offre dunque una chiave interpretativa moderna per leggere la tensione permanente tra liberalismo e potere, tra esigenze di ordine e aspirazioni di giustizia. La giustizia dell'Alta Corte del Senato del Regno è un laboratorio in cui si sperimentarono, con esiti contraddittori, i limiti del costituzionalismo monarchico e i primi lineamenti del garantismo moderno.

Giuseppe Mecca

Autori / *Authors*

Luigi Lacchè, Prof. ordinario di Storia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, Via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia, email: luigi.lacche@unimc.it

Sabino Cassese, Prof. emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa e giudice emerito della Corte Costituzionale, email: sabino@sabinocassese.eu

Dieter Grimm, Prof. Dr. Dr. h.c. mult., Wissenschaftskolleg zu Berlin Institute for Advanced Study, Wallotstr. 19, 14193 Berlin, Germany, email: dieter.grimm@wiko-berlin.de

Michel Troper, Professeur émérite de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 200, Avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, email: michel.troper@gmail.com

Marcel Morabito, Professeur émérite de Sciences Po Paris, membre de l'Institut Louis Favoreu, Aix-Marseille Université, email: marcel.morabito@sciencespo.fr

Giovanni Chiodi, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo 1, Università di Milano-Bicocca, 20126 Milano, Italia, email: giovanni.chiodi@unimib.it

Martin Sunnqvist, Prof. Dr. of Legal History, Faculty of Law, Lund University, Box 207, SE-221 00 Lund, Sweden, email: martin.sunnqvist@jur.lu.se

Leone Melillo, Prof. aggregato nell'Università degli studi di Napoli Parthenope, via Generale Parisi n.13, 80132, Napoli, email: leone.melillo@uniparthenope.it

Giacomo Alberto Donati, Assegnista di Ricerca, Prof. a contratto, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Corso Strada Nuova, 65, email: giacomualberto.donati@unipv.it

Marco Fioravanti, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Roma Tor Vergata, Via Cracovia 50, 00133, email: marco.fioravanti@uniroma2.it

Lorenzo Castellani, Ricercatore tenure track in Storia delle istituzioni politiche, Dipartimento di Scienze Politiche, Luiss "G. Carli", Viale Romania, 32 00197, Roma, email: lcastellani@luiss.it

Gian Marco Sperelli, Ricercatore post-doc., Istituto italiano di studi storici, Via Benedetto Croce 12, 80134 Napoli, email: g.sperelli@lumsa.it

Giulio Stolfi, Procura Generale della Repubblica presso la Corte dei conti, Via Baiamonti, 25, 00195 Roma, email: giulio.stolfi@corteconti.it

Giuseppe Mecca, Prof. associato di Storia delle istituzioni politiche, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, Via Garibaldi 20, 62100 Macerata, email: giuseppe.mecca@unimc.it

Abstracts

Sabino Cassese, *La formazione del diritto amministrativo in Europa: la prospettiva comparata* / *The Formation of Administrative Law in Europe: A Comparative Perspective*

Il saggio analizza la formazione storica e comparata del diritto amministrativo in Europa, con particolare attenzione ai percorsi divergenti ma interconnessi di Francia e Inghilterra tra XVIII e XX secolo. Attraverso le riflessioni di Alexis de Tocqueville e Albert Venn Dicey, si mostra come esperienze storiche e tradizioni intellettuali differenti abbiano prodotto la percezione di due modelli contrapposti: da un lato un ordinamento fondato sul diritto amministrativo e su giurisdizioni speciali, dall'altro un sistema ancorato al *common law* e alla *rule of law*. Il lavoro mette in evidenza come tali differenze, pur spesso esagerate, siano progressivamente confluite, favorendo una contaminazione di idee e istituzioni che ha contribuito alla formazione del diritto pubblico europeo contemporaneo.

This paper explores the historical and comparative formation of administrative law in Europe, focusing on the divergent yet interconnected paths of France and England between the eighteenth and twentieth centuries. Through the reflections of Alexis de Tocqueville and Albert Venn Dicey, the study illustrates how contrasting historical experiences and intellectual traditions produced the perception of two distinct models: one centered on administrative law and specialized jurisdictions, the other grounded in the common law and the rule of law. The paper highlights how these differences, while often exaggerated, gradually converged over time, leading to a cross-fertilization of ideas and institutions that shaped modern European public law.

Parole chiave / Keywords: Diritto amministrativo, Comparazione giuridica, Francia, Inghilterra, Rule of law / Administrative law, Legal comparison, France, England, Rule of law.

Dieter Grimm, *La storia costituzionale e la scienza storica. La Legge fondamentale e la giurisprudenza costituzionale nella storiografia sulla Repubblica Federale Tedesca / The Constitutional History and the Study of History. The Basic Law and the Constitutional Court Ruling in the Historiography of the Federal Republic of Germany*

L'articolo analizza il modo in cui le ricostruzioni storiche di tipo generale si pongono nei confronti della Legge fondamentale e della sua applicazione. Lo sviluppo complessivamente positivo della Repubblica Federale Tedesca è generalmente attribuito ai favorevoli effetti socio-politici prodotti dalla Legge Fondamentale, al punto che si parla di "patriottismo costituzionale". Ciò nonostante, la rilevanza della costituzione e il significato che riveste la sua interpretazione, le modifiche e la giurisprudenza non vengono percepiti dagli studi di storia generale se non in maniera selettiva. La storia costituzionale se ne occupa in modo specifico, ma dispone di mezzi limitati per chiarirne gli effetti extra-giuridici. Pertanto, una storia degli effetti socio-politici della costituzione deve necessariamente essere interdisciplinare.

The article analyzes how general historical reconstructions relate to the Basic Law and its application. The overall positive development of the Federal Republic of Germany is generally attributed to the favorable socio-political effects produced by the Basic Law, to the point that we speak of "constitutional patriotism". Yet, the importance of the constitution and the significance of its interpretation, amendments, and court ruling are not perceived by studies of general history, or are perceived in a selective manner. Constitutional history deals with it specifically, but has limited means to clarify its extra-legal effects. Therefore, a history of the socio-political effects of the constitution must necessarily be interdisciplinary.

Parole chiave / Keywords: Storia costituzionale, storiografia della RFT, Legge fondamentale, modifiche costituzionali, giurisprudenza / Constitutional History, Historiography of the FRG, Basic Law, Constitutional Amendments, Court Ruling.

Michel Troper, *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et le droit naturel / The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen and Natural Law*

L'interprétation des institutions du passé est tributaire du moment politique de l'interprétation et des présupposés méthodologiques liées à des options théoriques. La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen a été interprétée selon les circonstances tantôt comme une proclamation de droit naturel sans conséquence juridique, tantôt comme la production d'une norme de valeur constitutionnelle. Ces différences tiennent pour une grande part aux circonstances (le développement du contrôle de constitutionnalité des lois), mais pour une grande part à une certaine conception du droit naturel qui n'aurait pour fonction que de servir de critère de validité du droit positif. On va tenter de montrer que la déclaration de 89 relève d'une autre conception du droit naturel, qui a une fonction différente: fournir une justification à une autorité dont le pouvoir ne découle pas d'une norme positive. Ce droit naturel là est loin d'avoir disparu des systèmes juridiques modernes.

The interpretation of past institutions depends on the political moment of interpretation and on methodological presuppositions linked to theoretical options. The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen has been interpreted, depending on the circumstances, sometimes as a proclamation of natural law without legal consequences, sometimes as the production of a standard of constitutional value. These differences are largely due to circumstances (the development of

the control of the constitutionality of laws), but largely to a certain conception of natural law which would only have the function of serving as a criterion of validity of positive law. We will attempt to show that the 1789 declaration is based on another conception of natural law, which has a different function: to provide justification for an authority whose power does not derive from a positive norm. This natural law is far from having disappeared from modern legal systems.

