

SARA LAGI

LA «RIVOLUZIONE MODERATA»:
L'AMERICA NEL PENSIERO GIUSPOLITICO
DI GEORG JELLINEK

ESTRATTO

da

(IL) PENSIERO POLITICO

Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali

2008/2 (maggio-agosto) ~ a. 41



Leo S. Olschki Editore
Firenze

IL PENSIERO POLITICO

Rivista di Storia
delle Idee
Politiche e Sociali

Fondata da
Mario Delle Piane, Luigi Firpo,
Salvo Mastellone, Nicola Matteucci

2008
Anno XLI, n. 2



Leo S. Olschki
Firenze

IL PENSIERO POLITICO

RIVISTA DI STORIA DELLE IDEE POLITICHE E SOCIALI

COMITATO DIRETTIVO: S. Amato, A. Andreatta, A.E. Baldini, L. Campos Boralevi, C. Carini, D. Cofrancesco, A. Colombo, V.I. Comparato, M. d'Addio, R. Gherardi, A. Lazarino del Grosso, S. Mastellone, G. Negrelli, M.T. Pichetto, D. Quaglioni, S. Testoni Binetti, C. Vasoli

DIRETTORE: V.I. Comparato

REDAZIONE: C. Carini (*Redattore capo*), G. Pellegrini, F. Proietti, R. Lupi

ANNO XLI - N. 2 (maggio-agosto)

A. CATANZARO	<i>Erasmus e i Moralia politici di Plutarco: dall'incontro fortuito ad un rapporto stretto e continuato</i>	pag.	149
M. OLIVIERI	<i>Anti-Senatica. Bentham e il sistema politico e istituzionale degli Stati Uniti.</i>	»	169
S. LAGI	<i>La "rivoluzione moderata": l'America nel pensiero giuspolitico di Georg Jellinek</i>	»	189
P. CHIANTERA STUTTE	<i>Eroe rivoluzionario o condottiero fedele alla Monarchia? Interpretazioni di Garibaldi durante il fascismo.</i>	»	205

Note e discussioni

Machiavelli e l'uso politico della religione (G. Cadoni), p. 223 – *Diffusione e recezione dei Grundrisse nel mondo. Un contributo alla storia dei marxismi* (M. Musto), p. 229 – *Maurizio Bazzoli interprete di Pufendorf* (F. Todescan), p. 238 – *A simple model of the struggle between political activists and big corporations controlling the media* (N. Boccarra), p. 243.

Rassegna bibliografica

Antichità classica a cura di L. Bertelli, G. Carillo, G. Giorgini, p. 249 – *Medioevo* a cura di L. Bianchin e D. Quaglioni, p. 253 – *Cinquecento* a cura di G. Cadoni, P. Carta, G. Cipriani, p. 256 – *Seicento* a cura di E. Baldini, V. Conti, D. Taranto, p. 261 – *Settecento* a cura di L. Campos Boralevi, G. Carletti, S. Testoni Binetti, p. 265 – *Ottocento (1800-1850)* a cura di V. Collina, M. Ferrari, M.T. Pichetto, F. Taricone, p. 268 – *Ottocento (1850-1900)* a cura di S. Amato, G.B. Furiozzi, E. Guccione, p. 271 – *Novecento (1900-1950)* a cura di C. Carini, A. De Sanctis, C. Malandrino, p. 273 – *Novecento (1950-2000)* a cura di C. Palazzolo e G. Pellegrini, p. 278 – *Opere generali* a cura di S. Cingari e A. Falchi Pellegrini, p. 281.

LA “RIVOLUZIONE MODERATA”: L’AMERICA NEL PENSIERO GIUSPOLITICO DI GEORG JELLINEK

1. *Georg Jellinek: giurista e pensatore politico*

Il nome di Georg Jellinek (1851-1911) è comunemente associato alla dottrina giuridica di fine secolo, alla ipostatizzazione dello Stato come unico, legittimo produttore del diritto, al primato della Legge, ma anche a Carl Friederich von Gerber e Paul Laband che, a partire dal fallimento delle rivoluzioni del 1848 inaugurarono con le loro opere quella seconda stagione del giuspositivismo tedesco alla quale Jellinek appartenne a tutti gli effetti.¹ Sebbene necessarie e importanti, tali “coordinate” non esauriscono però il personaggio Jellinek, né come giurista, né – in senso lato – come intellettuale. Entro la cornice di un rigoroso sapere giuridico di matrice positivista, Jellinek si distinse per i suoi molteplici interessi e anche per una serie rilevante di scritti, contributi, articoli dedicati al pensiero politico e perfino a particolari vicende politico-istituzionali del suo tempo.²

Da un’analisi complessiva appare evidente come, da una parte, le sue opere di *Staats* e *Rechtslehre* presentino una connotazione politica e, dall’altra, gli interventi sulla difesa dei diritti delle minoranze,³ sulle libertà fondamentali e la loro tutela, sul sistema elettorale e la sua riforma nella Germania guglielmina divengano pienamente comprensibili alla luce della sua dottrina giuridica.⁴

¹ Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in *Lo stato di diritto. Stato, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, in particolare pp. 111 ss.

² Tali contributi sono raccolti nelle *Ausgewählte Schriften und Reden* [Berlin, 1911], vol. 2, ristampa, Aalen, Scientia, 1970.

³ Sul problema delle minoranze e delle libertà *Das Recht der Minoritäten*, Berlin, Humboldt Verlag, 1898; sul sistema elettorale in Germania *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1905 e *Regierung und Parlament in Deutschland*, Vortrag gehalten am 13. März 1909 in der Geheistiftung zu Dresden, Leipzig, B.G. Teubner, 1909.

⁴ Questo aspetto è stato efficacemente sottolineato da A. ANTER, *Modernität und Ambivalenz in Georg Jellineks Staatsdenken*, in *Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks*, hrsg. von A. Anter, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 3-6.

In Jellinek esiste una compenetrazione interessante tra diritto e politica, tra dottrina giuridica e riflessione politica che, se approfondita, secondo una prospettiva storica, potrebbe gettare una nuova luce sulla sua opera e, di riflesso, sul positivismo giuridico tedesco, di cui egli fu uno dei rappresentati più illustri.⁵

Nelle prossime pagine cercheremo di delineare alcuni aspetti di questo intreccio così complesso attraverso una serie di saggi, apparsi tra il 1895 e il 1902, dedicati alla storia e alla tradizione costituzionale e politica americana.

