

## IL METODO GIURIDICO DI LUIGI ARCIDIACONO.

**Agatino Cariola**

Il costituzionalista si muove tra la considerazione del fatto e quella dei valori indicati appunto nella Costituzione. Il metodo del costituzionalista è quindi esposto al pericolo della mera descrizione delle vicende politiche ed alla considerazione di valori forti che si ripresentano quali nuovi tiranni. Il costituzionalista, però, non può ridurre il suo ruolo a quello di giustificazione del potere esistente. Luigi Arcidiacono ha dedicato i suoi studi soprattutto all'organizzazione. Ha inteso la Costituzione come spinta riformatrice della legislazione e come criterio ordinatore dell'assetto delle competenze tra i diversi soggetti politici ed i livelli di governo. Si deve a lui in particolare la nozione di collaborazione come istituto che permette a vari soggetti di accordarsi circa l'utilizzo reciproco delle parti periferiche delle rispettive competenze.

*The constitutionalist moves between the consideration of the fact and that of the values indicated in the Constitution. The method of the constitutionalist is therefore exposed to the danger of the mere description of political events and the consideration of strong values that reappear as new tyrants. The constitutionalist, however, cannot reduce his role to that of justification of existing power. Luigi Arcidiacono devoted his studies above all to organization. He understood the Constitution as a push for reform of legislation and as an ordering criterion for the structure of competences between the various political subjects and levels of government. In particular, he used the notion of collaboration as an institution that allows various subjects to agree on the mutual use of the peripheral parts of their respective competences.*

\*\*\*

1. È sempre difficile per l'allievo parlare del Maestro, e sotto più versanti giacché si rischia di parlare di sé e perché è frequente il rischio di letture agiografiche volte a presentare quadri piuttosto oleografici ed incombe il pericolo di proiettare all'indietro problemi insorti solo di recente. Tutto ciò è tanto più vero se si parla del metodo che ispira un giurista, giacché un Maestro è per definizione il metodo che utilizza e che "passa" agli allievi.

Arcidiacono non ha scritto espressamente sul metodo giuridico e, in specie, su quello che è proprio del diritto pubblico. I suoi lavori, dalla considerazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo del 1974, ai fondamentali studi sull'organizzazione burocratica, alla considerazione della vigilanza, della presidenza del CSM, sino al Manuale, sono più noti sotto gli aspetti sostanziali che non sotto quelli del metodo adoperato. Ma cosa gli accomuna? C'è un filo conduttore tra questi lavori?

2. Il problema è sempre quello di comprendere se, quando ci si accosta al diritto pubblico, il giurista diventa per caso diverso dal collega che si occupa di diritto civile o di penale.

È noto che da Orlando in poi il cd metodo giuridico ha segnato gli studi giuspublicistici; solo più di recente ci si è espressamente volti alla considerazione dei valori che la Costituzione tutela; e spesso ci si muove in un indefinito sincretismo di formalismo e sostanzialismo, anche alla stregua del risultato contingente da raggiungere, cioè a dire di ... non metodo. Il metodo giuridico serviva ad Orlando ed ai suoi allievi per proporsi quali gli autorevoli e necessari interpreti dello Stato nazionale appena realizzato: è questa una sorta di seduzione che accompagna pressoché di necessità il lavoro del costituzionalista. Si potrebbe aggiungere che l'attenzione alla dimensione assiologica delle norme costituzionali esalta ancora di più tale funzione, giacché si dispone ora del "riferimento polemico" per valutare le soluzioni legislative e le prassi dei soggetti istituzionali, appunto alla stregua delle regole costituzionali intese quali valori.

Sulla Costituzione quale strumento di polemica nei confronti della politica dovrà ritornarsi. Ma sin d'ora è utile rilevare che sarebbe utile una riflessione sul fatto se è corretto utilizzare la stessa prospettiva metodologica per le norme di carattere organizzativo e per quelle in tema di libertà, oppure se tali settori meritino riflessioni distinte. Certo dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789 assetto organizzativo e tutela delle libertà vanno di pari passo e sono figli dell'unico costituzionalismo. È anche vero però che se si insiste – come talvolta e da taluno si fa - sulla dimensione fluida della parte organizzativa della Costituzione e, di converso, si richiama l'esigenza di assicurare il contenuto sostanziale dei diritti di libertà e dei relativi istituti di garanzia, di per sé si adottano approcci diversi alle partizioni classiche del diritto costituzionale. Lo stesso è da dire per le questioni relative all'assetto competenziale dei diversi organi e nei rapporti tra i diversi livelli di governo ed al problema sempre attuale se la struttura organizzativa sia fine a se stessa oppure solo strumentale (e

quindi in parte cedevole) rispetto alla necessità di assicurare la tutela di interessi pubblici prioritari.