Parole chiave / Keywords: Droit naturel, Kelsen, droits de l'homme, évidence, arts, émotion / Natural law, Kelsen, human rights, evidence, arts, emotion.

Marcel Morabito, *Pratiques inconstitutionnelles françaises à la lumière de l'histoire / Unconstitutional French practices in the light of the history*

La Constitution de 1958 a régulièrement été l'objet d'une pratique allant au-delà du texte. De sorte que la réflexion sur les pratiques inconstitutionnelles, quoiqu'ancienne, demeure forte. S'opposent en l'espèce deux visions : une vision normativiste, pour qui la pratique ne saurait se substituer à la norme au nom d'une lecture présidentialiste, et une vision politique, pour qui les textes ne peuvent faire l'objet d'une interprétation littérale, leur sens dépendant moins de l'agencement des dispositions constitutionnelles que de la pratique qui en est faite.

Trancher sur ces différentes approches requiert de sortir du périmètre de la Ve République et de prendre le recul que seule permet une approche historique, d'autant plus opportune que l'histoire constitutionnelle de la France offre une richesse peu commune. Quelle méthode adopter pour mener à bien une analyse de ces pratiques inconstitutionnelles ? Quel constat dresser à partir de leur observation sur le temps long ? De quels moyens dispose-t-on pour les sanctionner ? C'est à ces questions qu'entreprend de répondre cet article.

The 1958 Constitution has regularly been the subject of a practice that goes beyond the text. So that the reflection on unconstitutional practices, although old, remains strong. Two visions are opposed in this case: a normativist vision, for which practice cannot replace the norm in the name of a presidentialist reading, and a political vision, for which texts cannot be the subject of a literal interpretation, their meaning depending less on the arrangement of constitutional provisions than on the practice made of them.

Deciding on these different approaches requires leaving the perimeter of the Fifth Republic and taking a step back that only a historical approach allows, all the more opportune as the constitutional history of France offers an unusual richness. What method should be adopted to carry out an analysis of these unconstitutional practices? What can be observed from their observation over the long term? What means do we have to sanction them? These are the questions that this article undertakes to answer.

Parole chiave / Keywords: Pratiques inconstitutionnelles, vision normativiste, vision présidentialiste, histoire du droit, France / Unconstitutional practices, normativist vision, presidentialist vision, legal history, France.

Giovanni Chiodi, *Una Costituente sovrana investita di tutti i poteri? Filippo Vassalli interprete della transizione democratica: appunti, osservazioni, consulenze per gli Alleati (1944-1945) / A Sovereign Constituent Invested with All Powers? Filippo Vassalli Interpreter*

of the Democratic Transition: Notes, Observations, and Legal Advice for the Allies (1944-1945)

Il saggio ricostruisce aspetti poco noti del pensiero di Filippo Vassalli in campo costituzionale, avvalendosi di materiale archivistico. Come dimostrano i documenti analizzati, l'impegno di Vassalli durante la transizione democratica fu più intenso di quanto finora accertato e si concretizzò in due importanti consulenze richieste dagli Alleati sui poteri dell'Assemblea Costituente, che si possono collocare accanto agli appunti ed alle osservazioni sui poteri del Gabinetto del governo provvisorio, ritrovati tra le sue carte. Nel complesso, emerge la figura di un giurista informato e capace di interessanti argomentazioni in difesa dei poteri della Costituente che, secondo la valutazione espressa dall'autore del saggio, ebbero un peso, insieme ad altre considerazioni, nell'orientare il governo a modificare le proprie decisioni. Si tratta, dunque, di un tassello essenziale per la ricostruzione del contributo dato dai giuristi italiani nelle travagliate vicende del 1944-1945.

The essay reconstructs little-known aspects of Filippo Vassalli's constitutional thought, drawing upon archival material. As demonstrated by the analyzed documents, Vassalli's commitment during the democratic transition was more significant than previously established, culminating in the important legal advice provided twice for the Allies on the powers of the Constituent Assembly. These opinions can be placed alongside the notes and observations on the powers of the provisional government's Cabinet, found among his papers. Overall, the essay reveals a knowledgeable jurist capable of advancing interesting arguments in defence of the powers of the Constituent Assembly. These arguments, according to the essay's author assessment, played a role, along with other considerations, in leading the government to modify its decisions. This is therefore an essential piece for reconstructing the contribution made by Italian jurists during the troubled events of 1944-1945.

Parole chiave / Keywords: Filippo Vassalli, Assemblea Costituente, Allied Control Commission, transizione costituzionale (Italia), democrazia / Filippo Vassalli, Constituent Assembly, Allied Control Commission, Constitutional Transition (Italy), Democracy.

Martin Sunnqvist, *The Swedish Instrument of Government 50 years (1975-2025). Popular Sovereignty and Separation of Powers. An overview of Swedish Constitutional History / I 50 anni dello Strumento di Governo (1975-2025). Sovranità popolare e separazione dei poteri. Una panoramica della storia costituzionale svedese*

The Swedish Constitution consists of four constitutional acts, and one of them is the Instrument of Government (*Regeringsformen*). It was enacted in 1974 and entered into force 1st January 1975. This year, it has functioned as the most important constitutional act in Sweden for 50 years.

Its name, the Instrument of Government, was used for the first time in 1634, when a constitutional act was issued to be valid during the minority of Queen Christina. It has then been followed by a series of Instruments of Government, issued in 1719, 1720, 1772 and 1809. The present Instrument of Government has undergone several changes since 1975, especially in 2011.

In the article, I provide a brief outline of the Swedish constitutional history, especially with regard to the various constitutional acts that have existed, in order to place the Instrument of Government in its historical context. My main focus, however, is the 1974 Instrument of Government and how the balance between King and Parliament according to the 1809 Instrument of Government was replaced by popular sovereignty in 1974 and how separation of powers has, again, become more im-

portant during the last decades. This development has a close connection to the re-alignment of the Swedish constitutional tradition with common European values more closely defined through the case law of the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights. Here, separation of powers is an integral part.

La Costituzione svedese è composta da quattro atti costituzionali, uno dei quali è lo Strumento di governo (Regeringsformen). È stato emanato nel 1974 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1975. Per 50 anni ha funzionato in Svezia come l'atto costituzionale più importante.

Il suo nome, Strumento di governo, fu usato per la prima volta nel 1634, quando fu emanato un atto costituzionale valido durante la minore età della regina Cristina. È stato poi seguito da una serie di Strumenti di governo, emanati nel 1719, 1720, 1772 e 1809. L'attuale Strumento di governo ha subito diversi cambiamenti dal 1975, in particolare nel 2011.

Nell'articolo, fornisco una breve panoramica della storia costituzionale svedese, in particolare per quanto riguarda i vari atti costituzionali che sono esistiti, al fine di collocare lo Strumento di governo nel suo contesto storico. Il mio obiettivo principale, tuttavia, è lo Strumento di governo del 1974 e come l'equilibrio tra Re e Parlamento, secondo lo Strumento di governo del 1809, sia stato sostituito dalla sovranità popolare nel 1974 e come la separazione dei poteri sia, ancora una volta, diventata più importante negli ultimi decenni. Questo sviluppo è strettamente collegato al riallineamento della tradizione costituzionale svedese con i valori comuni europei, definiti più da vicino attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo. In questo contesto, la separazione dei poteri ne è una parte integrante.

Parole chiave / Keywords: Sweden, Instrument of Government, Separation of Powers, Popular Sovereignty, Parliamentary System / Svezia, Strumento di governo, separazione dei poteri, sovranità popolare, sistema parlamentare.