Il primo, il più articolato e il più conosciuto di questi scritti è indubbiamente *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino), pubblicato nel 1895, in cui Jellinek proponeva una comparazione tra le Dichiarazioni dei diritti americane e quella francese, sottolineando non solo i "debiti" della seconda nei confronti delle prime, ma anche la funzione di "modello" rivestita dalle Dichiarazioni americane, in quanto prime codificazioni scritte dei diritti dell'uomo.⁶

Risale al 1895 anche l'articolo *Das Wahlrecht der Vereinigten Staaten* (Il diritto di voto negli Stati Uniti), apparso sul settimanale viennese «Die Zeit», una breve analisi del sistema elettorale americano, così come questo si era venuto ad affermare dopo la Rivoluzione. Trascorsi alcuni anni, nel 1902, la polemica con il giurista francese Émile Boutmy (1835-1906) – amico di Taine, docente di diritto pubblico alla *École libre des Sciences politiques* di Parigi – che lo aveva accusato di aver misconosciuto l'originalità della Dichiarazione francese⁷ "schiacciandola" su quelle americane, spingeva Jellinek a pubblica-

⁵ È merito della bella e ricca biografia di K. KEMPTER, *Die Jellineks 1820-1955. Eine familienbiographische Studie zum deutschjüdischen Bildungsbürgertum*, Düsseldorf, Droste, 2005, aver restituito un'immagine davvero sfaccettata e affascinante di Jellinek non solo come studioso, accademico, scrittore politico, ma anche come uomo, marito e padre.

⁶ Negli anni, il saggio ha conosciuto una notevole fortuna in numerosi paesi, testimoniata anche dalle edizioni più recenti: negli Stati Uniti, G. JELLINEK, *The Declarations of the Rights of Men and Citizens. A Contribution to Modern Constitutional Theory*, trans. by M. Farrand, Illinois, Kessinger Publishing, 2007 e in America latina Id., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Mexico, Universidad nacional autónoma de Mexico, 2003. In Italia sono apparse – entrambe nel 2002 – due nuove e pregevoli edizioni: G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, tr. it., con Introduzione a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 2002 e *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, a cura e con Introduzione di G. Bongiovanni, Roma-Bari, Laterza, 2002. Laddove Nocilla individua i "punti deboli" della lettura che Jellinek dava delle Dichiarazioni americane e di quella francese, Bongiovanni colloca e interpreta il saggio del 1895 come una parte integrante della *Staatslehre* jellinekiana. Più recentemente R. MARRA, *La religione dei diritti. Durkheim, Jellinek, Weber*, Torino, Giappichelli, 2006 ha dedicato alla *Erklärung* un'analisi assai convincente e puntuale: egli analizza l'ammirazione di Jellinek per la cultura protestante e il ruolo che questa, secondo il giurista tedesco, avrebbe svolto nell'affermarsi di una vera e propria "religione delle libertà" al di là dell'Atlantico.

⁷ Nel 1902, il saggio jellinekiano sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* venne tradotto anche in Francia, G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

re *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy)*, una puntuale – quanto vivace – risposta, il cui obiettivo principale era riaffermare il valore scientifico della *Erklärung*.⁸

Nel corso della nostra analisi vorremmo dimostrare come questi tre scritti – certamente diversi tra loro per grado di approfondimento teorico – contengano una precisa lettura dell'esperienza americana e, attraverso essa, ci offrano un quadro assai interessante del pensiero *giuspolitico* di Georg Jellinek.

2. Le Dichiarazioni dei diritti americane: limiti al potere e libertà "positive"

I saggi pubblicati tra il 1895 e il 1902 sull'America rivoluzionaria e post-rivoluzionaria costituiscono un vero e proprio "viaggio" intellettuale – ovviamente immaginario – che Jellinek, nato, cresciuto e formatosi tra l'Impero asburgico e la Germania degli Hohenzollern, compiva nel Nuovo Continente inteso come uno «spazio politico»⁹ in cui, attraverso i secoli, dalla fondazione delle prime colonie fino all'800, aveva preso forma e si era sedimentata una precisa mentalità, una tradizione politica, costituzionale e giuridica con cui il giurista desiderava confrontarsi. Le prime pagine della *Erklärung* erano una vera e propria dichiarazione d'intenti: Jellinek si accingeva a comparare i «solenni» *Bill of Rights* americani con la Dichiarazione francese del 1789, per comprendere quale fosse il rapporto «obiettivo» che intercorreva tra loro.¹⁰

Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne, traduction par G. Fardis, avec une Préface de F. Lamaude, Paris, Fontemoing, 1902. Nello stesso anno, Boutmy rispose a Jellinek con *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, apparsa sulle «Annales des Sciences politiques», XVII, 1902. La traduzione tedesca del saggio di BOUTMY, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte und Georg Jellinek*, è ora contenuta in *Zur Geschichte der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, hrsg. von R. Schnur, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, pp. 78-112.

⁸ G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy)*, traduction de M.G. Fardis et Ch. Bourgoing-Dumonteil, «Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger», 1902, ora in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, vol. 2 cit.

⁹ Mi avvalgo qui di due espressioni, «viaggio politico» e «spazio politico», che mutuo dai Convegni su «Figure dello spazio, politica e società» promossi dal 2002 ad oggi, negli atenei di Firenze e Roma, da Lea Campos Boralevi, Bruna Consarelli e Vittore Collina. Gli atti dei Convegni sono raccolti nei seguenti volumi: *La politica e gli spazi*, a cura di B. Consarelli, Firenze, Firenze University Press, 2003; *Metafore degli spazi*, a cura di B. Consarelli, Firenze, Firenze University Press, 2004; *Gli spazi immaginati*, a cura di B. Consarelli, Firenze, Firenze University Press, 2005. In corso di stampa *Viaggio e politica*, a cura di L. Campos Boralevi e S. Lagi, Firenze, Firenze University Press, 2008.