A ciò deve aggiungersi che il sistema istituzionale italiano si è svolto e si svolge all'insegna di anomalie alle quali ci si è forse abituati: la mancata alternanza dei partiti al governo nel primo quarantennio di vita repubblicana e contemporaneamente la ricerca di politiche condivise sino all'accettazione ed all'esaltazione dommatica del consociativismo; l'instabilità politica anche dopo le continue riforme elettorali; il frequente ricorso a governi tecnici, di unità nazionale, del Presidente, ecc., con ribaltoni poco rispettosi dell'esito elettorale; la stessa celebrazione del ruolo dei Presidenti della repubblica, l'ampliamento delle cui funzioni dovrebbe pure essere una nota stonata nella forma di governo parlamentare di partiti, anche perché di colpo si giunge all'esaltazione di un soggetto politico pur espresso dal sistema politico sul quale pur non si lesinano critiche.

In tutte queste circostanze si avverte il problema del metodo che segue l'interprete nella considerazione di tali vicende: se assumerle criticamente e contestarle oppure accettarle quali dati del sistema positivo e sulla loro base costruire regole e regolarità della politica.

Il riferimento al metodo potrebbe continuare a proposito della comparazione: che esso sia un criterio giuridico adoperabile dal giurista positivo per risolvere questioni concrete lo mostrano la storia del costituzionalismo ed in certa misura anche l'elaborazione dottrinale, atteso che l'attenzione alle esperienze diverse e soprattutto la loro "pesatura" (il darvi cioè vere e proprie "pagelle" alla stregua dei valori superiori assunti a riferimento) è tipica degli Autori che hanno appunto preparato e seguito la Rivoluzione: si pensi ai lavori di Mably, Brougham, Sismondi, Filangieri, Romagnosi, ma anche al siciliano Emerico Amari ed alla sua *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* del 1857. Ma il problema non è oggi solo quello di indicare alle istituzioni italiane un possibile modello ideale (secondo l'ispirazione risorgimentale che ambiva a rendere liberale l'ordinamento politico), ma quello di contribuire all'elaborazione del modello nei più diversi campi che vanno dalle soluzioni organizzative alla definizione delle tematiche relative agli istituti di libertà sino alle problematiche bioetiche: in tutti questi ambiti si tratta di contemperare il principio di identità costituzionale con le esperienze diverse e, soprattutto, di partecipare senza subordinazioni culturali all'individuazione di un parametro di diritto costituzionale comune che non può essere lasciato alle affermazioni di una qualche cultura egemonica, giacché si finirebbe per far assolvere al diritto comparato una funzione strumentale all'esercizio di nuovi ed irresponsabili poteri in contraddizione con le premesse del costituzionalismo medesimo.

3. Ancora una volta il problema del metodo torna nel lavoro del costituzionalista. Probabilmente in ordine all'approccio metodologico nel diritto pubblico italiano deve operarsi una sorta di periodizzazione storica in dipendenza dell'avvento della Costituzione repubblicana, giacché gli anni '50 e '60 dello scorso secolo hanno insistito sulla normatività della Costituzione, ma anche sulla tesi della Costituzione inattuata (del quale l'insistenza sul cd ostruzionismo della maggioranza è stata larga parte). So di toccare un profilo importante che ha avuto tanti risvolti.

Certamente la Costituzione repubblicana ha rappresentato una netta contrapposizione al passato regime: ciò sembra oggi trascurato giacché il patrimonio costituzionale è divenuto comune anche ai soggetti che sono stati estranei alla sua formazione. Eppure, la considerazione del personalismo e del pluralismo, il riconoscimento delle libertà fondamentali, l'affermazione dell'eguaglianza sostanziale sono valori che opera(va)no sotto una duplice veste, giacché qualifica(va)no l'ordinamento repubblicano nato dalla Resistenza ed al tempo stesso giudica(va)no del tutto negativamente l'esperienza fascista ed i suoi epigoni istituzionali e prospettavano un modello da perseguire. È stato naturale che la Costituzione fosse intesa quale strumento polemico nei confronti del passato e da qui essere pressoché subito utilizzata quale parametro di giudizio (ma si direbbe: di lotta) nei confronti delle manifestazioni di potere riconducibili in qualche modo alla cultura contestata e dalla quale si prendevano le distanze.