Leone Melillo, *La Nazione libera ed armata, tra istruzione ed educazione secondo Carlo Pisacane / The free and armed Nation, between instruction and education according to Carlo Pisacane*

Pisacane crede nel "risorgimento dei popoli", che comprendono come sia facile addestrare i guerrieri e comporre gli eserciti. Gli stessi "conosceranno i pregi della moderna arte del guerreggiare", anche se "l'arte della guerra non dovrà più essere il monopolio di pochi, ma la nazione tutta dovrà esser guerriera", perché "fra lo stato di guerra e quello di pace non dovrà esservi alcuna differenza".

Un modello educativo che avverte "l'influenza dell'istruzione premilitare», per il "milite" e, quindi, per la "nazione armata", fondato sulla convinzione che "la causa per cui combatte è giusta e utile per tutti", che "gli ordini e le istituzioni militari sono state discusse ed adottate da tutta la nazione", che "i capi sono quelli, che l'esercito stesso ha giudicato i migliori" e che la "disobbedienza verrebbe universalmente disapprovata".

Pisacane believes in the "resurgence of peoples", who understand how easy it is to train warriors and compose armies. The same "will know the merits of the modern art of warfare", even if "the art of war must no longer be the monopoly of a few, but the whole nation must be a warrior", because "there must be no difference between the state of war and that of peace".

An educational model that perceives "the influence of the pre-eminent education», for the "soldier" and, therefore, for the "armed nation", founded on the conviction that "the cause for which it fights is just and useful for all", that "military orders and institutions have been discussed

and adopted by the whole nation", that "the leaders are the ones, that the army itself has judged the best" and that "disobedience would be universally disapproved".

Parole chiave / Keywords: Carlo Pisacane, nazione armata, istruzione, educazione, Risorgimento / Carlo Pisacane, armed nation, instruction, education, *Risorgimento*.

Giacomo Alberto Donati, *Agli albori della imperial presidency: trame del West, habeas corpus e poteri impliciti (1890)* / *The dawn of imperial presidency: Western plots, habeas corpus and implied powers (1890)*

È specie a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo che quella che Arthur Schlesinger chiamò «Presidenza Imperiale» in un fortunato studio degli anni '70 cominciò a farsi percepire più minacciosa: uno dei principali argomenti proposti dalle varie amministrazioni succedutesi nel periodo postbellico a sostegno di tale espansione dell'autorità esecutiva è stata la pretesa che, alla presidenza, l'ordinamento avrebbe assegnato dei poteri non esplicitamente enumerati nella Carta costituzionale. Anche dopo *Youngstown* (1952), i Presidenti hanno seguito a reclamare questo speciale privilegio ma le origini di tale presa di posizione sono ben più risalenti. In uno specifico caso giudiziario intorno alla natura dei poteri presidenziali, la Corte Suprema si divise circa l'assegnazione di doveri relativi al mantenimento dell'ordine pubblico (se essi appartenessero al Presidente o al Congresso) ma tutti i giudici riconobbero l'esistenza di poteri non esplicitamente conferiti dalla Costituzione ma impliciti alla luce di una ragionevole interpretazione del testo fondamentale. Contrariamente a quanto si ritiene correntemente, la dottrina dei poteri impliciti elaborata dalla corte in questo caso, che fa ancora oggi giurisprudenza (*In re Neagle*, 1890), può costituire un valido orientamento per la soluzione di future dispute sull'estensione dei poteri presidenziali, per contrastare vaghe e generiche rivendicazioni di autorità esecutiva e per fondare saldamente una presidenza energica ma rispettosa dell'architettura costituzionale voluta dai padri costituenti.

It was especially from the beginning of the second half of 20th century that the «Imperial Presidency», as denounced by Arthur M. Schlesinger in his acclaimed book (1973), began to raise its menacing head in more conspicuous a way: one of the foremost argument put forth by subsequent post-war administrations to foster that expansion of executive authority was the claim of powers vested in the office of the President by the Constitution without an express clause. Even after *Youngstown* (1952), the Presidents continued to assert this privilege: but the origin of such a pretension is indeed quite older. In a case about the nature of presidential powers, the Supreme Court split on the proper allocation of duties pertaining to the preservation of public order (if those duties pertain to the President or Congress) but all the justices agreed that there are powers not explicitly conferred by the Constitution to the great departments of the Union but implied in a reasonable construction of the constitutional text. Contrary to what is currently claimed, the doctrine of implied powers forged by the Court in this landmark case (*In re Neagle*, 1890) can provide valuable guidance for future disputes about the extent of presidential powers, help the fight against vague and general assertions of executive authority and firmly ground a vigorous presidency in the text of the Constitution.

Parole chiave / Keywords: Presidenza imperiale, Costituzione degli Stati Uniti, Poteri Impliciti, Corte Suprema degli Stati Uniti, Storia del diritto costituzionale, Presidente degli Stati Uniti, Poteri esecutivi / Imperial Presidency, U.S. Constitution, Implied Powers, U.S. Supreme Court, History of Constitutional Law, U.S. President, Executive Powers.

Marco Fioravanti, *Incunaboli d'Europa. Parte II: Nicola Catalano, tra Tangeri e Lussemburgo (1950-1953) / Incunabula of Europe. Part II: Nicola Catalano, between Tangier and Luxembourg (1950-1953)*

La carriera di Nicola Catalano incarna il punto di snodo tra l'amministrazione italo-marocchina della Zona Internazionale di Tangeri e le prime istituzioni europee, illustrando come la competenza giuridica abbia plasmato, e sia stata plasmata, dal governo semicoloniale e dall'integrazione europea del dopoguerra. Nato nel 1910, Catalano ha intrapreso un percorso che lo ha portato dalla laurea alla Sapienza alla carica di Procuratore dello Stato e consulente legale di enti governativi italiani, culminato a Tangeri, dove ha ricoperto il ruolo di consulente legale dell'Amministrazione Internazionale in un contesto caratterizzato dalla spinta verso l'autonomia funzionale, dominato dalla competizione franco-britannica e dall'influenza americana. La sua selezione nel 1950, nell'ambito di un concorso nazionale che coinvolgeva più candidati, rifletteva l'obiettivo strategico dell'Italia di riaffermare la propria influenza all'interno dell'amministrazione multinazionale di Tangeri, nonostante la presenza di giuristi spagnoli e di altri paesi europei. I contributi di Catalano, compreso il suo precoce intervento sui poteri del Tribunale misto e sulla supremazia dei trattati internazionali sulle leggi locali, anticiparono una logica costituzionale che trascendeva la sovranità tradizionale: egli sosteneva che, sebbene l'autorità del Tribunale fosse limitata alle funzioni interpretative e applicative, esso non poteva annullare unilateralmente le leggi nazionali e doveva deferire alla "Convenzione costituzionale" che regolava Tangeri. Egli sottolineò la gerarchia delle fonti – trattati, *Dahir* (leggi di natura costituzionale), codici e leggi ordinarie – all'interno di un sistema in cui il diritto internazionale poteva prevalere sulle leggi interne, ma in cui nessun singolo organo possedeva la supremazia costituzionale assoluta in assenza di disposizioni esplicite nei trattati. Dopo il suo trasferimento in Lussemburgo nel 1953 per contribuire alla Comunità europea del carbone e dell'acciaio, il pensiero di Catalano si è cristallizzato in una retorica di liberalizzazione economica e integrazione politica come condizioni indispensabili per una solida unità europea. I suoi scritti da Tangeri – che sostenevano lo scambio economico aperto, la democratizzazione del commercio e un approccio federativo che bilanciava gli interessi nazionali con la cooperazione continentale – anticipavano un'Europa radicata nei trasformatori transcontinentali dell'Africa: il costituzionalismo cosmopolita di Tangeri come microcosmo del futuro ordine europeo.