¹⁰ G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* cit., pp. 28-40. Jellinek

Il «modello di riferimento» della Dichiarazione francese sarebbero state, secondo Jellinek, le Dichiarazioni rivoluzionarie delle colonie americane, in particolare quella della Virginia (1776), che rappresentavano, a suo giudizio, «le prime dichiarazioni dei diritti».¹¹

I francesi non avevano, in verità, bisogno di attendere gli americani per aspirare alla libertà di religione, di pensiero, di stampa, alla protezione dall'arresto arbitrario e dalle pene disumane; ma la proclamazione e codificazione di questi diritti in modo valido per tutti gli altri popoli, l'innalzamento del diritto naturale a diritto legislativo non modificabile, prima del 1776, non è stato rivendicato in Europa da nessuna parte.¹²

Ai *Bill of Rights* americani Jellinek riconosceva anche il merito di aver affermato chiaramente il diritto alla libertà religiosa, laddove la Dichiarazione francese «solo in maniera timida e nascosta [...] [aveva azzardato] un cenno alla manifestazione di opinioni in campo religioso [...] essa non si [era spinta] a proclamare la libertà religiosa, ma solo la tolleranza».¹³ Alla Dichiarazione del 1789 Jellinek attribuiva altre vistose mancanze sul piano dei diritti:

non c'è nessun particolare diritto di libertà, che i francesi abbiano aggiunto all'elencazione americana. Al contrario, nella Dichiarazione francese manca la proclamazione degli importantissimi diritti di associazione e di riunione, del diritto alla libera circolazione ed inoltre il diritto di petizione.¹⁴

Le Dichiarazioni americane diventavano così una sorta di “stella luminosa”, un punto di riferimento per la stessa *Déclaration* perché capaci, come mai nessun testo politico prima, di riconoscere un ampio “ventaglio” di libertà fondamentali. Ignorando la polemica interna al saggio del 1895 sui “debiti” della Dichiarazione francese nei confronti dei *Bill of Rights* americani – peraltro già ampiamente analizzata dalla letteratura – vorremmo piuttosto sottolineare la presenza nel discorso jellinekiano di una forte matrice *liberale*, che emergeva ancora più chiaramente quando venivano esaminati i caratteri costitutivi delle Dichiarazioni americane e di quella france-

ricordava come la Dichiarazione dei diritti posta in apertura alla Costituzione della Virginia fosse diventata un «modello» di riferimento per tutte le altre colonie americane ed anche per il Congresso. *Ivi*, pp. 49-50.

¹¹ *Ivi*, p. 43.

¹² *Ivi*, p. 46.

¹³ *Ivi*, p. 62.

¹⁴ *Ivi*, p. 65.

se: ad entrambe, secondo Jellinek, era infatti sotteso il tema¹⁵ dei «limiti al potere dello Stato»:¹⁶

In un punto tuttavia, e cioè nel più importante di tutti, i francesi e gli americani si incontrano appieno: nell'erigere stabili limiti al potere dello Stato. Il significato giuridico di ambedue i documenti è, sotto tutti i riguardi, il medesimo. La delimitazione per legge degli ambiti che lo Stato non deve invadere, è divenuta un duraturo, universale valore. Noi oggi sappiamo che i diritti di libertà non hanno natura positiva, ma negativa, che essi non fondano una pretesa a fare, ma quella ad una omissione da parte dello Stato. In ciò consiste altresì la loro unica e sola importanza pratica.¹⁷

Il problema dei limiti al potere è una delle principali “chiavi di lettura” di tutta l’opera jellinekiana.¹⁸ La sua dottrina dello Stato fondava i diritti in un atto di «autolimitazione» da parte dello stesso;¹⁹ “ritirandosi” dinanzi agli individui, lo Stato riconosceva uno spazio di libertà,²⁰ giuridicamente stabilito, che non poteva essere né leso, né violato, se non attraverso «ordini fondati sulla Legge».²¹

¹⁵ G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, in particolare pp. 7-12.

¹⁶ G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* cit., p. 64.

¹⁷ *Ivi*, pp. 64-65.

¹⁸ Cfr. W. PAULY und M. SIEBINGER, *Staat und Individuum. Georg Jellineks Staatslehre*, in *Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks* cit., p. 24; D. KELLY, *Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and the State*, «Law and History Review», XXII, 2004, 3, pp. 493-529.

¹⁹ Cfr. G. JELLINEK, *System der öffentlichen subjektiven Rechte* (1892), tr. it. come *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, Società Editrice libraia, 1912; ID., *Allgemeine Staatslehre* [1905], tr. it. di M. Petrozziello come *La dottrina generale dello Stato*, con *Introduzione generale* di V.E. Orlando, Milano, Società Libreria, 1949.

²⁰ Nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, Jellinek riconosceva, da giurista, tre livelli di libertà e quindi tre diversi “gradi” di «autolimitazione» dello Stato: alla «libertà negativa» corrispondevano «le azioni dei cittadini giuridicamente irrilevanti», ossia le libertà individuali che lo Stato si impegnava a rispettare; il diritto da parte del cittadino «di pretendere prestazioni positive dallo Stato e per lo Stato l'obbligo giuridico di esercitare la sua attività nell'interesse individuale» venivano definiti da Jellinek «stato positivo di libertà»; infine, «lo stato attivo di libertà» prevedeva il diritto del cittadino di partecipare alla formazione della «volontà statale». G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* cit., pp. 116-117.

²¹ ID., *La dottrina generale dello Stato* cit., pp. 39-43. Come spiega D. QUAGLIONI, in *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 99-100, il principio della «autolimitazione» rimanda all'idea della sovranità non come «assenza di limiti», bensì come «capacità della esclusiva autodeterminazione, e quindi dell'autolimitazione del potere statale – giuridicamente non vincolato da forze esterne – mediante la istituzione di un ordinamento giuridico, sulla base del quale solamente l'attività dello Stato acquista un carattere giuridicamente valutabile». Sul principio di autolimitazione nell'opera jellinekiana cfr. D. QUAGLIONI, *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la dottrina generale dello stato e del diritto di Georg Jellinek)*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità. Atti del XIX Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica. Trento, 29-30 settembre 1994*, a cura di M. Basciu, Milano, Giuffrè, 1997; G. VALERA, *Coercizione e potere: sto-*

Nella *Erklärung*, il problema dei limiti al potere – in particolare al potere legislativo – diventava centrale anche per comprendere correttamente la differenza tra l'esperienza politica americana e quella ben più antica dell'Inghilterra. Pur riconoscendo l'influenza esercitata dalla tradizione politica e giurisprudenziale inglese sui ribelli americani tanto che «alcune disposizioni tratte dalla *Magna Charta* e dal *Bill of Rights* inglese [erano state] direttamente incorporate dagli americani nel proprio catalogo dei diritti»,²² Jellinek ricordava come le Dichiarazioni americane e il *Bill of Rights* inglese concepissero la figura e il ruolo del Legislatore in maniera opposta, poiché le prime prevedevano una serie di limiti concreti da opporre al corpo legislativo, mentre il secondo non ne aveva contemplata alcuna:²³

Le leggi inglesi [...] non hanno la forza né l'intenzione di limitare i fattori produttivi di leggi, né di stabilire principi per una legislazione futura. Secondo il diritto inglese il Parlamento è onnipotente, tutte le leggi, che esso ha stabilito o confermato hanno lo stesso valore. Le dichiarazioni americane, al contrario, contengono regole che si collocano al di sopra del legislatore ordinario.²⁴