Da qui il passo è stato breve ad intendere ed utilizzare la Costituzione anche quale criterio di legittimazione dei ceti politici, specie le volte in cui si è posto mano alle riforme istituzionali. Il partito-Stato che si identifica con l'ordinamento è oggetto di tante riflessioni: qui si vuol sottolineare che la relazione è stata tanto più estesa ed ha visto, innanzitutto, soggetti legittimati ad intervenire con pienezza sulla scena politica i partiti che avevano partecipato alla lotta antifascista ed avevano contribuito alla realizzazione dell'accordo costituzionale. Nella nostra esperienza istituzionale ha funzionato un circuito partiti-Costituzione-Stato: in fondo un presupposto utilizzato da tanta parte degli studi giuspublicistici nel primo periodo dell'esperienza repubblicana.

Per un verso la criticità fa parte dell'approccio costituzionalistico: se la prospettiva giuridica è per definizione quella del dover essere, a maggior ragione ciò è da dire per l'ottica del costituzionalista. La Costituzione repubblicana introduceva un universo di valori del tutto diverso rispetto a quello dell'esperienza fascista e poteva essere utilizzata per contestare soluzioni legislative esistenti e spingere al loro cambiamento: da questo punto di vista svolgeva il ruolo di motore delle riforme che si chiedeva da tante parti di apportare alla legislazione del ventennio.

Epperò, una volta “svecchiato” l’ordinamento o almeno “smussati” i contrasti più forti della normazione prerepubblicana con le proclamazioni costituzionali, nei confronti ed a carico della legislazione adottata da forze politiche costituzionali, spesso con l’ampio consenso che proveniva anche dall’esperienza consociativa, la funzione polemica della Costituzione veniva meno. Come già rilevava Leopoldo Elia a proposito del giudice costituzionale quale terza camera o istanza di compensazione, della Costituzione è esaltata ora la dimensione riformista ed il costituzionalista si muove in tale prospettiva tutta interna al sistema perché si tratta di definire il punto di equilibrio tra interessi tutti dotati di rilievo costituzionale. Il bilanciamento tra valori diviene non a caso il terreno oramai preferito (e della giurisprudenza costituzionale e) dei giurispubblicisti. Semmai va notata l’estensione delle norme costituzionali a situazioni e vicende del tutto nuove rispetto a quelle prese in espressa considerazione dalla Costituzione del 1948: tutti gli interessi (non illeciti) premono per avere riconoscimento costituzionale: si pensi a quelli posti in evidenza dalla tecnica, specie nel campo bioetico; ma anche a quelli derivanti dal processo di integrazione europea (ad iniziare dal valore della concorrenza). La dimensione costituzionale diviene quella che assume la necessità di ripensare sempre all’equilibrio tra gli interessi. Questo, anzi, risulta un profilo fondamentale nel senso che l’approccio metodologico del costituzionalista non può limitarsi a prendere atto delle soluzioni di volta in volta raggiunte, specie dalla giurisprudenza costituzionale, come se le stesse fossero indiscutibili per il futuro, perché anzi deve adottare una prospettiva che continua a sostenere la presenza dei singoli interessi e mette in continua discussione l’equilibrio raggiunto. Gli esempi potrebbero essere tanti e vanno appunto dai grandi temi della bioetica ai rapporti tra i soggetti politici o a quelli tra Stato e regioni.

E tale approccio metodologico vale alla fine riguardo i problemi relativi alla parte valoriale dell’ordinamento costituzionale e quelli posti dalla struttura organizzativa, specie al più alto livello istituzionale.