Nicola Catalano's career epitomizes the hinge between the Moroccan Italian administration of the Tangier International Zone and the early European institutions, illustrating how legal expertise shaped, and was shaped by, semi-colonial governance and postwar European integration. Born in 1910, Catalano's trajectory – from Sapienza graduate to State Attorney and legal advisor to Italian government bodies – coalesced in Tangier, where his role as Legal Advisor to the International Administration emerged amid a push for functional autonomy within a framework dominated by Franco-British competition and American influence. His selection in 1950, amid a national contest involving multiple candidates, reflected Italy's strategic aim to reassert influence within Tangier's multinational administration, despite the presence of Spanish and other European jurists. Catalano's contributions, including his early intervention on the powers of the Mixed Tribunal and the primacy of international treaties over local laws, anticipated a constitutional logic that transcended traditional sovereignty: he argued that while the Tribunal's authority was limited to interpretive and applicative functions, it could not unilaterally annul national laws and must defer to the "Constitution convention" governing Tangier. He underscored the hierarchical, yet contested, status of legal sources – treaties, *Dahirs* (constitutional-like laws), codes, and ordinary laws – within a system where international law could override internal statutes, but where no single body possessed absolute constitutional supremacy in the absence of explicit treaty provisions. Upon his relocation

to Luxembourg in 1953 to contribute to the European Coal and Steel Community, Catalano's thinking crystallized into a rhetoric of economic liberalization and political integration as indispensable conditions for a robust European unity. His writings from Tangier – advocating open economic exchange, the democratization of commerce, and a federative approach balancing national interests with continental cooperation – anticipated a Europe rooted in Africa's transcontinental transformers: Tangier's cosmopolitan constitutionalism as a microcosm of Europe's future order.

Parole chiave / Keywords: Nicola Catalano; Zona internazionale di Tangeri; Diritto europeo; Costituzione non scritta / Nicola Catalano; Tangier International Zone; European law; Unwritten Constitution.

Lorenzo Castellani, Gian Marco Sperelli, *Il paradigma della politica burocratica. Il caso del Segretario generale della Presidenza della Repubblica (1948-1955) / The paradigm of bureaucratic politics. The case of the Secretary General of the Presidency of the Republic (1948-1955)*

A partire dal paradigma della c.d. politica burocratica, l'articolo tenta di ricostruire, ricorrendo a fonti documentali in parte inedite, il ruolo svolto dai Segretari generali nella definizione della politica della Presidenza della Repubblica nel corso del primo settennato di Einaudi. Dall'analisi dei documenti emerge la complessità nel tratteggiare una tipizzazione del Segretario generale, in quanto tale figura non rappresenta soltanto il vertice dell'amministrazione della Presidenza della Repubblica, ma una sorta di vero e proprio consigliere giuridico-politico in grado di coadiuvare il Capo dello Stato nella risoluzione delle più delicate questioni politiche.

Starting from the paradigm of the so-called bureaucratic policy, the article attempts to reconstruct, by resorting to partly unpublished documentary sources, the role played by the Secretaries General in shaping the policy of the Presidency of the Republic during Einaudi's term. From the analysis of the documents emerges the complexity in drawing a characterization of the Secretary General, as this figure represents not only the top of the administration of the Presidency of the Republic, but a kind of real legal-political adviser capable of assisting the Head of State in the resolution of the most critical political issues.

Parole chiave / Keywords: politica burocratica; Presidenza della Repubblica; Segretario generale; Ferdinando Carbone; Nicola Picella / bureaucratic policy; Presidency of the Republic; Secretary General; Ferdinando Carbone; Nicola Picella.

Giulio Stolfi, *La dissolvenza dell'Alta Corte per la Regione siciliana (1946-1957): un (altro) caso di spontaneità costituzionale? / The waning of the High Court for Sicily (1946-1957): a case of constitutional spontaneity?*

L'articolo ricostruisce la vicenda che condusse al venir meno dell'Alta Corte per la Regione siciliana, prendendo in considerazione l'eredità che su di essa hanno avuto le singolarità istituzionali della storia isolana e ripercorrendo il vivace dibattito politico e dottrinale che si sviluppò, nella fase costituente repubblicana, intorno al problema delle sorti dell'Alta Corte. Il discorso è condotto alla

luce di una ipotesi di lavoro che ruota intorno alla costante centralità della dimensione fattuale nel diritto, anche in un quadro di fonti rigido e in un contesto costituzionale pienamente moderno.

The article purports to examine the process of fading out of the High Court for Sicily (*Alta Corte per la Regione siciliana*), taking into account the significant legacy of the unique institutional history of the island and retracing the lively legal debate (both at a political and scholarly level) that took place, during the Italian republican constituent phase, around the possible fate of the High Court vis-à-vis the new constitutional system. The main assumptions revolve around a working hypothesis centered around the appreciation of the continuing importance of “factualness” as an ineradicable dimension of law, even in a rigid, normativistic legal framework and in the context of advanced modern constitutionalism.

Parole chiave / Keywords: Alta Corte per la Regione siciliana; spontaneità costituzionale; giustizia costituzionale; Assemblea costituente; realismo/normativismo; fattualità del diritto / High Court for Sicily; constitutional spontaneity; judicial review; Constituent Assembly of Italy; legal realism/normativism; legal relevance of fact.

Giuseppe Mecca, «Dare concretezza alla Costituzione». 1971: *il diritto all'assistenza attraverso un'indagine conoscitiva del Parlamento italiano*/ «Giving substance to the Constitution». 1971: *The Right to Assistance through parliamentary Hearings in Italy*

L'articolo prende in esame l'indagine conoscitiva promossa nel 1971 dalla II Commissione Affari Interni della Camera dei deputati con oggetto lo stato dell'assistenza pubblica e privata in Italia. L'iniziativa si colloca nel più ampio contesto delle riforme del *welfare* degli anni Settanta e rappresenta un passaggio significativo nel processo di concretizzazione del diritto all'assistenza sancito dall'articolo 38 della Costituzione. Attraverso l'analisi dei resoconti delle audizioni parlamentari e dei dati raccolti, questa ricerca fotografa le carenze strutturali del sistema assistenziale italiano – frammentazione normativa, centralizzazione decisionale, logiche caritative – e al tempo stesso le spinte verso un modello più inclusivo, territoriale e orientato ai diritti. L'indagine, sebbene rimasta incompiuta, costituisce una tappa cruciale nella storia dell'assistenza in Italia, contribuendo a delineare un percorso di riforma fondato sulla dignità della persona, l'uguaglianza sostanziale e la partecipazione democratica.

This article examines the parliamentary hearings initiated in 1971 by the Second Committee on Internal Affairs of the Italian Chamber of Deputies, which focused on the state of public and private assistance in Italy. Set within the broader framework of the 1970s welfare reforms, the initiative represents a significant step in giving concrete effect to the right to assistance enshrined in Article 38 of the Constitution. Drawing on parliamentary hearing records and collected data, the study highlights the structural shortcomings of the Italian assistance system, such as legal fragmentation, centralised decision-making and charitable logics, while also shedding light on the shift towards a more inclusive, community-based and rights-oriented model. Although the inquiry was never completed, it represents a crucial stage in the evolution of assistance in Italy, contributing to the definition of a reform path grounded in human dignity, substantive equality, and democratic participation.

Parole chiave / Keywords: Assistenza, Costituzione italiana, Indagine parlamentare, Riforme sociali / Social Assistance, Italian Constitution, Parliamentary hearings, Social Reforms.