Le dichiarazioni americane non erano dunque un mero elenco di diritti; esse, per Jellinek, costituivano la suprema regola alla quale il parlamento doveva sottostare; regola suprema poiché era concretamente difesa da organi e procedure *ad hoc*, indipendenti dagli «organi [...] chiamati ad approvare le leggi ordinarie»:²⁵

Le dichiarazioni americane, al contrario, contengono regole che si collocano al di sopra del legislatore ordinario. Tanto in seno all'Unione, quanto nei singoli Stati membri vi sono organi distinti per la legislazione ordinaria e per quella costituzionale; inoltre, il giudice vigila sull'osservanza da parte del potere legislativo ordinario dei limiti posti dalla Costituzione, dovendo negare l'applicazione alle leggi che, a proprio giudizio, violino i diritti fondamentali.²⁶

ria, *diritti pubblici soggettivi e poteri dello Stato nel pensiero di G. Jellinek*, in *Storia dei concetti e saperi della borghesia tra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi e G. Gozzi, Bologna, Il Mulino, 1995; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 199-201; da segnalare anche la *Introduzione* in C. KELLER, *Victor Ehrenberg und Georg Jellinek. Briefwechsel 1872-1911*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, in particolare pp. 107-108 e *Die normative Kraft des Faktischen. Das Staatsverständnis Georg Jellineks* cit.

²² G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* cit., p. 66.

²³ *Ivi*, p. 67.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ivi*, pp. 67-69.

²⁶ *Ivi*, p. 67.

Con il linguaggio di chi sembrava aver assistito in prima persona ai grandiosi eventi storici che avevano portato gli ex coloni a rivendicare solennemente i diritti dell'uomo e del cittadino, Jellinek esprimeva tutta la sua ammirazione per le Dichiarazioni americane, con la passione e il trasporto di chi vedeva nell'America rivoluzionaria il paese che meglio di altri aveva saputo porre «limiti effettivi» al Legislatore.²⁷

L'importanza che questo principio riveste nella *Erklärung* ci offre alcune preziose indicazioni sul pensiero giuspolitico di Jellinek, ma rimane pur sempre da chiarire se e quali altre componenti lo caratterizzino, oltre a quella liberale appena individuata. Perfettamente consapevole che un simile tema non può essere esaurito nel breve spazio di queste note, vorrei ugualmente provare a delineare una possibile risposta, a partire dalla tesi proposta da Jellinek, secondo cui le Dichiarazioni americane sarebbero riconducibili a quel sentimento di libertà religiosa che aveva caratterizzato le prime comunità di coloni protestanti in fuga dall'Europa per poter professare liberamente nel Nuovo Mondo la loro fede. Per Jellinek le confessioni riformate avevano creato in America un clima di tolleranza che aveva poi contribuito alla nascita di una società moderna e liberale.²⁸

In tutte le opere – comprese quelle di *Staats* e *Rechtslehre* – Jellinek sottolineò sempre e con forza l'importanza della religione riformata nello sviluppo delle libertà; agli inizi del Novecento egli ebbe modo più volte di esporre e discutere questa sua tesi all'interno del «Circolo Eranos» che a Heidelberg – dove Jellinek insegnava – raccoglieva importanti intellettuali, fra i quali Max Weber, accomunati dall'interesse per la storia delle religioni.²⁹

In un suo articolo apparso nel 1905 sull'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», il sociologo tedesco avrebbe ammesso che il saggio di Jellinek sulle *Dichiarazioni dei diritti* lo aveva a tal punto impressionato da spingerlo ad approfondire gli effetti dello spirito religioso protestante sulla vita sociale ed economica.³⁰

Il collegamento che nella *Erklärung* Jellinek poneva tra religione riformata, libertà religiosa e i *Bill of Rights* non costituiva però solo e soltanto

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ivi*, pp. 80-94.

²⁹ F.W. GRAF, *Max Weber e la teologia protestante del suo tempo*, in *Max Weber e le scienze sociali del suo tempo*, a cura di M. Losito e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 282-283.

³⁰ L'articolo in questione è *Die protestantische Ethik und der «Geist» des Kapitalismus*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 20, 1905, pp. 1-54, citato in F.W. GRAF, *op. cit.*, pp. 299-300. Sul grande interesse suscitato nel «Circolo Eranos» e soprattutto in Weber dall'interpretazione jellinekiana delle Dichiarazioni rivoluzionarie, cfr. H.G. KIPPENBERG, *Introduzione* a M. WEBER, *Economia e società. L'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali, Comunità religiose*, a cura di H.G. Kippenberg, in collaborazione con P. Schlim e J. Niemeier, Roma, Donzelli, 2006, p. LXIII.

una interessante proposta storiografica: esso era, a mio giudizio, parte integrante di una precisa *concezione della libertà*. Il giurista pensava che la libertà religiosa, concretamente vissuta e praticata, avesse spinto i coloni a chiederne «di vecchie e di nuove» contro i crescenti soprusi della Madrepatria:

la pressione dei poteri dominanti esercitati sulla libertà di determinarsi dell'individuo, creò l'idea che uno speciale diritto degli uomini corrispondesse a ciascuna delle direzioni in cui si esercitava l'oppressione. Così nasce oltre alla rivendicazione della libertà religiosa, quella della libertà di stampa, della libertà di parola, della libertà di associazione e riunione, della libertà di espatrio, del diritto di petizione, della libertà di arresto.³¹

E queste stesse libertà (contenute nei *Bill of Rights*) erano state riconosciute dalla maggioranza dei ribelli americani come «limiti assoluti al potere legislativo», poiché poste «da Dio e la Natura».³²

Ma Jellinek – che fu un esponente tipico del giuspositivismo – non intendeva certo interpretare le Dichiarazioni in chiave giusnaturalistica. Così, dopo aver spiegato che il richiamo ad un principio trascendente («Dio e la Natura») voleva solo sottolineare la loro indisponibilità ad essere arbitrariamente modificate, attribuiva ad esse un carattere essenzialmente storico:³³

Abbiamo visto, quindi, attraverso quale notevole evoluzione sia nata dall'antico diritto inglese e dal nuovo diritto praticato nelle colonie la creazione di una sfera giuridica dell'individuo, indipendente dallo Stato e che da questo deve essere incondizionatamente riconosciuta. In verità le Dichiarazioni non hanno, tuttavia, fatto altro che esprimere in determinate formule generali la situazione giuridica di fatto.³⁴

Le Dichiarazioni – puntualizzava Jellinek – erano poi diventate realmente effettive grazie al riconoscimento da parte dello Stato:

Questa libertà perciò, non viene creata, ma riconosciuta: e ciò attraverso un'autolimitazione dello Stato e la determinazione, che quest'ultimo produce, di interstizi che necessariamente devono esistere tra i fili delle proprie norme, con le quali esso stesso avvolge l'individuo. Ciò che è residuale, è tuttavia, non tanto

³¹ G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* cit., p. 104.