4. Rispetto agli altri temi del diritto pubblico, Arcidiacono predilige certo l’organizzazione, considera cioè preponderante la struttura deputata ad assumere decisioni per tutti i cittadini ed a prestare i necessari servizi. Si muove allora su un crinale in cui, da una parte, c’è l’inevitabile continuità delle istituzioni; da un’altra parte ci sono principi costituzionali del tutto nuovi; da un’altra parte ancora c’è la disciplina legislativa ordinaria - o addirittura la prassi - che si sviluppa su fondamenti risalenti nel tempo e che pure ora è orientata ai principi costituzionali o

almeno ad essi dovrebbe esserlo. Si pensi solo all'istituto del controllo, che certo è da tempo conosciuto e che pure ora va ripensato e riconfermato alla stregua delle funzioni cui la Costituzione lo destina. Non a caso a quell'istituto che è per così dire la prosecuzione del controllo sotto il profilo degli interessi sostanziali da curare nella loro interrelazione, cioè la vigilanza, Arcidiacono dedica l'apposito studio di teoria generale che ancora una volta muove dalla considerazione dell'organizzazione per riferirsi all'attività.

In Arcidiacono, che si è pure formato negli anni sessanta dello scorso secolo, la Costituzione non è più paradigma o referente polemico nei confronti dell'ordinamento, ma è un pezzo o una parte integrante dello stesso, anzi la parte che ispira, spiega e dà senso alle strutture ordinamentali. Arcidiacono mette assieme principi costituzionali e disciplina legislativa ordinaria, ed interpreta quest'ultima alla stregua dei primi: la Costituzione diviene così criterio ordinato ed ordinatore dell'ordinamento.

Se c'è un termine che segna la ricerca scientifica di Arcidiacono, potrebbe o dovrebbe dirsi che egli spiega, nel senso che indica l'attuazione corretta dei principi ad opera della normazione repubblicana. Ciò avviene sia quando teorizza che le relazioni tra i soggetti pubblici in una democrazia pluralista non possono che ispirarsi al criterio di collaborazione (che non è né sana né leale, ma collaborazione pura e semplice); sia quando ricostruisce i rapporti tra ceto politico e struttura burocratica all'insegna della relazione fiduciaria; sia appunto quando definisce la vigilanza come il potere di assumere la visione integrata degli interessi pubblici e privati; sia allorché applica tale visione ai rapporti all'interno del CSM, sino al punto di impegnarsi a dimostrare la differenza tra le formulazioni degli artt. 87 e 104 Cost. La ricostruzione di Arcidiacono è quindi nella prospettiva del dover essere costituzionale, cioè a dire delle regole di principio che la Costituzione pone, delle conseguenze applicative che esige, ma anche delle possibilità che consente, in un quadro che la tradizione pubblicistica alla quale si ispira vuole organico.

Allora, anche negli aspetti organizzativi la Costituzione integra e non divide. Ciò è a base dello studio di Arcidiacono sin dai suoi primi lavori, in particolare da quello sulla collaborazione del 1974 (*Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*), e dalla tesi assai forte lì sostenuta che essa può comportare la deviazione dall'assetto competenziale e l'esercizio da parte di alcuni poteri di funzioni accessorie e/o periferiche assegnate ad altri.

Arcidiacono fa del pluralismo istituzionale la chiave di lettura dell'intero sistema, ma ne cerca la razionalizzazione: «*il pluralismo, essendo un sistema e non un dato statistico, più che in relazione al numero dei centri di potere esistenti in un certo momento*

nello Stato, va apprezzato per ciò che esso realmente significa e determina sul piano sostanziale dei rapporti tra pubblici poteri e, in particolare, su quello della loro razionalizzazione» (pag.-2 s.).

«Il pluralismo – merita sottolinearlo – è un fatto irreversibile, radicatosi oramai nel nostro ordinamento, di cui costituisce elemento di qualificazione, da quando fecero breccia nel disegno costituzionale le nozioni di autonomia e di decentramento, opportunamente sorrette dal principio della sovranità popolare. Più esattamente da quando si radicò la convinzione, per altro esatta, che sulle rovine dello Stato di diritto, se ne doveva edificare un altro di tipo diverso, fondato su una più larga apertura verso gli interessi popolari, di cui l'autonomia e il decentramento rappresentano, appunto, garanzie tra le più genuine» (pag. 3 s.).