Nel prossimo numero / In the next issue

N. 51, I semestre / 1st semester, 2026

Il 'governo forte'. Costruzione e legittimazione del potere esecutivo
nel Novecento / *The 'strong government'. Building and legitimizing
executive power in the twentieth century*

Contributi di / Articles by: CRISTINA BON, RONALD CAR, IGNACIO FERNANDEZ SARASOLA,
MARCO FIORAVANTI, MASSIMILIANO GREGORIO, LUIGI LACCHÈ, SARA LAGI, GABRIELE MAESTRI,
DAG MICHALSEN, MARCO OLIVETTI, EMILIEN QUINART, DIEDERICK SLIJKERMANN

Library of the Journal of Constitutional History / **Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale**

Series directed by / Collana diretta da: Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits de Sieyès e la critica di Bentham, con testi originali a fronte, a cura di / edited by Giovanni Ruocco, 2009

Lucien Jaume, *Che cos'è lo spirito europeo?*, 2010

Maurizio Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, 2010

Simona Gregori, *L'enfance de la Science du Gouvernement. Filosofia, politica e istituzioni nel pensiero dell'abbé de Saint-Pierre*, 2010

Ronald Car, *"Un nuovo Vangelo per i tedeschi". Dittatura del Cancelliere e Stato popolare nel dibattito costituzionale tedesco del secondo Ottocento*, 2011

Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di / edited by Giacomo Pace Gravina, 2011

Michele Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, 2013

Luca Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, 2014

Andrea Marchili, *Genealogia della comunità. Amor di sé e legame sociale in Rousseau*, 2014

Paolo Colombo, *Emmanuel Sieyès: le idee, le istituzioni*, con in appendice l'opera di Antoine Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII*, 1836, 2015

Michael Stolleis, *Introduzione alla storia del diritto pubblico in Germania (XVI-XXI sec.)*, traduzione di Paolo Scotini, 2017

Giuseppe Mecca, *Il governo rappresentativo. Cultura politica, sfera pubblica e diritto costituzionale nell'Italia del XIX secolo*, 2019

Eleonora Cappuccilli, *La critica impreveduta. Politica, teologia e patriarcato in Mary Astell*, 2020

Romano Ferrari Zumbini, Giulio Stolfi, Lorenzo Carmineo, *Senato segreto*, 2021

Gabriel Faustino Santos, *The Invention of the Mandado de segurança. Protecting rights and (re)building the state in the Vargas Era (Brazil 1934-1945)*, 2023

Ulrike Müßig, *Legal thinking between Art and Mathematics*, 2024

Gabriele Magrin, *Dispotismo democratico e autocoscienza della rivoluzione. Percorsi di ricerca*, 2024

Demands and informations / Per richieste ed informazioni:

eum edizioni università di macerata

T (39) 07332586080 - info.ceum@unimc.it <http://eum.unimc.it>

INDICAZIONI REDAZIONALI PER GLI AUTORI

1. La redazione accetta articoli nelle principali lingue di comunicazione scientifica.
2. Gli articoli vanno elaborati in formato digitale (file .doc o .rtf), contenendone la lunghezza entro le 60.000 battute (spazi inclusi). Possono essere recapitati all'indirizzo di posta elettronica giornalecostituzionale@unimc.it oppure registrati su supporto elettronico (Cd-Rom) e inviati per posta ordinaria all'indirizzo della Redazione: Giornale di Storia costituzionale, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italia.
3. Ogni articolo deve essere corredato da:
 - titolo, eventuale sottotitolo, nome e cognome dell'autore, titolo accademico, denominazione e indirizzo dell'ente, recapito di posta elettronica;
 - un abstract (non più di 2.500 battute) e da 5 parole-chiave, redatti sia nella lingua del contributo che in lingua inglese.
4. L'eventuale materiale iconografico va consegnato in file separati, nominati in modo da indicarne la sequenza. Le immagini (formato .tiff o .jpeg) dovranno avere una risoluzione di almeno 300 dpi e una larghezza alla base di almeno 70mm; grafici e tabelle dovranno essere consegnati nel formato originale di elaborazione, con una larghezza non superiore ai 133mm. In un apposito file di testo vanno invece riportate le didascalie relative a ciascuna immagine, tabella o grafico.

NORME EDITORIALI

TITOLI. Evitare l'uso del maiuscolo o del maiuscoletto. I titoli dei contributi e degli abstracts vanno riportati anche in inglese. I titoli di paragrafi e sottoparagrafi debbono essere numerati, con numerazione progressiva in cifre arabe. Il punto finale non va messo in nessun caso.

REDAZIONE DEL TESTO. La formattazione del testo deve essere minima. Si richiede soltanto che siano riconoscibili gli elementi che compongono il contributo: il titolo, i titoli dei paragrafi e dei sottoparagrafi, il corpo del testo, le citazioni, le note e la collocazione degli eventuali materiali di corredo (immagini, grafici e tabelle). Vanno evitate tutte le istruzioni/impostazioni 'superflue' ai fini della comprensione dei contenuti, che pure rendono meno agevole il trattamento del file. Da evitare la formattazione automatica, la giustificazione, l'uso degli elenchi numerati (o puntati) da programma, l'utilizzo del trattino e del tasto invio per la sillabazione. Evitare anche la sillabazione automatica; è sufficiente allineare il testo a sinistra. Usare il ritorno a capo (tasto invio) solo per chiudere il paragrafo. Rispettare la funzione e la gerarchia delle virgolette; limitare l'uso dei corsivi e, se possibile, evitare quello dei grassetto e dei sottolineati.

Si scelga font comuni (arial, times, verdana) e si segnali – in una nota per la redazione – l'eventuale utilizzo di caratteri speciali. Per ulteriori indicazioni si veda di seguito.

CITAZIONI. Le citazioni lunghe (superiori a 3-4 righe) vanno staccate dal testo (precedute e seguite da uno spazio), senza essere racchiuse da virgolette, composte in corpo minore e sempre in tondo.

Le citazioni brevi vanno incorporate nel testo e poste fra virgolette basse (o caporali) « »; eventuali citazioni interne alla citazione vanno poste fra virgolette doppie alte " ", sempre in tondo.

NOTE. Le note al testo sono destinate essenzialmente a mero rinvio bibliografico e a fini esplicativi. Si raccomanda di contenere al massimo il numero delle note. In ogni caso, le battute relative alle note (spazi inclusi) non devono superare il terzo delle battute complessive del testo (nel caso di un testo standard di 60.000, spazi inclusi, le note non dovranno superare le 20.000 battute).

Il rimando alle note, all'interno del testo, va elaborato automaticamente e va collocato prima della punteggiatura (salvo i casi dei punti esclamativo, interrogativo e di sospensione). Anche se si tratta di note di chiusura (e non a piè di pagina), i riferimenti nel testo non vanno in nessun caso creati assegnando l'apice a un numero posto manualmente, ma solo utilizzando l'apposita funzione del programma di video scrittura (che automaticamente genera il numero e colloca il testo di nota; in Word, dal menù Inserisci > riferimento). Il punto chiude sempre il testo delle note.

INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE. I dati bibliografici di un'opera citata vanno in nota.

Nella prima citazione debbono essere completi dei seguenti elementi, nell'ordine indicato.

- se si tratta di un **opera compiuta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore (con solo le iniziali in maiuscolo e mai in maiuscoletto); titolo in corsivo; luogo; editore; anno (in apice, l'eventuale segnalazione del numero dell'edizione citata). Tutti questi elementi saranno separati l'uno dall'altro mediante virgole. Sempre mediante la virgola, vanno se-

parati i nomi degli autori in un'opera a più mani. Nel caso in cui l'autore abbia un nome doppio, le iniziali vanno indicate senza lo spazio separatore. L'a cura di va riportato (tra parentesi tonde) nella lingua di edizione del testo, subito dopo il nome del curatore e con la virgola solo dopo la parentesi di chiusura. Se viene indicata una parte della pubblicazione, va aggiunta la pagina (o le pagine) di riferimento. Qualora si tratti di un'opera in più volumi, l'indicazione del volume (preceduta da 'vol.') va anteposta ai numeri di pagina. Esempi:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.