³² Jellinek si riferiva in particolare a J. OTIS, *The Rights of the Colonies Asserted and Proved*, Boston, New England printed, 1764, secondo cui i diritti e le libertà dei coloni erano inalienabili non perché fondati sulla Magna Charta inglese ma perché «posti da Dio e dalla natura». G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* cit., p. 106.

³³ *Ivi*, pp. 109-110.

³⁴ *Ivi*, p. 110.

un diritto, quanto uno stato di fatto. Il grande errore del giusnaturalismo è consistito nel ritenere un diritto la situazione di fatto della libertà e nel riconoscere a questo diritto una forza superiore che crea e limita lo Stato.³⁵

Jellinek riteneva dunque che le libertà presenti nei *Bill of Rights* americani fossero *storiche e positive*: la radice storica evitava l'implicazione autoritaria di un positivismo troppo rigoroso che riduceva «l'intera sfera giuridica dell'individuo [...] a prodotto e concessione dell'autorizzazione dello Stato»; quella positiva, a sua volta, evitava di ammettere che i diritti contenuti nelle Dichiarazioni fossero «superiori» allo Stato e capaci, dall'esterno, di condizionarlo.³⁶

La stessa funzione di *limite al potere* che Jellinek riconosceva alle Dichiarazioni deve essere letta in questa ottica: esse non erano superiori al Legislatore in quanto diritti naturali, bensì come «prescrizioni fondate nella Legge», ossia stabilite dallo Stato (unico detentore della sovranità) e questa interpretazione – in ultima analisi – era riconducibile alla dottrina dello *Stato di diritto* (*Rechtsstaat*) che, alla fine del secolo, Jellinek con la sua opera incarnava così efficacemente.³⁷

È attraverso tale dottrina che Jellinek leggeva l'esperienza americana e inevitabilmente la *alterava*, rifiutando proprio quel valore *non positivo, pre-giuridico* che i Padri della Rivoluzione avevano invece attribuito alle Dichiarazioni e che in America aveva fatto di quest'ultime e non della Legge (e quindi dello Stato) la fonte suprema di tutti i diritti e di tutte le libertà concretamente garantite agli individui.³⁸

Se per gli Americani le Dichiarazioni erano antecedenti allo Stato, e quindi ad esso superiori, per Jellinek era esattamente il contrario e proprio per questo egli ammetteva perfino la possibilità di modificare le libertà fondamentali purché attraverso «ordini fondati sulla Legge».³⁹

La negazione del carattere *pre-statuale* dei *Bill of Rights* non era soltanto funzionale ad una dottrina giuridica che affermava il primato dello Stato quale *prius* del diritto; essa era altrettanto indicativa della ferma opposizione di Jellinek a ciò che di più radicale – sul piano politico – le libertà naturali e il giusnaturalismo implicavano: una fondazione *contrattualistica* del

³⁵ *Ivi*, pp. 116-118.

³⁶ *Ivi*, pp. 116-117.

³⁷ *Ivi*, pp. 95-101; cfr. P. COSTA, *op. cit.*, pp. 115 ss.

³⁸ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 67-70 e F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* [Torino, 1901], Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 228-233.

³⁹ Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato* cit., pp. 39-43.

potere che legittimasse i cittadini a rovesciare le istituzioni qualora essi lo ritenessero necessario.⁴⁰

Qui, a mio giudizio, il “momento giuridico” e il “momento politico” si saldano tra loro: leggendo le Dichiarazioni americane attraverso la dottrina dello *Stato di diritto* ed attribuendo ad esse un carattere storico e positivo piuttosto che naturale, Jellinek negava inevitabilmente quel significato di “contratto” tra cittadini e governanti che invece, come sappiamo, era loro riconosciuto in America.⁴¹

Nelle pagine della *Erklärung* si delinea così una visione giuspolitica *liberale* ma anche assai *moderata* nella sua implicazione anti-contrattualistica. Questo aspetto non si esaurisce di certo con la monografia del 1895; esso riemerge ancor più chiaramente – e soprattutto su un piano più decisamente politico – nell’articolo *Das Wahlrecht der Vereinigten Staaten*.

3. Il sistema elettorale americano: libertà e democrazia

Pubblicato quasi in contemporanea alla *Erklärung*, l’articolo potrebbe apparire una sorta di sintesi dei temi affrontati nel più celebre saggio: ai ribelli americani veniva infatti riconosciuto ancora una volta il grande merito di aver messo per iscritto il primo elenco di diritti fondamentali nella storia dell’umanità.⁴² Ma, diversamente dall’opera del 1895, qui Jellinek si occupava dell’America post-rivoluzionaria e, in particolare, del sistema elettorale statunitense alla fine dell’800. Egli definiva l’America «la maggiore democrazia del mondo», sebbene non mancasse di osservare come tra i solenni principi democratici, ispirati agli ideali di eguaglianza tra gli uomini, contenuti nella Costituzione di Filadelfia, e l’effettiva realtà politica della nazione esistesse una notevole discrepanza:

La contrapposizione fra Principio e Prassi risulta evidente nelle norme che regolano il diritto di voto in America. La sovranità appartiene fondamentalmente all’intero popolo. Ma in ciascuno Stato questo stesso popolo è suddiviso in svariate parti.⁴³

⁴⁰ È FIORAVANTI, *Stato e costituzione* cit., p. 201 a sottolineare efficacemente la stretta connessione che nella dottrina dello *Stato di diritto* esisteva tra anti-giusnaturalismo e anti-contrattualismo, sul tema cfr. ID., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 137-139; ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 860. Si veda inoltre l’essenziale N. MATTEUCCI, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 235-240.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 68-69.

⁴² G. JELLINEK, *Das Wahlrecht in den Vereinigten Staaten* [1895], ora in ID., *Ausgewählte Schriften und Reden*, vol. 2 cit., pp. 384-385.

⁴³ *Ivi*, p. 390.