Dal pluralismo istituzionale discende la necessità del collegamento tra i tanti "poteri", ma da qui anche l'emersione della «collaborazione, quale figura organizzatoria, [che] assolve appunto la funzione di mediare il potere di un centro di fronte ad un altro, rendendone cioè reciprocamente disponibili le competenze» (pag. 160). Era veramente innovativa l'idea che i soggetti pubblici potessero quasi disporre e consentire alla cessione delle loro competenze, o meglio delle "zone di periferia", e permettere che altri soggetti potessero utilizzarle.

È un esempio dell'approccio utilizzato, che è un profilo di metodo ancor prima di una ricostruzione dell'istituto. L'impianto costituzionale si sviluppa nell'ordinamento e richiede lo sviluppo ad opera della normazione ordinaria: da qui la necessità di intendere e "leggere" quest'ultima alla stregua della prima, ma anche l'opportunità di valutare le possibilità applicative offerte dalla stessa.

5. Allora la Costituzione è per definizione elemento riformista, che va valorizzato per intero.

Qui si conferma l'osservazione già avanzata, e cioè che l'attenzione di Arcidiacono è stata rivolta in grande parte all'organizzazione, cioè alla legislazione, e non alla giurisdizione. Alla fine lo studio dedicato all'attività giurisdizionale è la nota critica al CGA che si era rifiutato di dar seguito alla questione di legittimità costituzionale sollevata da un interveniente *ad adiuvandum*, n. 449/1969 (in *Giur. it.*, 1969).

Il punto è che la tradizione italiana si poneva in un'ottica riformista ed Arcidiacono era pienamente in questa tradizione: fare della Costituzione la chiave di evoluzione dell'intero ordinamento. Il compito era quello di giuridicizzare l'organizzazione amministrativa, dar senso compiuto alle prescrizioni costituzionali su di essa e renderle effettive. Non a caso, nel 1983, sempre occupandosi di organizzazione, scriveva che i problemi erano «1) il ritenere l'amministrazione ad ogni

costo un soggetto-autorità, e perciò, «plusvalente» rispetto agli altri soggetti; 2) l'aver continuato a stimare l'interesse pubblico quale interesse dell'amministrazione; 3) l'aver mortificato il ruolo dell'apparato burocratico di fronte al Governo per l'incapacità di lettura degli artt. 28 e 97, dimostrata dalla Corte. A questa interpretazione si lega una serie di corollari, che toccano tutti i punti più delicati in cui emerge l'amministrazione, come apparato e come fonte di attività provvedimentale» (in Pol. dir., 1983, 452).

Gran parte del lavoro di Arcidiacono è stato, infatti, volto alla "costituzionalizzazione" del ruolo e delle funzioni della burocrazia, potere da individuare e quasi da snidare, cui dare piena rilevanza ma al tempo stesso attribuire responsabilità: infatti, «la proclamazione della responsabilità personale dei dipendenti pubblici null'altro è se non il risvolto, espresso in termini di responsabilità per garantire diritti dei cittadini, della affermazione della partecipazione dell'amministrazione all'esercizio delle pubbliche funzioni in maniera indipendente». In ordine all'art. 28 Cost. la stessa Corte avrebbe potuto scoprirvi «l'immediata e consequenziale implicazione del principio di imparzialità, e l'ulteriore rifinitura della separazione dell'amministrazione dalla politica. Essa sarebbe [potuta giungere] a cogliere ciò che sembra meno propensa ad ammettere: che la unità è criterio integrativo e non limite positivo. Che esistono e sono veramente a portata di mano nella Costituzione gli strumenti coi quali rifondare l'apparato amministrativo, offrendo i necessari orientamenti al Parlamento, perché le indicazioni del Costituente siano rispettate e concretamente tradotte» (ivi, 465).

6. Giuridicizzare l'organizzazione, giuridicizzare il potere ed il suo esercizio. Arcidiacono vi ritorna nel saggio per gli *Scritti Cassarino* del 2011, dedicato alla caratterizzazione dei poteri.