L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.

A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.

AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– se si tratta di un'**opera tradotta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore; titolo originale dell'opera in corsivo; anno di pubblicazione tra parentesi tonde, seguito dal 'punto e virgola'; l'abbreviazione che introduce il titolo della traduzione 'tr. it.' (o 'tr. fr.', 'tr. es.' etc.); titolo della traduzione in corsivo; luogo; editore; anno. Esempi:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); tr. it. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.

J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– se si tratta di un **contributo che compare in un volume miscelaneo**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore del contributo; titolo del contributo in corsivo; nome (puntato) e cognome del curatore/autore del volume, preceduto da 'in' ed eventualmente seguito da (a cura di); titolo del volume in corsivo; luogo; editore; anno; paginazione del contributo. Esempi:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.

O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– se si tratta di un **contributo che compare in una pubblicazione periodica**: nome dell'autore e titolo dell'articolo (riportati come in tutti gli altri casi); testata del periodico tra virgolette caporali preceduta da 'in'; (ove presenti) indicazione dell'annata (in numeri romani) e numero del fascicolo preceduto da 'n.' (e non da n°, N., num. etc.); anno di pubblicazione; numero pagina/e. Nel caso di citazione da un quotidiano, dopo il titolo della testata si metta la data per esteso. Nel caso si faccia riferimento ad articoli pubblicati in riviste online, si dovrà fornire l'indirizzo esatto del testo (o, in alternativa, della pagina principale del sito che lo rende disponibile) e la data di consultazione. Esempi:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.

A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.

S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.

G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <<http://federalismi.it>>, settembre 2010.

I dati bibliografici dovranno essere completi solo per il primo rimando; per i successivi si procederà indicando solo il cognome dell'autore/curatore; il titolo (o una parte) in corsivo e seguito dall'abbreviazione 'cit.' o 'tr. cit.' (nel caso di opere tradotte); l'indicativo delle pagine. Di seguito gli esempi per le diverse tipologie di:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.

Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.

King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.

Benjamin, *Über den Begriff* tr. cit., pp. 15-20, 23.

Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.

Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 ss.

Doria, *House of Lords* cit.

Nel caso si rimandi alla stessa opera e alla stessa pagina (o pagine) citate nella nota precedente si può usare 'Ibidem' (in corsivo), senza ripetere nessuno degli altri dati; se invece si rimanda alla stessa opera citata nella nota precedente, ma a un diverso numero di pagina, si usi 'Ivi', seguito dal numero di pagina.

ULTERIORI INDICAZIONI PER LA REDAZIONE DEL TESTO

RIMANDI INTERNI AL VOLUME. Non debbono mai riferirsi a numeri di pagina; si può invece rimandare a sezioni di testo, interi contributi e paragrafi o immagini (opportunamente numerati).

PAGINAZIONE. Nei riferimenti bibliografici, il richiamo al numero o ai numeri di pagina deve essere sempre preceduto (rispettivamente) da p. o pp. e riportato per intero; quindi, ad es., pp. 125-129 e non pp. 125-9. Qualora non si tratti di pagine consecutive, i numeri vanno separati dalle virgole; per es. pp. 125, 128, 315. Per indicare anche la pagina seguente o le pagine seguenti si utilizzi rispettivamente s. o ss. (quindi senza 'e' precedente) e non sgg., seg. o formule analoghe.

DATE. Riportando le date, l'autore può adottare il criterio che ritiene più adeguato, purché rispetti rigorosamente l'uniformità interna all'articolo. Nel caso vengano utilizzate forme abbreviate, il segno per l'elisione è l'apostrofo e non la virgoletta alta di apertura (per es. '48 e non ^48).

SIGLE E ACRONIMI. Le sigle devono sempre comparire senza punti tra le lettere e, la prima volta in cui sono citate, vanno fatte seguite dalla dicitura per esteso e dall'eventuale traduzione tra parentesi. Non occorre l'esplicitazione delle sigle di uso comune (come USA, NATO, ONU, UE, etc.).

PUNTI DI SOSPENSIONE O ELISIONE. Sono sempre 3, quindi non si rendono digitando tre volte il punto sulla tastiera ma inserendo l'apposito simbolo. Quando indicano sospensione – come ogni segno di punteggiatura – vanno staccati dalla parola che segue e attaccati alla parola che li precede (ad esempio ... *non mi ricordo più*...). Non richiedono il punto finale. Quando indicano elisione, quindi un taglio o una lacuna nel testo, il simbolo viene incluso tra parentesi quadre, in questo modo [...].

TRATTINI. Il trattino medio viene usato, seguito e preceduto da spazio, per aprire e chiudere gli incisi. Quando il trattino di chiusura dell'inciso coincide con la chiusura della frase, si omette e si inserisce solo il punto fermo. Ad es. ... *testo – inciso che chiude anche la frase.*

Il trattino breve si usa solo per i termini composti formati da parole intere (ad es. centro-sinistra) e per unire due quantità numeriche (ad es. pp. 125-148); sempre senza spazi prima e dopo.

VIRGOLETTE. Le virgolette basse « » (caporali) si usano per indicare il discorso diretto, le citazioni brevi e, nei riferimenti bibliografici, per i titoli delle pubblicazioni periodiche. Le virgolette alte " ", invece, per le parole di uso comune a cui si vuole dare particolare enfasi (o assunte prescindendo dal loro significato abituale). Inoltre, nelle citazioni di titoli di quotidiani, periodici, riviste oppure di capitoli e sezioni di paragrafi di un libro (ad es. ... come indicato nel paragrafo "La Germania assassinata" della *Storia dell'età moderna*...). Infine, quando è necessario fare uso delle virgolette all'interno di un discorso già tra caporali. La gerarchia è la seguente: «... "..."...»...». I segni di punteggiatura (salvo il punto esclamativo o interrogativo quando fanno parte della citazione) vanno sempre posposti alla chiusura delle virgolette.

RIMANDI AL WEB. Quando si fa riferimento a contenuti online, bisogna sempre indicare in maniera completa l'indirizzo (compreso il protocollo <http://> o <ftp://> etc.; possibilmente senza spezzarlo) e racchiuderlo tra i segni minore e maggiore; va indicata sempre anche la data di consultazione o di verifica (dell'indirizzo). Altro dato indispensabile è il titolo (o nome) del sito/pagina o una breve descrizione dei contenuti che si troveranno all'indirizzo riportato. Quindi, ad esempio, un riferimento corretto può essere così formulato: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <<http://eum.unimc.it/novita>>, giugno 2010.

CODICE ETICO

DOVERI DEI DIRETTORI E DEI REDATTORI

I principi etici su cui si basano i doveri dei Direttori e dei Redattori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

I Direttori e Redattori del *Giornale* decidono quali articoli pubblicare fra quelli sottoposti alla redazione. Nella scelta sono guidati dalle politiche stabilite dal Comitato Internazionale del *Giornale* e sono tenuti al rispetto delle norme vigenti.

Essi tendono fattivamente al miglioramento della qualità scientifica del *Giornale*.

Direttori e Redattori valutano i manoscritti sulla base del loro contenuto intellettuale senza tener conto di razza, sesso, orientamento sessuale, fede religiosa, origine etnica, cittadinanza, o orientamento politico dell'autore.

I Direttori e i membri della redazione non devono rivelare alcuna informazione concernente un manoscritto sottoposto alla redazione a nessun'altra persona diversa dall'autore, dal referee, dal referee potenziale, dai consiglieri di redazione, dall'editore.