I singoli Stati che formavano la Federazione avevano infatti introdotto nei rispettivi ordinamenti una serie di limitazioni, più o meno drastiche, al diritto di voto: dal criterio censitario che valeva in ben 11 degli Stati americani a quello che prevedeva l'esclusione di determinate minoranze (neri, cinesi, indiani) dalle votazioni, dall'obbligo di residenza, a quello di saper leggere e scrivere.⁴⁴ Per questo Jellinek poteva affermare:

Mentre la Francia giacobina è passata immediatamente da un sistema elettorale censitario a quello universale, gli Stati americani si sono attenuti al meccanismo censitario per lungo tempo, ed ancora oggi sono numerosi gli Stati che lo mantengono.⁴⁵

Proprio tali limitazioni avevano permesso, secondo Jellinek, il corretto funzionamento delle istituzioni federali americane, evitando il consolidamento dei poteri nelle mani del Centro:⁴⁶

In tutta America il principio di introdurre per il Congresso un suffragio unitario, basato sul diritto di voto universale, è stato energicamente rifiutato. Una simile opzione sarebbe stata considerata come un tentativo di progressiva centralizzazione che nell'Unione non è per niente popolare.⁴⁷

In questo passo era contenuto un riferimento implicito quanto polemico all'Impero tedesco, anch'esso Stato federale, dove, alla fine dell'800, il Reichstag (Parlamento centrale) sembrava rafforzarsi a scapito del Bundesrat, il Consiglio federale – costituito dai rappresentanti dei Länder, ossia le macroregioni in cui era suddivisa la Germania – che politicamente si caratterizzava per uno spirito conservatore e proprio per questo era considerato da Jellinek un efficace “baluardo” contro le forze socialiste.⁴⁸

⁴⁴ *Ivi*, pp. 392-395.

⁴⁵ *Ivi*, p. 388.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ivi*, p. 395.

⁴⁸ L'architettura istituzionale della Germania Guglielmina si basava sulla subordinazione del Reichstag (Parlamento centrale) alla Corona e all'Esecutivo. In questo “sbilanciamento” di potere il Bundesrat giocava un ruolo fondamentale: esso godeva di grande importanza poiché partecipava al potere esecutivo e legislativo; al suo interno la Prussia, politicamente assai conservatrice, aveva una posizione «egemone» e i suoi plenipotenziari non avevano alcuna responsabilità verso il Parlamento centrale. Cfr. S. AMATO, *Rappresentanza politica degli interessi, parlamento e partiti nella costituzione del Deutsches Kaiserreich (1871-1918)*, in *La rappresentanza nelle istituzioni e nelle dottrine politiche*, a cura di C. Carini, Firenze, CET, 1986, pp. 165-167; sul tema cfr. M. RAUH, *Il sistema politico nell'epoca Guglielmina*, in *Il liberalismo in Italia e Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale*, a cura di R. Lill e N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 297-305 e T. KÜHNE, *Il caso tedesco*, in M.S. PIRETTI, *I sistemi elettorali tra Otto e Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 49-60.

Al di là di questo richiamo, di cui esistono tracce ben più consistenti in altre opere del giurista,⁴⁹ *Das Wahlrecht in den Vereinigten Staaten* rappresentava soprattutto la continuazione del discorso iniziato con la *Erklärung*. Qui le Dichiarazioni erano state lette attraverso la dottrina dello stato di diritto e quindi il loro carattere più radicale, ossia contrattualistico, era stato rimosso, depotenziato, tanto da far apparire l'America come culla di quella che, con un ossimoro, potremmo definire una "Rivoluzione moderata". Quest'ultimo concetto ricompariva nell'articolo apparso su «Die Zeit», che dell'America post-rivoluzionaria sottolineava lo spirito fortemente «conservatore». Per Jellinek, tale era essenzialmente l'*habitus* di una società che, a differenza di quella europea, non avvertiva il bisogno di riforme o cambiamenti radicali, perché non era costretta a scontrarsi con poteri oppressivi.⁵⁰ In queste pagine Jellinek sembrava richiamarsi alla lezione di James Bryce, che in *American Commonwealth* (1888) aveva definito la giovane Repubblica americana un paese profondamente conservatore e pragmatico, proprio come, a suo giudizio, era sempre stata l'antica madrepatria inglese.⁵¹ In *Das Wahlrecht der Vereinigten Staaten*, simili considerazioni, che indubbiamente avvicinavano Jellinek a Bryce, facevano parte di un discorso più ampio sul significato della libertà e del rapporto tra potere e individui.

Per Jellinek il progressivo consolidamento di «istituzioni libere» in America aveva finito per rendere superfluo il suffragio universale.⁵²

È sicuramente difficile capire quale sia l'origine del conservatorismo americano. Molti pensano che esso sia un carattere ereditato dalla vecchia Inghilterra, che agisce sui nipoti dei coloni puritani. Ma, secondo me, di ben maggiore importanza è l'abitudine a istituzioni libere [freie Institutionen]. La democrazia europea è continuamente in lotta con i poteri dominanti o un tempo dominanti, quella americana gode di una esistenza certa. Il possesso certo implica per gli uomini l'affermazione dell'Esistente, l'oppressione e la lotta creano contro-forze, che chiedono trasformazioni, non ricomposizioni.⁵³

⁴⁹ In tal senso, basti qui ricordare la monografia *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit., o gli interventi *Parlament und Regierung in Deutschland. Vortrag gehalten am 13. März 1909 an der Geheistiftung zu Dresden*, Leipzig, B.G. Teubner, 1909 e *Bundestaat und parlamentarische Regierung* [1911], ora in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Bd 2, cit.

⁵⁰ G. JELLINEK, *Das Wahlrecht in den Vereinigten Staaten* cit., pp. 395-397.

⁵¹ Sul tema cfr. F. TUCCARI, *James Bryce e la teoria della classe politica (1864-1910)*, in *La teoria della classe politica da Rousseau a Mosca*, con Introduzione di G. Sola, a cura di S. Amato, Firenze, CET, 2001; F.L. VIANO, *Una democrazia imperiale: l'America di James Bryce*, Firenze, CET, 2003 e H. TULLOCH, *James Bryce's American Commonwealth. The Anglo-American Background*, Suffolk, Boydell Press, 1988, in particolare pp. 2-10.

⁵² G. JELLINEK, *Das Wahlrecht in den Vereinigten Staaten* cit., p. 397.