«La teoria della separazione poggia su due capi: uno fisso, l'altro variabile; il fine ed il modello di organizzazione. Il problema cui essa dà origine non sta all'interno di codesta combinazione, bensì al di fuori. Sono le trasformazioni, che accompagnano l'evolversi della società, a toccare la struttura dello Stato, le sue istituzioni e il loro funzionamento, dimostrando non l'inefficacia della teoria, ma l'inadeguatezza del modello di fronte al fine. Vero è che gli eventi fanno velo sullo scopo, poiché ne soffrono le garanzie dei diritti singoli; ma ciò costituisce l'effetto dell'inadeguatezza del modello di organizzazione su cui l'incapacità di questo nel realizzare appieno la tutela induce a riflettere perché venga modificato l'assetto esistente, non più in grado di tenere il passo con l'obiettivo. Si rifletta, infatti per assurdo, che elementi e caratteri della società da cui nacque l'esigenza del cambiamento, il quale portò alla elaborazione e alla applicazione della divisione dei poteri, fossero rimasti uguali nel tempo, fino ai nostri giorni; in tale evenienza sarebbe stato e sarebbe

*ancora difficile prospettare una qualsiasi revisione del modello organizzatorio distributivo della potestà, proposto a suo tempo dall'autore della teoria.*

*La singolarità di quest'ultima risiede, dunque, nei suoi due peculiari aspetti: della variabilità nel tempo e nello spazio, senza, tuttavia, che tale elemento lasci cedere alcunché della forza innovatrice del principio; della storicità con cui esso si propose ed impose al tempo della sua elaborazione e della sua capacità di rigenerarsi. Questi dati fanno considerare la teoria ugualmente viva ed efficace ancor oggi, momento nel quale da più parti si intuisce che taluni aggiustamenti andrebbero pensati alla luce dei mutamenti che si registrano nella società, proiettati nell'assetto dell'esercizio delle funzioni pubbliche. Anzi, da questo punto di vista, la divisione dei poteri si lascia vieppiù apprezzare, in quanto lo stimolo alla riflessione nasce dalla intrinseca capacità del relativo principio, docile a subire le correzioni nel suo aspetto giuridico in direzione dell'obiettivo» (pag. 9).*

7. Qui il problema diventa la considerazione del fatto.

Potrebbe dirsi che il fatto è la scommessa del pubblicista, il suo banco di prova, la sua sfida, se si vuole la sua tentazione.

Il giurista, specie il pubblicista, non può trascurare il fatto, ma non può rassegnarsi al fatto. Non può accettare Hegel e la sua tesi della razionalità del fatto solo perché compiuto e, quindi, irreversibile.

Al di là c'è quello che può definirsi il panglossismo metodologico, l'idea di appiattirsi sul fatto, sia esso la decisione politica o quella giurisdizionale. È la rinuncia ad ogni metodo, più a fondo è la resa del giurista, specie del costituzionalista, all'esito dei rapporti di forza, e quindi l'abdicazione a voler regolare i conflitti tra gli interessi e tra i rispettivi titolari: ruolo che dovrebbe essere appunto il mestiere del giurista.

Il problema – se così può dirsi – non è nuovo: lo hanno posto in grande evidenza le tragedie greche. Oreste è per definizione l'eroe dilaniato dal conflitto tra la necessità di vendicare il padre e l'obbligo di ricevere la sanzione per l'uccisione della madre, entrambi interessi degni di considerazione, tanto è vero che nemmeno l'aeropago riesce a far prevalere uno sull'altro. L'intervento di Athena, come tutte le altre volte in cui sulla scena appare il *deus ex machina*, è meramente consolatorio, giacché si risolve nell'accettazione dell'esistente. Il fatto compiuto diviene la logica di sistema: l'evento si è già verificato, il conflitto tra valori diversi non può essere risolto, il fatto è assunto al livello di regola di principio. Che qualcosa sia accaduto, è stato giusto e razionale. L'intervento del dio non può avere altro significato che quello di riconoscere l'effettività della situazione, di rassegnarsi di fronte alla realtà.

Questa è però anche la logica più facile e superficiale.

In fondo, già per il fatto di riunire le persone, la rappresentazione teatrale non aveva lo scopo di narrare un evento ed il suo finale. L'interesse che permane universale della tragedia è quello di mettere in scena il conflitto e di proporre riflessioni attorno alla pressione di valori ognuno dei quali richiede tutela esclusiva: la narrazione spinge alla riflessione e ciò è molto più importante dell'esito (in cui di volta in volta un soggetto e/o un valore prevale su altri). Potrebbe dirsi che per gli autori greci era importante invitare gli spettatori a ragionare sulla circostanza che le vicende personali e soprattutto la convivenza nelle loro città erano segnate da conflitti e che bisognava normarli, senza attendere l'intervento risolutore di soggetti esterni. Anzi, la circostanza che il conflitto tra valori toccava spesso le basi della *πόλις* e dei detentori di *Κράτος* (si pensi solo alle vicende di Edipo e poi di Creonte) finiva per "scoprire" le basi assolutamente fragili di ogni potere, nel senso appunto che ne rilevava l'ispirazione assolutamente personale spesso dietro il suo esercizio.

8. Il costituzionalismo riprende, in fondo, la logica della necessità di dare tutela a valori in conflitto evitando che uno solo di essi prevalga sino ad annullare gli altri. È la logica dell'*et et*, che si sostituisce a quella dell'*aut aut*. Interessi diversi debbono coesistere e trovare tutti una qualche forma di tutela. Allora, il mantenimento del fatto compiuto può essere anche uno degli interessi da considerare, ma non certo l'unico. Il potere non può pretendere di essere giustificato di per sé, semmai solo per gli interessi sostanziali perseguiti.

Nei suoi studi Arcidiacono propone il suo modello di come dovrebbero essere i rapporti tra i poteri, ma il potere non ne esce giustificato. E ciò vale anche quando si tratta di quei particolari fatti integrati dalle decisioni giudiziarie, le quali vanno – possono essere – accettate e sostenute solo se rispondano alla logica della contemporanea tutela da dare a tutti gli interessi coinvolti, senza soluzioni ripiegate sul fatto compiuto.

Infatti, in generale il giurista non può essere giustificazionista, l'aedo del potere. Il potere va conformato, guidato, ispirato, limitato, ma giammai *sic et simpliciter* accettato e giustificato.

Qui si introduce anche un ulteriore profilo, giacché – e lo anticipavo prima – la riflessione di Arcidiacono si muove dalla considerazione dei valori accolti in Costituzione. Ma la teoria dei valori non può spingersi sino al piano sociale e personale a richiedere l'adesione delle coscienze, in una rinnovata emersione dello Stato etico. È il rischio dell'insistenza sui valori, che da Schmitt in poi rischiano di

divenire tiranni.

Proprio nello scritto dedicato a Cassarino, Arcidiacono accoglie ed esalta la distinzione tra Stato e società civile, perché la riduzione e/o l'assimilazione senza residui della seconda al primo significherebbe l'esclusione di spazi di libertà (permettetemi di utilizzare il termine) naturali propri della sfera sociale.

*«La condizione del permanere della rispondenza del modello giuridico della divisione dei poteri al fine è dettata essenzialmente dalla circostanza che il potere di governo non occupi gli strumenti della comunità, ma li metta al proprio servizio; nel senso che ne faccia produttivo mezzo ella sintesi dalla quale viene chiamata la sua attività, espressa dal (e racchiusa nel) carattere, appunto, della rappresentatività. Quando si allude alla eventuale tendenza del potere governante verso l'appropriazione degli strumenti (tipizzati o meno) della comunità, si fa riferimento a legami e strumentalizzazioni attraverso cui il primo può addormentare, se non addirittura addomesticare, a suo profitto, le iniziative della società, ampliando la rete di consensi di cui deve necessariamente godere la maggioranza che quel potere è naturalmente destinata ad occupare, in democrazia. Senonché la realizzazione di siffatta circostanza pone in crisi i rapporti tra potere governante e società, alterando i termini della relazione in cui esso deve manifestarsi» (pag. 15).*

Il mantenimento della soggettività giuridica della società è condizione per la permanenza dello Stato costituzionale che, per un verso, è fondato sul pluralismo, per altro verso deve sostenere e promuovere l'assetto pluralistico sia sotto l'aspetto istituzionale sia sotto il profilo sociale ed economico. Il potere deve continuare ad essere diviso, secondo l'istanza deontologica insita nella teoria della separazione.

Il passaggio riportato è importante: Arcidiacono non sta descrivendo, ma sta indicando il modello da perseguire. La stessa insistenza sulla dimensione valoriale della Costituzione vale – deve valere – contro la maggioranza, ma non a sostenerne le decisioni quasi a consacrarle in via definitiva, e le quali hanno a base solo il consenso elettorale, per definizione mutevole.

Appunto, il lavoro del giurista rimane ancorato alla prospettiva del dover essere. Il giurista non può essere un aedo del potere, e certo Luigi Arcidiacono non lo è stato.