Il materiale non pubblicato contenuto in un manoscritto non deve essere usato nella ricerca di uno dei Direttori o Redattori senza l'espresso consenso scritto dell'autore.

DOVERI DEI REFEREES

I principi etici su cui si basano i doveri dei Referees del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a <http://www.njcmindia.org/home/about/22>.

Il referaggio dei pari assiste i Direttori e i Redattori nel compiere le scelte redazionali e attraverso la comunicazione redazionale con gli autori può anche aiutare gli autori a migliorare l'articolo.

Ogni referee scelto che si senta inadeguato a esaminare la ricerca riportata in un manoscritto o che sappia che gli sarà impossibile esaminarlo prontamente deve comunicarlo ai Direttori del *Giornale* e esentare se stesso dal processo di esame.

Ogni manoscritto ricevuto e da sottoporre a valutazione deve essere trattato come documento confidenziale. Esso non deve essere mostrato o discusso con altri eccetto quelli autorizzati dai Direttori e Redattori.

L'esame del manoscritto deve essere condotto in maniera obiettiva. Critiche personali concernenti l'autore sono inappropriate. I referees devono esprimere i loro pareri chiaramente con argomenti a loro supporto.

I referees devono individuare lavori rilevanti pubblicati che non sono stati menzionati dall'autore. Affermare che osservazioni, deduzioni, o tesi siano state precedentemente già sostenute deve essere accompagnato dalla citazione pertinente. I referees devono anche portare all'attenzione dei Direttori e Redattori ogni somiglianza sostanziale o sovrapposibilità tra il manoscritto sotto esame e ogni altro paper pubblicato di cui essi abbiano conoscenza personale.

Informazioni privilegiate o idee ottenute attraverso il referaggio devono essere considerate confidenziali e non usate a vantaggio personale. I referees non dovrebbero accettare di esaminare manoscritti che possano far nascere conflitti di interesse risultanti da relazioni o rapporti competitivi o collaborativi o di altra natura con gli autori, le società o le istituzioni connesse con il paper.

DOVERI DEGLI AUTORI

I principi etici su cui si basano i doveri degli Autori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Gli autori di manoscritti che riferiscono i risultati di ricerche originali devono dare un resoconto accurato del metodo seguito e dei risultati ottenuti e devono discuterne obiettivamente il significato e valore. I dati sottostanti la ricerca devono essere riferiti accuratamente nell'articolo. Questo deve contenere sufficienti riferimenti tali da permettere ad altri di ripercorrere la ricerca eseguita. Affermazioni fraudolente o scientemente inaccurate costituiscono comportamento non etico e sono inaccettabili.

Gli autori devono assicurare di aver scritto lavori interamente originali, e se gli autori hanno usato il lavoro e/o le parole di altri ciò deve essere citato in modo appropriato.

Di norma, gli autori non pubblicano manoscritti che presentano la stessa ricerca in più di un periodico o pubblicazione primaria.

Deve sempre essere dato riconoscimento appropriato del lavoro degli altri. Gli autori devono citare le pubblicazioni che hanno influito nel determinare la natura del lavoro da essi svolto.

La paternità di un manoscritto deve essere limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo alla concezione, pianificazione, esecuzione o interpretazione dello studio riportato. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo dovrebbero essere elencati come co-autori. Nel caso in cui ci siano altri che hanno partecipato in alcuni aspetti sostanziali del progetto di ricerca, essi dovrebbero essere menzionati o elencati come contributori.

L'autore con cui è in contatto il *Giornale* dovrebbe assicurarsi che tutti i co-autori siano inclusi nell'articolo, e che tutti i co-autori abbiano visto ed approvato la versione finale del contributo e siano d'accordo a sottoporlo al *Giornale* per la sua pubblicazione.

Quando un autore scopre un errore significativo o una inesattezza nel proprio articolo pubblicato, ha l'obbligo di notificarlo prontamente ai Direttori, Redattori o Editori del *Giornale* e di cooperare con i Direttori per ritrattare o correggere l'errore.

BOARD OF EDITORS OF THE GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE / JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY

STYLE SHEET FOR THE AUTHORS

1. The editorial staff accepts articles in the main European languages.
2. The articles must have an electronic format (a '.doc' file or a '.rtf' file) and should not exceed 60,000 characters (including spaces). They can be sent to the following email address giornalestoriacostituzionale@unimc.it or copied onto a CD or a DVD and sent to the postal address of the Board of Editors: *Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History*, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italy.
3. Every article must include:
 - title, eventual subtitle, name and surname of the author, her / his academic title, name and address of the institution to which she / he belongs, email address;
 - abstract (no longer than 2,500 characters) and 5 keywords, written both in the language of the article and in English.
4. The eventual iconographic material should be sent in separate files named in such a way as to indicate their sequence. Images ('.tiff' or '.jpeg' format) should have a definition of, at least, 300 dpi and a width at their base of, at least, 70 mm; graphs and tables should be sent in their original format with a width no larger than 133 mm. The captions relating to every image, table or graph have to be inserted in a separate text file.

EDITORIAL RULES

TITLES. The use of capital letters or small capital letters is to be avoided. The titles of articles and abstracts are to be written in English as well. Subheadings and sub-subheadings must be numbered with progressive Arabic numerals. Please avoid to put a full stop at the end.

MANUSCRIPT PREPARATION. The manuscript must have basic stylistic features. The editors only require the recognisability of the elements of which the contribution is made up: the title, the subheadings and sub-subheadings, the body of the text, the quotations, the endnotes and the position of the eventual explicative material (images, graphs, tables). All the layout that is not necessary for the comprehension of the content must be avoided, in that it makes less easy file processing. Automatic text formatting, justifying lines, using numbered (or bullet) lists provided by a programme, using the hyphen or striking the enter key in order to divide words into syllables must be avoided. Automatic division into syllables must be avoided as well; it is sufficient to justify the left margin. Use the enter key only in order to end a section. Respect the function and the hierarchy of inverted commas (") and quotation marks (« »); limit the use of italics and, if possible, avoid the use of bold type or underlined parts.

Choose common fonts (Arial, Times, Verdana) and indicate – in a note for the editorial board – the eventual use of special type. For further instructions see below.

QUOTATIONS. Lengthy quotations (more than 3 or 4 lines) must be separated from the body of the text (preceded and followed by a blank line), should not be in inverted commas or quotation marks, should be written with types of a smaller size and never in italics.

Short quotations should be incorporated in the text body and put in quotation marks « »; eventual quotations which are within a quotation must be put in inverted commas " ", and never in italics.

ENDNOTES. Endnotes are essentially destined to mere bibliographical reference and to explicative purposes. We recommend limiting the number of endnotes. In any case, the number of characters (including spaces) of the endnotes should not exceed a third of the total number of characters of the text (therefore in a standard text of 60,000 characters, including spaces, endnotes should not exceed 20,000 characters, including spaces).

Note numbers in the text should be automatically created, should precede a punctuation mark (except in the cases of exclamation and question marks and of suspension points) and be superscripted without parentheses.

Even if it is a question of endnotes (and not footnotes), note numbers in the text should never be created superscripting numbers manually, but always using the specific automatic function of the writing programme (for example in Word for Windows 2003 in the menu Insert > Reference). A full stop always ends the text in the notes.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES. Bibliographical information of a quoted work belongs in the notes.

In the first quotation of the work, complete data must be indicated, that is the below-mentioned elements following the order here established.