⁵³ *Ibid.*

Secondo Jellinek, in una società libera e in uno Stato che garantiva una sfera concreta di libertà e diritti non esisteva nessun effettivo bisogno di inverare nella sua forma più radicale, attraverso il diritto universale di voto, l'ideale democratico, ed era per questo, concludeva il giurista, che «alla fine del XIX secolo, il diritto di voto negli Stati Uniti non coincideva con il diritto di voto generale di matrice europea». ⁵⁴

Il problema principale – lasciava intendere Jellinek – non era tanto costruire la democrazia quanto un coerente regime liberale, di cui gli Stati Uniti erano, a suo giudizio, un esempio emblematico. Come nella *Erklärung*, anche in *Das Wahlrecht der Vereinigten Staaten* il rapporto tra Stato e individui veniva interpretato alla luce della dottrina dei limiti al potere: le istituzioni americane erano «libere» perché riconoscevano ai cittadini uno spazio di libertà. A differenza della *Erklärung*, tuttavia, qui tale dottrina presentava un risvolto politico più chiaramente *anti-democratico*, alla luce del quale Jellinek non giudicava negativamente le restrizioni di voto negli Stati americani ed anzi le considerava parte essenziale di un sistema che egli ammirava per la sua stabilità.

4. Jellinek e Boutmy: il “vero” significato delle Dichiarazioni americane

Nel 1895 Jellinek dedicava all'America due contributi importanti, interessanti, nei quali è possibile rintracciare una precisa visione giuspolitica che trovava il suo suggello nel 1902 quando il giurista si scontrò – a distanza – con Émile Boutmy che, in quello stesso anno, sulle «*Annales des Sciences politiques*», aveva pubblicato la sua replica alla *Erklärung*.

Boutmy contestava a Jellinek di non aver riconosciuto l'apporto, altresì fondamentale, del *Contratto sociale* roussoiano e – ancor più – quello della filosofia francese settecentesca alla formulazione della *Déclaration*; alla luce di ciò, Boutmy attaccava duramente non solo l'idea di una derivazione religiosa (più precisamente protestante) dei *Bill of Rights*, ma anche l'ipotesi che, attraverso quest'ultimi, tale influenza potesse essersi estesa alla Dichiarazione francese. ⁵⁵

È quindi evidente che Boutmy volesse rivendicare, in polemica con Jellinek, la specificità della Dichiarazione francese, ed era per questo che egli sottolineava con forza la distanza concettuale tra le Dichiarazioni americane – centrate, a suo giudizio, sul primato del Giudiziario – e quella francese

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ É. BOUTMY, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek cit.*, pp. 416-420, 436-440.

– basata invece sul primato del Legislativo: in polemica con Jellinek, Boutmy osservava che «l’obiettivo dei francesi [era] la proclamazione dei principi atti allo sviluppo dell’umanità», mentre quello degli americani era stata l’elaborazione di «una lista» che contenesse «i casi in cui la validità della legge [potesse] essere impugnata dinanzi ad un tribunale». Per cui – concludeva Boutmy – gli americani non avevano stabilito «ciò che la Legge [doveva] essere ma solo ciò che essa non [doveva] essere». ⁵⁶

In altri termini, secondo Boutmy, Jellinek aveva del tutto misconosciuto l’originalità della *Déclaration* che, invece, era da considerarsi un “prodotto” dello spirito francese. La fondatezza, le motivazioni, i limiti delle critiche rivolte da Boutmy a Jellinek sono stati già ben approfonditi dalla letteratura critica. ⁵⁷ In questa sede vorrei piuttosto soffermarmi sulla contro-replica di Jellinek, certo non per “prenderne le difese” o per giudicarne la legittimità – già discussa in diversi studi, anche recenti ⁵⁸ – ma per il significato giuridico e politico ad essa sotteso, che, a mio giudizio, come in una sorta di “cerchio ideale”, ricongiunge perfettamente la *Réponse* del 1902 alla *Erklärung* del 1895.

Dopo aver sottolineato che non era stata sua intenzione “declassare” la Dichiarazione del 1789 ad una mera “copia” di quelle americane, bensì spiegarne la genesi storica, ⁵⁹ Jellinek rispondeva, non senza una punta di sarcasmo, alla prima delle critiche mosse dall’“avversario” francese:

Il Signor Boutmy afferma: si deve cercare nello spirito filosofico della Francia del XVIII secolo e nella Rivoluzione in modo particolare. Nella sua forma, e ancor più nello suo spirito, la *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* è una emanazione diretta del genio francese. Se questo punto di vista è esatto, come ammettere che si parla della *Dichiarazione dei diritti* a partire dalla Rivoluzione americana? Il *Contratto sociale* di Rousseau appare nel 1762. Come si spiega che i francesi abbiano atteso un quarto di secolo per assimilare tale dottrina? [...] I filosofi francesi, e Rousseau in testa, sono gli apostoli della libertà in generale, ma non del-

⁵⁶ *Ivi*, pp. 430-431.

⁵⁷ Cfr. R. MARRA, *op. cit.*, pp. 89 ss.

⁵⁸ *Ibid.* e D. NOCILLA, *op. cit.*

⁵⁹ Scriveva infatti Jellinek: «No, non ho affermato che i francesi hanno copiato servilmente le dichiarazioni americane: ho detto che, molto semplicemente, le hanno prese a modello. Necessariamente, esistono delle differenze fra l’una e l’altra, ma si tratta di sapere se gli elementi di somiglianza permettono di passare oltre queste differenze e non credo che si possa dubitare di ciò. Che Locke, che Blackstone, che Montesquieu, che Rousseau abbiano esercitato una influenza sulla *Dichiarazione francese*, che il diritto inglese, attraverso l’America, abbia agito indirettamente su di essa, penso di averlo dimostrato abbondantemente; – non ho mancato di osservare che le dichiarazioni americane occupano nel diritto di quel paese un posto del tutto differente dalle proposizioni solenni e teoriche del 1789 in Francia». G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen. Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy cit.*, p. 74.

le libertà particolari, altrimenti io ho preso un grosso abbaglio! Si è trovato un pensatore francese che affermi, prima della *Dichiarazione della Virginia*, tutte le libertà particolari che vengono affermate espressamente nella *Dichiarazione francese*?⁶⁰

L'attacco alla tradizione filosofica francese era funzionale sia a riaffermare il "debito" della Francia verso i *Bill of Rights* americani, sia a sminuire il più possibile l'apporto che alla *Déclaration* e alla sua formulazione era derivato dalle teorie del diritto naturale. Ed è proprio in questa ottica che diventa pienamente comprensibile l'insistenza con cui il giurista di lingua tedesca ripeteva che tra un'«idea filosofica» (ossia le dottrine del diritto naturale) e un «atto legislativo» (ossia la Dichiarazione dei diritti) esisteva sempre una notevole «distanza».⁶¹ Come la *Erklärung*, anche la *Réponse* a Boutmy aveva dunque una connotazione chiaramente anti-giusnaturalistica:

La questione alla quale mi ricollego è di capire in quale momento della storia i diritti dell'uomo sono stati riconosciuti, da questo punto di vista, in un documento legislativo. La prima volta è stata nella antica carta del Rhode Island. È un fatto la cui realtà non può essere messa in dubbio dalla persona. Ammettiamo pure, come dice il Signor Boutmy, che Roger Williams abbia esercitato ben poca influenza sullo sviluppo della idea di libertà religiosa degli Stati Uniti, ma non per questo è meno vero che le carte delle colonie sono l'origine delle nostre costituzioni scritte.⁶²

Erano state le Dichiarazioni dei diritti americane a sancire per la prima volta, nero su bianco, ciò che fino allora era stato declamato e difeso solo a parole. E, in polemica a Boutmy, Jellinek ribadiva quella che, a suo giudizio, era l'essenza ultima delle grandi Dichiarazioni rivoluzionarie del '700:

Noi crediamo che tutte le libertà non siano altro che la negazione di restrizioni anteriori poste dall'attività umana. Abbiamo avuto una religione imposta, abbiamo avuto una costrizione ed è per questo che si proclama la libertà religiosa. Il peso della censura che opprime la stampa e fa nascere l'idea della libertà della stampa. L'interdizione alla riunione ha determinato la libertà di associazione. Eliminando l'arbitrarietà del governo e sostituendo la legge alle ordinanze della polizia, ossia a dire la legalità ai capricci dell'autorità, si è scoperto che le forze oppressive dello Stato si limitano dinanzi all'individuo. È solo questa spiegazione che dà la "chiave" del concetto di libertà; soltanto essa fa emergere il valore pratico dei diritti che ne

⁶⁰ *Ivi*, pp. 66-67.

⁶¹ *Ivi*, p. 68.

⁶² *Ivi*, pp. 77-78.

derivano. È in questa limitazione alla arbitrarietà dello Stato che risiedono tutte le libertà e tutti i diritti dei popoli moderni.⁶³

La replica di Jellinek a Boutmy può essere letta come una mal dissimulata contrapposizione, tutta in chiave nazionalista tra un tedesco e un francese, entrambi condizionati dagli echi del conflitto franco-prussiano, o come la polemica tra due differenti approcci intellettuali. A noi preme piuttosto osservare come in opposizione a Boutmy Jellinek ribadisse che tra i *Bill of Rights* e la *Déclaration* non esisteva nessuna differenza sostanziale poiché entrambi avevano la unica, fondamentale funzione di impedire gli abusi del potere. In tal senso, proprio attraverso la dottrina liberale dei limiti al potere, Jellinek riaffermava che le Dichiarazioni rivoluzionarie erano da intendersi come freni al potere, non certo come la sua fonte suprema, e quindi che era lo Stato a precedere le Dichiarazioni e non viceversa.⁶⁴

Per tali motivi, i saggi di Jellinek fin qui esaminati possono essere letti quali tentativi di neutralizzare la radicalità della Rivoluzione americana: in essi il giurista negava anzitutto il carattere *contrattuale* e *pre-statuale* dei *Bill of Rights*, attaccando così l'idea – implicita nella dottrina contrattualistica – che le istituzioni potessero essere rovesciate e fondate nuovamente dai cittadini. Inoltre, con grande abilità, egli sottolineava la contraddizione tra i principî democratici sanciti dalla Costituzione di Filadelfia e i limiti al diritto di voto introdotti in numerosi Stati americani, cercando di provare come il Nordamerica non fosse la culla di una Repubblica rivoluzionaria, bensì di un sistema politico moderato e liberale.

L'interpretazione dell'America rivoluzionaria e post-rivoluzionaria che Jellinek proponeva era, a mio giudizio, espressione del suo pensiero giurpolitico: *liberale* in quanto poneva il problema dei limiti al potere, *conservatore* in quanto *anti-contrattualistico* e *anti-democratico*.

Gli scritti dedicati da Jellinek all'America non furono quindi un mero esercizio storiografico o di erudizione, bensì un esempio assai efficace dell'intreccio nella sua opera tra “momento politico” e “momento giuridico” e, proprio per questo, indicativi della complessità di un autore che non fu solo un grande teorico del diritto e dello Stato, ma *anche* un pensatore politico.

SARA LAGI

⁶³ *Ivi*, p. 80.

⁶⁴ *Ibid.*

Direttore Responsabile
PROF. SALVO MASTELLONE
Autorizzazione del Tribunale di Firenze n. 1950 del 8-10-68



TIBERGRAPH

CITTÀ DI CASTELLO • PG

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI MARZO 2009

Pubblicazione quadrimestrale

Redazione

DIPARTIMENTO DI SCIENZE STORICHE
Via Pascoli 33 - 06123 Perugia - e-mail: penspol@unipg.it

Amministrazione

CASA EDITRICE LEO S. OLSCHKI
Casella postale 66, 50123 Firenze • Viuzzo del Pozzetto 8, 50126 Firenze
e-mail: periodici@olschki.it • Conto corrente postale 12.707.501
Tel. (+39) 055.65.30.684 • fax (+39) 055.65.30.214

2008: ABBONAMENTO ANNUALE – *ANNUAL SUBSCRIPTION*

ISTITUZIONI – *INSTITUTIONS*

La quota per le istituzioni è comprensiva dell'accesso on-line alla rivista,
ottenibile mediante la segnalazione dell'IP a *periodici@olschki.it*

*The price for Institutions includes on-line access to the journal,
obtainable by forwarding IP address to periodici@olschki.it*

Italia: € 85,00 • *Foreign* € 113,00

PRIVATI – *INDIVIDUALS*

solo cartaceo - *print version only*

Italia: € 65,00 • *Foreign* € 87,00

Pubblicato nel mese di marzo 2009

Torino 22•26 aprile 2009

BIENNALE DEMOCRAZIA

sotto l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica

PARTECIPARE ATTIVA(LA)MENTE

Dal 22 al 26 aprile 2009 a **Torino**, nel cuore della città, la prima edizione di **Biennale Democrazia**: una manifestazione internazionale **aperta a tutti** e creata da tutti. Oltre 100 appuntamenti per un'occasione di **dialogo** tra

esperti, pubblico e protagonisti del dibattito culturale.

Un'**esperienza concreta**: una vera e propria "palestra" per l'esercizio democratico, per tradurre la **cultura** della democrazia in pratica della **democrazia**.

Biennale Democrazia è realizzata nell'ambito delle iniziative verso il 150° Anniversario dell'Unità d'Italia

www.biennaledemocrazia.it

è un progetto di



in collaborazione con **LA STAMPA**



media partner

la Repubblica Reset