- if it is a **monograph**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title in italic type; place of publication; publishers; year

of publication (eventual indication of the quoted edition superscripted). All these elements must be separated from one another by a comma. A comma must also separate the name of the authors, if a work has been written by more than one person. In the case in which the author has a double name, the initials should not be separated by a space. 'Edited by' must be written between parentheses in the language in which the quoted text is written, immediately after the name of the editor and the comma must be inserted only after the last parenthesis. If only a part of the work is quoted, the relative page (or pages) must be added. If it is a work of more than one volume, the indication of the number of the volume (preceded by 'vol.') must be given and it should be placed before the numbers of the pages. Examples:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.

L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.

A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.

AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

- if it is a **translated work**: initial of the name (in capital letter) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letter and never in small capital letters); original title of the work in italic type; year of publication between parentheses, followed by a semicolon; the following abbreviations: It. tr. or Fr. tr. or Sp. tr. etc. (which precede and introduce the title of the translation); title of the translation in italic type; place of publication; publishers; year of publication. Examples:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); It. tr. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.

J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); It. tr. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

- if it is an **article published in a miscellaneous work**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the editor / author of the volume (with only the initial in capital letters and never in small capital letters) preceded by 'in' and eventually followed by ('edited by'); title of the volume in italic type; place of publication; publishers; year of publication; pages of the articles. Examples:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.

O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

- if it is an **article which appeared in a periodical**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; name of the periodical in quotation marks (« ») preceded by 'in'; number of the volume of the periodical (if present) written in Roman numerals; number of the issue preceded by 'n.' (not by n°., N., num. etc.); year of publication; page number(s). In the case of quotation from a newspaper, after the name of the newspaper indicate the complete date. In the case of reference to articles published in online periodicals, the exact 'http' address of the text must be given, or alternatively, of the main page of the website which publishes it. Examples:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.

A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.

S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.

G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <<http://federalismi.it>>, settembre 2010.

Bibliographical data must be complete only for the first quotation: the following quotations are shortened, indicating only the surname of the author / editor; the title (or part of it) in italic type followed by the abbreviation 'cit.' or 'cit. tr.' (in the case of translated works); the number of pages. Here we give some examples for the different typologies of works:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.

Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.

King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.

Benjamin, *Über den Begriff* cit. tr., pp. 15-20, 23.

Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.

Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 and following pages.

Doria, *House of Lords* cit.

In the case of reference to the same work and the same page (or pages) quoted in the preceding endnote '*Ibidem*' (in italic type) can be used, without repeating any of the other data; if instead reference is made to the same work quoted in the preceding endnote, but to a different page, '*Ivi*' can be used followed by the page number.

FURTHER INSTRUCTION FOR THE PREPARATION OF THE MANUSCRIPT

REFERENCES WITHIN THE ISSUE. They should never refer to page numbers; instead sections of the text, full articles and paragraphs or images (opportunistically numbered) can be referred to.

PAGES. In bibliographical references, referring to the number or the numbers of the pages must always be preceded by (respectively) 'p.' or 'pp.' and reported entirely; therefore, for example, 'pp. 125-129' and not 'pp. 125-9'. In the case in which it is a question of non consecutive pages, numbers must be separated by commas: for example: 'pp. 125, 128, 315.' in order to indicate the following page or pages, as well please use 'f.' or 'ff.' respectively (hence without the preceding 'and').

DATES. Reporting dates, the author can adopt the criterion which he believes to be the most adequate, as long as he rigorously respects the internal uniformity of the article. In the case where abbreviated forms are used, please use the preceding apostrophe and not the single inverted comma (for examples '48 and not '48).

ABBREVIATIONS AND ACRONYMS. Abbreviations must always be without the dot between the letters and, the first time they are quoted, they must be followed by the full name and by the eventual translation in brackets. It is not necessary to explain common use abbreviations (like USA, NATO, ONU, UE, etc.).

SUSPENSION POINTS. Are always three in number, therefore they should not be inserted in the text writing three full stops, rather inserting its symbol. When they indicate suspension – as every punctuation mark – they should be separated by a space from the following word and attached to the word that precedes them (for example: ... *I do not remember any more...*). They do not require the final full stop.

When they indicate elision, therefore a cut or a gap in the text, the symbol must be included in square brackets, like this [...].

DASHES AND HYPHENS. The dash is used, followed or preceded by a space, in order to open and close an incidental sentence. When the dash that closes the incidental sentence coincides with the closing of the whole sentence, it is omitted and only a full stop is inserted. Eg.: ...*text – incidental sentence that closes also the whole sentence.* The hyphen is used only for compound words formed by entire words (eg.: tree-house) and in order to unite two numerical quantities (eg.: pp. 125-148); always without spaces before and after.

QUOTATION MARKS AND INVERTED COMMAS. Quotation marks « » are used in order to indicate direct speech, short quotations, and, in bibliographical references, for the titles of the periodicals. The inverted commas " ", instead are used for words of common use to which the author would like to give a particular emphasis (or which are used regardless of their habitual meaning). Moreover, in the quotation of titles of newspapers, periodicals, magazines or chapters or sections of paragraphs of a book (eg.: ... as indicated in the paragraph "La Germania assassinata" of the *Storia dell'età moderna...*). Finally, when it is necessary to use inverted commas within a sentence which is already in quotation marks. The hierarchy is the following: «... "... '...' ..." ...». Punctuation marks (except the exclamation or the question mark when they are part of the quotation) should always be placed after the closing quotation marks or inverted commas.

WEB REFERENCE. When referring to online contents, the complete address (including the protocol 'http://' or 'ftp://' etc. possibly without breaking it) must be indicated and must be included between the signs < >; the date of consultation or verification of the address should always be indicated. Another essential element is the title (or name) of the website / page or a brief description of the contents that could be found at the quoted address. Therefore, for example, a correct reference can be formulated as follows: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <<http://eum.unimc.it/novità>>, June 2010.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

DUTIES OF EDITORS

Our ethic statements concerning the duties of the editors of the *Journal of Constitutional History* are based on COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

The editors of the *Journal* are responsible for deciding which of the articles submitted to the *Journal* should be published. They are guided by the policies of the *Journal's* International Board and constrained by the laws in force. They actively work to improve the quality of their *Journal*.

The editors evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political orientation of the authors.

The editors and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher.

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in an editor's own research without the express written consent of the author.

DUTIES OF REVIEWERS

Our ethic statements concerning the duties of reviewers are based on <http://www.njcmindia.org/home/about/22>.

Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.

Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others except as authorized by the editor.

Reviews should be conducted objectively. Personal criticism of the author is inappropriate. Referees should express their views clearly with supporting arguments.

Reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. Any statement that an observation, derivation, or argument had been previously reported should be accompanied by the relevant citation. A reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.

Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts which can give birth to conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

DUTIES OF AUTHORS

Our ethic statements concerning the duties of authors are based on http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the article. This should contain

sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behaviour and are unacceptable.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted.

Usually, authors should not publish manuscripts presenting the same research in more than one *journal* or primary publication.

Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work.

Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors.

The corresponding author should ensure that all co-authors are included on the article, and that all co-authors have seen and approved the final version of the article and have agreed to its submission to the *Journal* for its publication.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the *Journal* editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.

Ulrike Müßig

Legal Thinking between Art and Mathematics



eum

biblioteca Giornale di Storia costituzionale





Gabriele Magrin

**Dispotismo democratico
e autocoscienza
della rivoluzione.
Percorsi di ricerca**



Angela De Benedictis

“Crimen laesae maiestatis” e resistenza lecita

**Un problema e il ‘classico’ studio di Mario
Sbriccoli da riprendere e approfondire**

CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI

SAN GINESIO (MC)

Diego Panizza

**Diritto, politica, religione
nel pensiero di Alberico Gentili**

Saggi e interventi 1969-2014

a cura di Luca Scuccimarra



eum edizioni università di macerata

Quaderno di storia del penale e della giustizia

6 / 2024



La violenza

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena

