MATERIALI PER UNA CULTURA DELLA LEGALITÀ

2015

a cura di

GIUSEPPE ACOCELLA

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Vincenzo Rapone

Oltre lo Stato di diritto? Rappresentazioni della legalità e istanze normative

Sommario:
1. Della crisi come rappresentazione. – 2. "Crisi dello Stato" e ripetizione storica. – 3. *Rule of Law, État de droit, Rechtsstaat.* Modelli storici di riferimento del rapporto tra legalità e limitazione del potere sovrano. – 4. Lo Stato Costituzionale di diritto tra realtà e ideologia.

1. *Della crisi come rappresentazione*

Di una crisi morale, nel senso non introspezionistico del termine, è affetto il nostro corpo politico: che la sola economia assurga a parametro interpretativo ed esplicativo unicizzante di tutta la sua complessità, assai più che indicare la strada di una possibile soluzione, è il sintomo di una grande difficoltà nel padroneggiarne le coordinate. Difficoltà che si evince, innanzitutto, dall'interversione dal sapore nietzchiano, che ha luogo *a parte objecti*, del rapporto tra causa ed effetto: non sappiamo fino a che punto la crisi economica non sia un effetto di una crisi morale più ampia, che chiama in causa i fondamenti etici, politici, giuridici, della nostra civilizzazione. Inoltre, *a parte subjecti*, spiegare unilateralmente la crisi attraverso categorie economiche ha un altro senso: quello di elevare al rango di universale una categoria concettuale determinata, quella di economia, universalizzandola. Un rapporto che è per sua natura di tipo particolare viene elevato al rango dell'universale attraverso progressive generalizzazioni, che, asintoticamente, tendono "naturalmente" a costituire la sfera economica come egemonica nell'interpretazione del vivente. Si investono dunque nella teoria le dimensioni dell'interesse e dell'utile della capacità di rendere ragione della crisi di entità, come l'etica e la politica, tradizionalmente ascritte alla sfera dell'universale: si tenta di risolvere, invano, dal punto di vista di chi scrive, l'ossimoro, a tutti gli effetti al cuore di una disciplina quale l'economia politica.

In che misura ci chiediamo, infatti, può l'economia essere politica? In

quanto strutturalmente ed ineludibilmente legata alla sfera del particolare, infatti, l'economia può diventare parametro di possibile interpretazione e di regolazione della vita sociale, solo a certe condizioni. Innanzitutto, dev'essere intesa in un ambito che trascende e supera, la sfera dell'utile individuale, ma che, allo stesso tempo, diviene chiave di interpretazione totalizzante anche delle disposizioni individuali: è il caso della creazione di effetti virtuosi a partire dall'egoismo individuale[1]. Se guardiamo ad alcuni aspetti della situazione attuale, dai più derubricata come crisi, ci accorgiamo di quanto in realtà sia arduo da definire, impercettibile da valutare, nell'ambito di un momento critico, il discrimine tra i momenti economico, politico e giuridico: la preminenza in sede interpretativa dell'accezione economica del termine crisi, è, contraddittoriamente, se non paradossalmente, coessenziale alla rinnovata tensione universalizzante con cui la sfera economica si propone da qualche decennio a questa parte, soppiantando l'universalismo, nelle sue declinazioni politica e giuridica. L'economia, rinnegando la sua genealogia concettale, misconoscendo cioè la propria *pudenda origo* (l'economia è, stando al suo stesso etimo, 'domestica', ogni economia è domestica per eccellenza, senza poter essere mai 'politica'), vuole lasciar intendere che l'oggetto che le fa da referente, l'oggetto nel cui campo si strutturano attività e riflessione economiche si possa costituire come U*no* (com'era stato per il Dio delle tradizioni religiose e per il concetto in quelle filosofiche). Ossia, che possa situarsi in posizione prima unificante, poi universale, riguardo sia al superamento del conflitto sociale, sia dei confini tra sfera nazionale e sfera sovranazionale (la globalizzazione) sia, infine, alla costituzione di una a tutti gli effetti sfera politica, ed è il caso dell'UE[2], in cui si è affidato all'unione monetaria il compito di fare da vettore all'implementazione di tutti quei processi istituzionali, organizzativi, costituzionali, di natura squisitamente politica. Nell'ambito di questo processo generalizzato di rimozione della propria origine, l'economia, si vuole e si rappresenta giorno come giorno sempre più come etica, rinnegando quanto l'oggetto costitutivo del suo discorso sia scisso in sé stesso e a sua volta scindente, motivo per cui l'origine dell'arricchimento abita, da sempre, un'area moralmente neutrale, se non ad essa indifferente.

C'è però dell'altro: proprio la tendenza a ridurre una crisi che è a tutti gli effetti morale in termini 'economici' è, in realtà, da porre in serie con quei fenomeni, di ordine sociale e politico, la cui stoffa è quella dell'intervisione tra le sfere dell'universale e del particolare, tra "cosa pubblica" e "cosa privata", caratterizzati dall'elevazione di entità parziali al livello di quell'universale della cui stoffa, gioco forza, è tessuta l'attività istituzionale. Così, presupponendo di ottenere effetti virtuosi lasciando agire volontà e interessi non sganciati dal particolarismo, la sfera dell'universale smarrisce il suo statuto di entità sovraordinata rispetto alla dimensione del generale e dell'individuale, con le conseguenze che sono sotto gli occhi di tutti: fenomeni come la personalizzazione dei partiti, rivendicazione da parte degli imprenditori di uno statuto politico, l'elevamento prima dell'azienda, poi dell'amministrazione a modello del governo della nazione, quella del controllo del territorio da parte di organizzazioni parziali, i cui scopi, sovente di natura criminale, non possono in alcun modo essere iscritti in quel pluralismo sociale che è complementare ad una certa idea della rappresentanza politica; l'occupazione dello Stato da parte dei partiti, non differiscono tra di loro nella sostanza, pur insistendo su una diversa scala, dalla pletora di spiegazioni unilateralmente economicistiche della crisi, costituendone, piuttosto, il correlato empirico.

In una scala che va dal microcosmo al macrocosmo non sfuggono a questa logica fenomeni come l'organizzazione clanica delle famiglie, così come la tendenza di singoli stati ad arrogarsi funzioni di presunta pacificazione di conflitti locali: a ripetersi è il misconoscimento di quella cornice teorica, che solo riesce a qualificare i fatti, sottraendoli alla mera fattualità, inquadrandoli ed elevandoli al rango della dimensione del valore. Fenomeni apparentemente del tutto eterogenei tra loro, come l'incremento esponenziale di quella violenza che nelle famiglie mette in discussione la vita stessa dei membri che la costituiscono, l'intervento di singole nazioni nel garantire l'ordine mondiale possano essere ricondotti ad una medesima matrice empirica e concettuale, il cui tratto comune è il misconoscimento del quadro concettuale ed empirico nel quale fenomeni determinati hanno luogo, elevandone di parziali al rango di universale concreto.

Soffermiamoci seppur per un attimo, su un altro fenomeno di cui molto si è scritto: la personalizzazione dei partiti, e più in generale, delle istituzioni, sovente anche culturali: come nel caso di interpretazioni di stampo unilateralmente economicistico, anche la razionalizzazione di tali fenomeni comporta una vera e propria interversione dei rapporti tra causa ed effetto. Con la famosa espressione, "il re è morto, viva il re" si testimonia proprio dell'evento della scomparsa del soggetto posto in posizione di recettore di un potere legittimo che emerge la struttura relazionale e simbolica sottesa ai rapporti politici: il potere sovrano, sia esso incarnato dal re, del popolo o della nazione, si sostiene nella sua legittimità, da sempre (come vuole, tra gli altri, lo stesso Hart) nella credenza nell'istituzione, che non può essere ridotta al rango di mera valutazione che i singoli o le personalità collettive gli attribuiscono. La sua realtà

[1] La sfera del pensiero è forgiata dalle strutture linguistiche: come Kant e Nietzsche a tempo debito hanno fatto notare, è la lingua italiana che non distingue, al contrario di quella tedesca, tra "benestante" e "beneavente", indicando con il primo termine una persona che vive una situazione di agio materiale: è l'interversione paradigmatica al discorso dell'economia, oggi.

[2] Sul problema della legittimazione democratica all'interno dei processi di unificazione europea, cfr. R. Bellamy, D. Castiglione, *Il deficit democratico dell'Europa e il problema costituzionale*, in AA.VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, 2002, pp. 506-535.

si manifesta nella sopravvivenza delle istituzioni a quegli uomini che, per alcuni momenti l'hanno incarnata in modo eminente: quando un'istituzione, un partito ad esempio, sia nel caso che sia in posizione assolutamente egemonica, sia che conviva in una dialettica democratica, non sopravvive a colui che l'ha fondata, o a colui che vi ha associato in modo indissolubile il suo nome, ciò non significa che non c'è un successore all'altezza, ma che, semplicemente, quel potere non era legittimo.

Questo discorso può essere riportato su scala diversa: la sensazione che oggi, il potere sia sempre più questione che riguarda singoli, la cui fine determina il declino delle istituzioni da essi governate, non è da interpretarsi, come accade invece per lo più, intervertendo i rapporti di causa ed effetto, come espressione di un declino antropologico, che è solo il punto finale di un'assente mediazione simbolica. Le istituzioni che non sopravvivono ai singoli che, personalisticamente, ne hanno il nome tutelare, non decadono per incapacità di trovare dei soggetti in grado di sostituirli, ma perché ad emergere è quel nulla di istituzione, quella crisi della trasmissione simbolica, che ha fatto sì che quella determinata singolarità potesse incarnare l'istituzione. Lungi dal trovare conforto nel rimpianto per personalità passate, di spessore tale da garantirne il organicamente il funzionamento, queste realtà si sono dimostrate effettive e viventi alla luce di un altro principio, sulla cui scorta la messa in opera dell'apparato normativo, il semplice rispetto delle regole, incluso l'esercizio formalistico della legalità, non riesce più ad essere garante di quell'accesso alla dimensione del senso, che entra in gioco quando la questione è quella della cornice ideale in cui inquadrare questi momenti, cornice identificabile con la sfera della legittimità. A dimostrazione dell'indissolubilità del nesso tra legalità e legittimità, di come il loro legame nei regimi moderni non sia evemenenziale, ma necessario, vi è la diffusa tendenza a regolare un sempre maggior numero di situazioni attraverso il ricorso a strumenti specificamente extra-legali, nonché al riconoscimento formale di associazioni parziali. In definitiva, da un certo punto di vista, la situazione nella quale si assiste all'appropriazione dell'apparato dello Stato da parte di singoli e gruppi, oggi non a caso provenienti dalle sfere dell'imprenditoria, e dei partiti, alla monopolizzazione di certa parte del territorio del controllo dell'ordine da parte di organizzazioni parziali[3],

[3] Che il fenomeno della criminalità organizzata non vada inquadrato acriticamente nell'ambito della trasgressione alla legge e dell'illegalità semplicemente intesa, bensì in una connessione più articolata con il quadro complessivo dei rapporti ideologici e politici, è testimoniato dalla seguente affermazione di Silvio Spaventa, il quale, nell'ambito di un lucido bilancio critico della politica del governo di destra all'indomani dell'unità d'Italia, sostiene (B. Croce (a cura di), *La politica della destra*, Bari, 1910, p. 42): «Un altro grande errore noi commettemmo, per un'inclinazione che avemmo in comune anche con la sinistra, e, quindi, per la spinta da essa esercitata su noi a credere nella efficacia illimitata degli ordinamenti liberi per la conservazione della pace e sicurezza sociale. Questo dottrinarismo e dommatismo filantropico liberale fu causa di grandissimi mali, avendo ritardata o in parte impedita, la distruzione del brigantaggio, della camorra, della mafia e simili lordure nel nostro paese».

spesso connotate in senso criminale, va inquadrata in un contesto più ampio di relazioni, se non si vuole cedere alle ragioni di una 'crisi' derubricata unicamente sul versante economico.

Se crisi c'è, e non è detto che, in senso tecnico, ci sia, dal momento che il termine stesso rimanda ad uno stato normale, di ascendenza positivistica, che nulla è più di un'ipotesi, questa è, al tempo stesso, interpretativa ed empirica: l'incapacità di collocare fenomeni empirici nel giusto quadro concettuale va di pari passo con la tendenza di "semplici" fenomeni parziali a costituirsi, imperativamente, come universali[4].

A questa cornice teorica appartiene dunque a pieno titolo la problematica della legalità, così come, allo stesso titolo, di quella "crisi della legalità", oggetto nell'attualità e nel dibattito pubblico di così tante riflessioni, provenienti da ambiti diversi, impone una riflessione che si svincoli dalla questione del rispetto formalistico delle regole, per ancorarsi – ove voglia tenersi su di un piano scientifico – ad un piano inclusivo di una riflessione anche qui attenta alle coordinate teoriche e concrete in cui essa si declina, in cui rilevano tanto la tensione epistemologica, ossia un riferimento che sia adeguato nell'inquadrare concettualmente la legalità, quanto l'efficacia sociale. Innanzitutto, sarebbe ingenuo identificare la legalità con il semplice rispetto di un ordine, sia esso sociale, politico o giuridico, a sua volta prodotto dell'obbedienza a norme: affinché quest'obbedienza sia rilevante, è necessario rilevarne elementi di quali-

[4] Pienamente condivisibile l'analisi di Francesco Viola, che, però, individua nel rispetto dei diritti umani la fonte della legittimità dell'ordinamento; così (*La crisi della legalità democratica*, in «Segno», XIX, 1993, nn. 142-143, p. 42): «Ho già detto che la prima versione dello Stato di diritto rinuncia all'assolutezza della volontà legislatrice. Ciò significa che la legge positiva è vera e propria legge solo se in qualche misura si conforma a determinati valori fondamentali, che non sono a disposizione del potere politico e della volontà umana ma che questa trova già operanti e deve solo riconoscere e rispettare. Questi valori fondamentali sono quelli che noi oggi chiamiamo i diritti dell'uomo, il cui rispetto costituisce ormai una garanzia internazionale di legittimità del potere politico. Tutto ciò è una ben comprensibile reazione alla democrazia totalitaria e al contempo il tentativo lodevole di salvare il concetto etico di giustizia legislativa. Tuttavia le difficoltà sorgono quando queste esigenze s'incontrano con la logica interna dello Stato di diritto. Questa è orientata dal principio della sovranità della legge e questo principio vuol dire in sostanza che la legge è sottoposta solo alla legge. Ma questi valori fondamentali si sono dapprima presentati come un criterio esterno che limita e orienta la volontà legislatrice. La legge umana sarebbe, pertanto, sottoposta a ciò che non è legge umana e ciò non rispetta le regole del gioco. D'altronde la difficoltà d'individuare quali siano questi valori fondamentali, l'incertezza sul loro contenuto, il pluralismo di opinioni sulla loro estensione producono confusione nella pratica della legalità ed impediscono l'uniformità di giudizi sulla conformità delle leggi ai criteri di giustizia. È per tutte queste difficoltà che il processo di giuridificazione di questi valori fondamentali si è nel tempo progressivamente accelerato sempre di più. I valori fondamentali della legalità sono stati tradotti in norme, formulati accuratamente in testi scritti inseriti nelle costituzioni e nei trattati internazionali e così posti all'interno dei sistemi giuridici».

ficazione valoriale. Intese in un senso esclusivamente formalistico, di un formalismo che esclude l'idea di legittimità, entità come normalità, ordine, legalità, obbedienza si rivelano realtà segnate da ineludibile ambiguità. È questo il senso dell'affermazione di Acocella, che evidenzia come, da un lato, la legalità sia nozione 'ambigua', perché al confine tra le sfere dell'empiria e del valore, dall'altro come la stessa crisi della legalità[5] debba portare a confrontarci sulla problematica riformulazione concettuale del suo fondamento. «Persino la convinzione diffusa che – privata dei suoi fondamenti che asseriva la ciceroniana raccomandazione *Legum servi humus ut liberi esse possumus* – la libertà sia definitivamente minata quando sia derisa l'etica pubblica, e la corruzione e l'alterazione mafiosa della vita associata diventate criterio della relazione sociale necessaria a sopravvivere, non sembrano restituire alla legalità il ruolo rassicurante che per la democrazia fondata sull'eguaglianza e sulla sovranità popolare essa appariva rivestire. Occorre dunque muovere qualche passo nella direzione del chiarimento dell'espressione, per intendersi sui *significati* assegnati al concetto, specie quando se ne proclami la crisi. La crisi della legalità è dunque crisi della *pratica della legge*, violata dai comuni cittadini, ma soprattutto da coloro cui è affidato il potere legale, legati i primi ai secondi da un patto silenzioso e scellerato? Oppure la crisi della legalità è incatenata alla crisi della dimensione formalistica delle leggi e quindi è inevitabile se di essa non sia rinvenibile un *fondamento* credibile e condiviso?»[6]. La questione, che chiama in causa solo inizialmente "un ristretto numero di studiosi" si arricchisce progressivamente di molteplici sfumature, concernenti innanzitutto una ricerca problematicamente situata nei confronti della tematica del fondamento (proprio laddove è del moderno la messa in discussione della derivabilità di qualsivoglia fenomeno a partire dal proprio fondamento).

Inoltre, se è vero che la questione della legalità va posta almeno dal punto di vista del tempo materiale nei termini oggettivati in cui la dinamica sociale (e questo è vero tanto per i cittadini, quanto per le istituzioni) la situa agli occhi dell'interprete, è altrettanto vero che ogni riflessione che coinvolga l'atteggiamento che, tanto *a parte subjecti*, quanto *a parte objecti*, si tiene nei confronti della legalità, testimonia, innanzitutto, di un disporsi "originario" del singolo, attestante di un'"insondabile decisione dell'essere", che attesta più di ogni altra cosa della libertà del singolo, prima che l'iscrizione nei significanti della ripetizione lo determini come soggetto. Nell'ambito di un tale, originario, di-

[5] Già nei primi anni '50 del secolo scorso Capograssi rievocava in questi termini un passato in cui (*L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p. 14) «c'era un accordo sulle certezze morali e sociali della vita. Un'immensa volontà di pace reggeva il mondo storico [...] Lo Stato era una macchina delicata ed efficace, che raccoglieva e depurava le volontà sociali trasformandole dallo stato grezzo nel prodotto finito delle leggi [...]».

[6] G. Acocella, *Paradigmi della legalità*, in G. Acocella (a cura di), *La legalità ambigua*, Torino, 2013, p. 1.

sporsi, il rapporto con la legge fa resistenza ad ogni tentativo di riduzione logica, ad ogni riduzione a matematica, e, conseguentemente, ad ogni argomentazione razionale. Se crisi è sintagma che rileva all'interno di una ben chiara tradizione di pensiero, quella del positivismo scientifico o sociologico, nella quale fungeva da situazione eccezionale, tutto sommato prodromica, se non funzionale, ad un completo ristabilimento dell'organismo, ciò accade perché in questo filone di pensiero né il singolo, né tanto meno il corpo sociale, hanno la capacità di esperire una libertà tanto radicale, che attesti della possibilità dell'autodistruzione, e che li conduca all'annientamento.

Alla luce di questa originaria libertà, ovvero, come tentativo di immunizzarsi da essa è da intendere il proliferare di associazioni criminali sul nostro territorio: se è vero che la presenza di associazioni di tipo criminale si rivela fonte di una situazione di regresso storico, è altrettanto vero che siffatto regresso pare funzionale ad un desiderio di immunizzarsi, di anestetizzarsi, di proteggersi di fronte ad una storicità i cui modi, come la riflessione antropologica mirabilmente dimostra, sono quelli della lacerazione, della perdita, dell'impossibilità di conservarsi, per cui si ha la sensazione che certi gruppi sociali resistano in realtà ad un processo di storicizzazione, nel quale pure sono contraddittoriamente immersi. La riflessione demo-etno-antropologica di Ernesto de Martino offre spunti geniali nel testimoniare del desiderio di sottrarsi alla storicizzazione, ed è una prospettiva teorica applicabile alle associazioni parziali avente modalità criminali di organizzazione, di fronte alle quali ogni considerazione di tipo razionale, legata all'utilitarismo economico (del tipo che le mafie "non convengono" economicamente alle popolazioni, così come la stessa considerazione dei letali risvolti del sistema camorrista di gestione dei rifiuti) è destinata a non attecchire. Si rende necessaria un'interrogazione che coinvolga le basi logiche ed antropologiche dell'agire sociale, evitando ogni semplicistico ricorso alla dimensione dell'utile, prodromico, a sua volta, di un'interpretazione parziale che vuole farsi totalità: nei rapporti con la legge si dà inemendabile testimonianza di libertà, dimensione che deve essere accolta nella definizione concettuale dei fenomeni, nonché delle politiche necessarie a normalizzare il sistema, costituendolo come un sistema che torni a rispondere, ben oltre la dimensione fattuale, del suo valore. La scienza giuridica moderna non può che essere riportata alla problematicità di quel soggetto moderno[7], che rompe la "bella armonia" dell'universo teologico-metafisico e di quel realismo che ne costituisce significativamente la cifra concettuale, affermando una libertà che si può sostanziare anche in un rapporto di ostilità nei confronti dell'orizzonte normativo in cui l'azione del singolo si situa (e tanto della tradizione quanto della legge). Al tempo stesso, questa possibilità è anche propria

[7] In questa linea interpretativa, cfr. J.-P. Sartre, *La liberté cartésienne* (1948), trad. it., *La liberté cartésienne. Dialogo sul libero arbitrio*, a cura di N. Pirillo, Milano, 2007.

dell'istaurazione di ordinamenti che, al tempo stesso, garantiscano un ordine (un determinato ordine) non consonante in alcun modo con l'ideale di giustizia, situandosi esso stesso in maniera perversa, non contro le leggi in quanto produttore di norme e detentore del monopolio dell'uso legittimo della forza, ma, cosa ben più rilevante, contro "la legge". Al tempo stesso, però, è proprio la frattura che si realizza nel moderno tra tradizione ed obbedienza, tra ordinamento naturale ed ordinamento normativo, nonché tra universale e particolare, a costituire l'occasione per la definizione dei quadri concettuali tanto di una giurisprudenza che avochi a sé il requisito di scienza, quanto della definizione di una possibile fondazione (plausibile e condivisa) del fenomeno normativo, sottratto alle categorie della naturalità e dell'oggettivazione. In un certo senso, dunque, il moderno appare ineludibilmente segnato dalla «crisi dello Stato», ossia dalla necessità di comporre, per il tramite del ricorso alla scienza, le categorie del particolare e dell'universale, del *Sein* e del *Sollen*. In un processo, però, e questo è l'essenziale, in cui il diritto si percepisca non come fattualità, bensì come elemento valoriale, legato ad una legittimazione che riposi, ineludibilmente, su un punto extra-ordinamentale: quando un ordinamento ritiene di poter inglobare in sé, quasi digerendolo, l'elemento in grado di trasvalutare il fatto in diritto, il rischio è che si trasformi in un sistema in cui l'imposizione delle norme e la loro obbedienza non sfuggano alla dimensione fattuale. Preservare l''ambiguità' della legalità, vuol dire, allora, mantenere una dimensione di apertura al valore, che consenta di situare legalità ed obbedienza in una cornice teorica e politica effettivamente in grado di rendere ragione di siffatte entità, cornice la cui manipolabilità formale ed utilitaristica non potrà mai esaurirne la dimensione costitutiva. In fine, anche quando si cerca di riportare l'attuale crisi della legalità democratica alla sola e semplice problematica della corruzione, lo si fa correttamente, ma solo limitatamente al punto di vista fenomenologico-sociale. Pensare alla crisi della legalità in rapporto alla corruzione, significa misconoscere come quest'ultima vada derubricata certamente come cattiva pratica[8], le cui radici, però, non esorbitano dal tentativo della sfera economico sociale di acquisire un ruolo egemonico nei confronti

[8] Come sostiene con dovizia di particolari Viola, per il quale (*La crisi della legalità democratica*, cit., p. 43): «La corruzione è in senso proprio l'uso del potere legale come merce di scambio con una prestazione in denaro (o altra utilità). Ma in senso lato possiamo affermare che ogni qualvolta l'uso del potere legale non è volto ai suoi fini propri si corrompe e corrompe la società. Qui appare evidente che la crisi della legalità è nella sostanza *crisi della pratica della legge*, cioè del suo rispetto soprattutto ad opera di coloro che detengono il potere legale. Conseguentemente anche si modifica l'atteggiamento del cittadino di fronte alla legge, che diventa un ostacolo da aggirare e da eludere o qualcosa da strumentalizzare. Un potere legale corrotto ha bisogno di cittadini complici. Una pubblica amministrazione inefficiente e corrotta spinge i cittadini a non riconoscere più nella legge la tutela dei loro diritti e a riporre la propria fiducia in altri mezzi (quali, ad esempio, le raccomandazioni o il clientelismo), cioè a fare ricorso al privilegio, che è l'esatto opposto della legge».

della sfera pubblica, e, in particolare, di costituirsi in posizione dominante nei confronti della sfera politico statuale. Corruzione è tentativo di affermare il predominio del denaro sul diritto. Siamo di fronte però, in definitiva, ad una semplice ulteriore variazione di un tema più articolato, che riguarda l'interversione tra l'universale dello Stato e il particolare dell'*oikos*[9], nell'ambito di un movimento in cui ciascuno è chiamato a rispondere a partire dalla propria costituzione singolare, cioè a partire dalla propria vocazione nel costituirsi come soggetto nei confronti della sfera normativa[10]. Se anche la familizzazione della vita politica, l'ingresso nella vita pubblica della dimensione del godimento, che costituisce tanta parte del populismo, chiamando in causa i soggetti non nella loro neutralità di cittadini, ma nella loro costituzione di esseri sessuati è conseguenza di questo movimento, l'unica via percorribile in senso contrario, "inattuale" di fronte a questo movimento, è il recupero della considerazione teorica della dimensione ideale nella quale un fenomeno che consideriamo normale, come l'esercizio della legalità, ha luogo.

2. *"Crisi dello Stato" e ripetizione storica*

La presente ricerca, centrata sul rapporto storico e teorico tra Stato di diritto[11] e legalità, e quindi sui legami sincronici e diacronici intercorrenti tra i punti di vista interno (teorico) ed esterno (storico), relativi al loro reciproco relazionarsi, trova, come si è detto la sua ragion d'essere nel ruotare, pressoché per intero, intorno ad un unico significante, quello di crisi[12]. Espressioni come

[9] Sull'interversione dei rapporti tra universale e particolare, nell'ottica delle politiche sicuritarie indotte dalle emergenze terroristiche, cfr. J.-C. Paye, *La Fin de l'Etat de droit* (2004), trad. it., *La fine dello Stato di diritto*, Roma, 2005.

[10] Per un efficace inquadramento della problematica della corruzione, cfr., in prima istanza, G. Melis (a cura di), *Etica e pubblica amministrazione. Per una storia della pubblica amministrazione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999.

[11] Sul concetto di Stato di diritto, cfr. E.-W. Bockenförde, *Entstehungwandel des Rechtsstaatsbegriff*, in *Festsschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburstag*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 53-76; M. Tohidipur (a cura di), *Der bürgherliche Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1978; J. Raz, *The Rule of Law and its virtue* (1977), in AA.VV., *The autority of Law. Essay on Law and Morality*, Oxford, 1979; Mc Cormick, *Der Rechtsstaat und die rule of Law*, in «Juristische Zeeitung», 39, 1984, pp. 65-70; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989; I. v. Much, *Rechtsstaat versus Gerechtickeit?*, in «Der Staat», 33, 2, 1994, pp. 165-184; C. Margiotta, *Quale stato di diritto?*, in «Teoria politica», 2, 2001, p. 17 ss.; A. Catania, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, 1996; R. Bin, *Lo Stato di diritto. Come comporre le regole al potere*, Bologna, 2004. Un'efficace ricostruzione della questione del rapporto tra legalità ed istituzioni in Italia, cfr. S. Sepe, *Un profilo storico della legalità nelle Istituzioni*, in G. Acocella (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2014, pp. 13-61.

[12] Soprattutto con riferimento, spesso di maniera, alle teorie positivistiche, con riferimento a fenomeni economici, sociali e politici, si è affermato l'uso del termine, per indicare uno squili-

"crisi dello Stato", "crisi del diritto", riguardanti da un lato la civilizzazione giuridica occidentale e lo Stato liberale, dall'altro i principi organizzativi della nostra società tra fine '800 e inizio '900, sono state fonte di radicali quanto controversi ripensamenti dell'idea stessa di diritto, prodotto a loro volta di una profonda trasformazione del modello liberale di Stato, che ha supportato le democrazie europee nel rispondere alle sfide che la trasformazione implicava, fino ad un certo punto brillantemente superate. Il rapporto tra efficacia, legittimità e legalità, ossia la connessione tra sfera normativa e sfera fattuale, illuminata problematicamente dalla sfera ideale, è stata negli ultimi centocinquant'anni costantemente al centro di una riflessione il cui centro è il questionamento dei limiti teorici del formalismo. Considereremo esemplari della ciclicità dell'idea di 'crisi' del diritto il pensiero di due autori che hanno scritto in momenti diversi, spinti da diversi orientamenti filosofici e politici. Si forniranno due esempi storici, che evidenziano come la riflessione sulla c.d. "crisi dello Stato" [13] abbia generato, in tempi 'altri', una risposta di ben altro spessore, che ha chiamato in causa un'immanentizzazione dell'ideale di giustizia, talora puramente qualitativo e non soggetto a codificazione definitiva, incarnato nello Stato, ed è il caso di Silvio Spaventa, talaltra espressione integrale di rapporti sociali ed economici totalmente funzionali all'entità diritto, ed è il caso di Silvio Trentin. Si sono elaborate nella storia risposte filosoficamente assai

brio traumatico e poi, più in generale, uno stato più o meno permanente di disorganicità, di mancanza di uniformità e corrispondenza tra valori e modi di vita: *la c. della società, la c. del sistema* o *di un sistema, la c. dei valori, la c. della civiltà*, ecc. Quest'uso del termine si rivela in tutta la sua ideologicità, perché misconosce quanto, nell'ottica positivistica, la trasformazione sociale, e la crisi in particolare, sono prelusive di una situazione di stabilizzazione successiva, di maggiore o totale conformità tra le realtà sociali, le istituzioni, e la propria natura. Se il positivismo sociologico è profondamente organicistico, lo è in questo senso, che nell'uso contemporaneo non solo è invalso, quantanche aborrito: nessuno si sognerebbe di analizzare la crisi delle attuali strutture istituzionali, nell'ottica in cui la situazione in cui versano è preclusiva ad un adeguamento organico tra la sua forma storica e la sua natura, seppur rinvenuta a livello fenomenico e non essenzialistico.

[13] Per quanto riguarda il tema della crisi dello Stato e del diritto, ci limitiamo a citare, limitandoci al solo ambito italiano, G. del Vecchio, *La crisi dello Stato*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», anno 13, 6, 1933; G. Balladore Pallieri, *La crisi della personalità dello Stato*, Padova, 1953; AA.VV., *La crisi del diritto*, con interventi di G. Balladore Pallieri, P. Calamandrei, G. Capograssi, F. Carnelutti, G. Delitala, A.C. Jemolo, A. Rava, G. Ripert, Padova, 1953; S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969; AA.VV., *Crisi dello stato e storiografia contemporanea*, a cura di R. Ruffilli, Bologna, 1979; R. Ruffilli, *Sulla crisi dello stato nell'età contemporanea*, Bologna, 1976; A.C. Jemolo, *La crisi dello stato moderno*, con una *Prefazione* di N. Irti e *Introduzione* di F. Margiotta Broglio, Roma-Bari, 1991; F. Tessitore, *Crisi e trasformazione dello Stato: ricerche sul pensiero giurisdizionale tra Otto e Novecento*, Milano, 1998; P. Barcellona, *Il declino dello Stato: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 2004; AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 2006.

più decise di quelle dei teorici contemporanei, che, assolutizzando la legalità costituzionale, corrono il rischio di risolvere la questione della legittimità all'interno dell'ordinamento, trasformando normatività ed obbedienza in entità fattualisticamente connotate.

Nel tirare le linee di un bilancio dell'esperienza di governo immediatamente post-unitaria, già all'indomani del '76, in un celebre discorso di qualche anno successivo, pubblicato col titolo *La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della sinistra* [14], Silvio Spaventa delinea e circoscrive tutti i limiti di una politica, quella perseguita dalla destra italiana successivamente all'unità, nonché di una situazione, nella quale un modello di Stato, quello liberale, segnato dall'ideologia del non interventismo e dell'accentramento amministrativo, che ripeteva per molti versi il modello accentrato napoleonico, si rivelava profondamente insufficiente [15]. Nei frangenti di una profonda trasformazione, occasionata dalla "questione sociale", nonché dall'emergere di istanze normative legate alla propensione egemonica di classi emergenti, il dogma liberale dello Stato "guardiano notturno", dello Stato 'neutro', non interventista, venne rivisto in profondità, non senza definire la questione nei suoi termini filosoficamente pertinenti, quelli della consustanzialità concettuale tra Stato di diritto, democrazia 'moderna', nascita del soggetto filosofico cartesiano, avo, secondo la celebre definizione di Nietzsche, del *citoyen* nella rivoluzione dell'89. Silvio e Bertrando Spaventa, all'interno di una riflessione critica – impregnata di idealismo – nei confronti della destra liberale, riportarono la questione dello stato post-unitario all'interno dell'affermazione del soggetto filosofico moderno: è con la riforma del secolo XVI, che Stato e individuo, accogliendo e facendo propria l'inclusione dell'infinito nel finito, del divino nell'umano, trovano la propria ragion d'essere come fenomeni moderni, che nulla hanno a che fare con l'assolutismo politico. Solo nella misura in cui della ragione è lecito dire non in termini metafisici, ma in esclusivo rapporto a quelli che sono i contenuti immanenti della volontà, «lo Stato accoglieva in sé il principio spirituale, l'elemento razionale, divino, cioè cominciava ad avere ordini e leggi sue proprie indipendenti» [16]. Bertrando Spaventa riconduce la Rivoluzione al pensiero moderno, centrando la sua attenzione sulla problematica della volontà in Bruno, in piena consonanza con la sua ispirazione idealistica [17], ma l'hegelismo napoletano giunge ad individuare in Descartes le radici del moderno atteg-

[14] S. Spaventa, *La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della sinistra* (1879), in Id., *La politica della Destra*, a cura di B. Croce, Bari, 1910.

[15] Sul punto, cfr. F. Tessitore, *Crisi e trasformazione dello Stato*, cit., p. 21.

[16] *Ivi*, p. 28.

[17] B. Spaventa, *Principi della filosofia pratica di G. Bruno* (1851), in Id., *Saggi critici*, p. 155. Su Bruno, Bertrando Spaventa si sofferma anche nel suo, *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*, in G. Gentile (a cura di), *Opere*, vol. II, Lezione V, Firenze, 1972, pp. 509-23.

giarsi in materia di democrazia. È cartesiana, infatti, la problematica configurazione del rapporto tra certezza e verità, il cui correlato politico è quel processo nel cui ambito lo Stato moderno accoglie e supera la dimensione del particolare, per iscrivere nell'universale la sua essenza logica e la sua azione politica, costituendo quell'orizzonte di senso in grado di conferire valore all'evidenza empirica, alla certezza psicologica del *cogito*[18]. Dunque, di Stato moderno è lecito parlare quale universale concreto, che, in quanto tale, non ha nulla di particolare; con questo non si intende che esso sia chiamato a perseguire un "interesse neutrale", come teorizzato in una certa concezione liberale: la sua imparzialità non è astensione, non è *deficit* di personalità, al contrario, se la personalità giuridica ingloba la sovranità, è nella misura in cui siamo in presenza di una forma di ripetizione storica dell'incarnazione di Dio in Cristo. Così, a partire dal fatto che lo Stato è "bene comune", è espressione dell'"interesse comune", che può in qualche modo render ragione degli interessi particolari: ed è attraverso la forte riassunzione del suo statuto logico che lo Stato può coltivare un'indifferenza tutta universalistica nei confronti dei limiti del singolo, come singolo[19]. «Oggi [...] la direzione che lo Stato imprime alla società, è verso la civiltà. Lo Stato moderno nasce dal così detto *Stato di diritto*, cioè da quello Stato in cui tutti i cittadini si sentono e si riconoscono uguali davanti alla legge»[20]. Il rapporto tra volontà generale e volontà particolari, tra interesse comune e interessi particolari, si giustifica e si rende possibile a partire dalla configurazione filosofica del soggetto moderno, all'interno della quale trova spazio una definizione di Stato di diritto, nel quale il passaggio dal *cogito* cartesiano all'eticità hegeliana via la *volonté générale* di Rousseau è ormai compiuto; la riflessione filosofico-giuridica di dichiara pronta ad interagire con le masse, con quell'elemento amorfo che pure costituisce, a partire da Tocqueville, l'indicibile del processo democratico; così, per Silvio Spaventa, è all'interno di questa stessa tensione nasce nelle masse popolari quella che viene definita un'"esigenza terribile", che può trovare soddisfazione solo in una completa eguaglianza che non è solo fattuale.

La razionalità del soggetto filosofico moderno, assunta nella sua radicalità, porta la filosofia al confronto con qualcosa che per il filosofo è l'irrappresentabile: la massa: ecco i termini di un superamento dello Stato liberale nella direzione del molteplice del flusso sociale, instabile e imprevedibile, superamento inclusivo di una ben determinata coordinazione tra legalità e Stato di diritto. Una concezione di questo tipo, infatti, l'obbedienza non è esterna alla definizione del soggetto, riguardandolo, piuttosto, nella sua stessa costituzione finanche empirica. Certamente siamo all'interno di un processo che è di immanentizzazione a partire da un'idea: restiamo all'interno di quella matrice che accomuna Cristianesimo, idealismo, culto della statualità, che trova nell'evento della morte e reincarnazione del Padre l'architrave del suo mistero concettuale.

Purtuttavia, quel processo che, per Silvio Spaventa riguarda l'individuo e in virtù del quale il comando: «non è qualcosa di esterno a noi, di divino o fatale, di causale o di convenzionale; ma che è intrinseco a noi come il nostro naturale organismo, perché la legge, il diritto, l'autorità, che ne sono le funzioni essenziali, sono pure volere umano: volere di cui noi ci sentiamo capaci, avente per scopo immediato non il bene nostro individuale, ma il bene comune, nel quale il nostro che vi è compreso, si purifica e si idealizza»[21]. Ecco allora che il *cogito*, condizione identificativa di ogni essere umano, per quanto dislocato in Descartes in un rapporto non lineare, certamente non deduttivo con l'*esse*, si trasforma in istanza materiale, proprio attraverso la partecipazione di ciascuno al bene comune.

Per quanto la coscienza contemporanea, alimentata allo scetticismo e al culto del sospetto, non possa dubitare (pur sempre, si badi bene, per amore di verità) di siffatta costruzione, come non riconoscere la fecondità di siffatto edificio concettuale, la sua capacità di rendere ragione della crisi dello Stato dell'inizio del secolo scorso, riuscendo a farsi proposta, a partire da una serrata autocritica, di una nuova politica? Lo Stato delineato dagli hegeliani Silvio e Bertrando Spaventa raccoglie il testimone della razionalità filosofico-giuridica moderna: in questo modo, ritorna criticamente sui suoi fondamenti liberali e sulla sua stessa pretesa di neutralità, per farsi carico del portato della dimensione della questione sociale. Affermare che sia ribadito quel principio in virtù del quale «lo Stato non sia punto un'istituzione arbitraria e dipendente dalla volontà di qualche individuo, sia il Principe, sia qualunque altro; ma è qualcosa più alta e assoluta [...] onde, se per avventura esso entra in opposizione con la società, non può perdurare a lungo in questa opposizione, e gli è forza riconciliarsi con quella» per «non mettersi in contraddizione col proprio concetto», cioè con quell'infinito che conferisce contenuto allo «Stato secondo il suo concetto»[22], ha avuto per conseguenza, in una certa fase della nostra storia, fare della giurisprudenza una questione di teoria della conoscenza, finaliz-

[18] Assolutamente pertinente la sua ricostruzione storico-critica di Tessitore sul punto (*Crisi e trasformazione dello Stato*, cit., p. 38, nota 59): «Spaventa aveva sostenuto che la Rivoluzione è in linea evolutiva del cartesianesimo, che aveva mostrato, realizzato nella coscienza umana, il concetto della divinità. La Rivoluzione aveva visto Dio nell'uomo, nell'opera dell'uomo, nel mondo e nella storia, mostrando così la vera essenza del materialismo del secolo XVIII. Nella individuazione di questo significato del materialismo, si risolve anche la apparente contraddizione, che Spaventa enunciava quando ritrovava nella rivoluzione i frutti del cartesianesimo».

[19] *Ivi*, p. 42.

[20] *Ivi*, p. 45.

[21] S. Spaventa, *La politica temporale e l'Italia nuova*, in *La politica della Destra*, cit., p. 199.

[22] Id., *Idea del movimento italiano*, per prima in *Il Nazionale*, 5 marzo 1848, ora in *Dal 1848 al 1861. Lettere, scritti, documenti*, pubblicati da B. Croce, Bari, 1923, p. 26.

zata all'armonizzazione delle istanze della società con quelle dello Stato, in nome di un ideale assai elevato, indissolubilmente legato all'universalità della sfera politico statuale.

Decenni dopo, ad un problema identico quanto alla sua nominazione, corrisponde una situazione oggettiva diversa, cui si danno, però risposte altrettanto radicali: siamo nel 1934, di fronte al fallimento dello statualismo in forma di dittatura, procedimento tecnico di soluzione della crisi economico-sociale del sistema liberale precedente all'istaurazione del fascismo. Dal suo esilio francese, Silvio Trentin giurista e studioso di diritto pubblico, vicino alle posizioni di *Giustizia e libertà*, dà alle spampe un importante affresco, *La crise du droit et de l'Etat*[23], delle contraddizioni nelle quali il sistema liberale si era andato involvendo, una volta che suo stronco liberale si era impiantata la modernizzazione capitalistica. Per inciso, Trentin si sarebbe arruolato solo di lì a due anni volontario con Carlo Rosselli nella guerra di Spagna. *La crisi del diritto e dello Stato*, che doveva in origine essere introdotto da Maurice Hauriou, ma che invece va alle stampe con una *Prefazione* di François Gény, testimonia della crisi indotta nell'ordinamento dall'evoluzione sociale e dal progresso, che sono causa di un processo sempre più intenso di divisione del lavoro: due fenomeni tra loro concomitanti, fortemente caratterizzanti il capitalismo concorrenziale, l'accentramento progressivo delle fortune, unita alla tendenza a costruire gruppi ristretti, oligopoli tesi al controllo di determinati settori dell'economia, in risposta alla già allora crescente internazionalizzazione dei rapporti di produzione. L'interesse di Trentin, che solo apparentemente ne accomuna le analisi ai teorici francesi e tedeschi del diritto sociale (lo stesso Gény, Duguit, Hauriou, Gurvitch, Leroy, Radbruch), con i quali ingaggia un serrato confronto critico, è rivolto all'emergenza di quei fatti sociali che scavalcano in quegli anni le prescrizioni legislative, andando incontro alla tendenza dei lavoratori ad associarsi. La radice storica del sindacato, solo successivamente mortificato dalla sua sussunzione nella sfera dei rapporti politico-statuali, è proprio quella di costituire un baluardo per i lavoratori, a garanzia dei propri diritti, che Trentin non esita a definire, nell'occasione, 'congeniali'. Proprio con riferimento alle ragioni ideali dell'affermarsi del sindacato come «fatto sociale», in opposizione ad una legislazione impregnata di principi individualistici,

[23] S. Trentin, *La crise du droit et de l'Etat* (1934), con *Préface* di F. Gény, trad. it., *La crisi del diritto e dello Stato*, Roma, 2006. Sulla *Préface* di Gény a Trentin, cfr. N. Bobbio, *François Gény: una Prefazione*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, pp. 181-187. Sulla personalità e l'opera di Trentin molte volte si è soffermato Bobbio, anch'egli esponente in gioventù di *Giustizia e Libertà*; in questo senso, cfr. *La crisi europea e lo Stato federale nell'opera di Silvio Trentin*, in *Atti del Convegno di studio su Silvio Trentin*, Jesolo, 20 aprile 1975, Vicenza, 1976, pp. 109-23; *Silvio Trentin e lo Stato fascista*, in «Belfagor», XL, 1985, pp. 700-07; *Il pensiero federalista di Trentin*, in *Silvio Trentin e la Francia. Saggi e Testimonianze*, Venezia, 1991, pp. 147-71.

Trentin scrive: «La sua ragion d'essere non è che la protezione della persona umana nelle sue prerogative comuni alla maggioranza. Solo apparentemente il fenomeno sindacale contraddice il riconoscimento del ruolo essenziale e predominante svolto dal sentimento della libertà individuale nel corso dell'evoluzione delle forme sociali in vigore nella vita contemporanea. A ben vedere l'azione del sindacato si risolve sempre in un accrescimento dei mezzi suscettibili di consentire alla persona di fare fronte, senza rinunciare alla propria autonomia, ai propri doveri sociali. E in questo senso il suo scopo coincide integralmente con le premesse individualiste di ogni sistema di diritto, poiché in ogni sistema di diritto esiste la subordinazione istituzionale ed immanente dell'interesse particolare all'interesse pubblico»[24]. Così come per Spaventa, i fatti sociali, i fenomeni empirici – che nel caso di Trentin sono la non-coincidenza (definita strutturale) tra ordinamento oggettivo e ordinamento statuale, la congruenza tra i principi dell'individualismo giuridico e del sindacalismo – sono letti all'interno di un una struttura che ne rende ragione, ma che li trascende e li supera, e che non è inclusa nell'ordinamento positivo. Da qui, le ragioni all'appello alla nozione di interesse generale. Ed è sotto la stessa cornice teorica che Trentin legge quelle trasformazioni della legislazione che avevano messo in crisi le certezze tutte ottocentesche di un legislatore che si voleva onnipotente, Napoleone, nonché di un metodo interpretativo che riteneva di poter esautorare la funzione della scienza nella regolazione dell'individuale a partire dall'universale della legge, vero e proprio *verbo perfetto di Dio*, quelle della Scuola dell'esegesi. Le trasformazioni fondamentali provocate dall'affermarsi del sistema economico capitalistico mettono in crisi il Codice, i cui presupposti ideologici affondano le radici in una realtà a tutti gli effetti pre-industriale, borghese: già a partire dal 1846, la necessità di regolare il lavoro industriale e la mutata struttura familiare si fa imperativa. Nel 1864 vengono abrogate le disposizioni che definiscono addirittura delittuosa la coalizione tra lavoratori, e nel 1884, solo vent'anni dopo, si pongono le basi normative affinché il sindacato sia dotato di personalità giuridica. Ma è dopo la prima grande guerra che questo processo giunge a maturazione: «A partire dalla legge del 25 marzo 1919 – quale che sia la terminologia impiegata dal legislatore, ancora troppo preoccupato di mantenere il prestigio di certi termini magici – la regolamentazione di certi rapporti inter-soggettivi può ormai risalire a fonti diverse da quelle contrattuali. Tutto l'aspetto veramente rivoluzionario di questa legge, in rapporto alle antiche concezioni, risiede nel principio che ne costituisce il presupposto di fondo: che un individuo membro, a qualsiasi titolo, di un sindacato o di un raggruppamento professionale, è tenuto al rispetto della convenzione firmata dal raggruppamento al quale appartiene, non solo nei suoi rapporti individuali con la persona, ma anche nei suoi rapporti con terzi, per esempio

[24] *Ivi*, pp. 333-34.

con datori di lavoro che non hanno partecipato alla convenzione collettiva»[25]. Se lo scopo immediato di questa disposizione di legge è la nullità di ogni convenzione individuale che non rientri nella convenzione collettiva, quella che si afferma progressivamente è la creazione di centri autonomi di vita sociale il cui centro è costituito dall'esteriorizzazione delle esigenze che condizionano l'esercizio della libera attività del singolo. Quella che si celebra in questo modo è la preminenza del sostrato oggettivo, che è intimamente relazionale, e del quale sono parte tutti i soggetti in causa. Così, la norma avrà sempre carattere bilaterale, strutturando diritti e doveri in capo a tutte le parti che lo costituiscono: lo stesso carattere di unità, la stessa facoltà di costringere di una carta non deriva dal proprio carattere intrinseco avendo come supporto non un accordo tra volontà, che riporterebbe al contratto, quanto, piuttosto, una comunione oggettiva di attributi ed interessi, di cui il contratto è solo un'espressione tecnica. La legalità è relativizzata, considerata com'è alla stregua della formalizzazione di un sistema di diritto oggettivo sottostante, che la trascende e la supera materialmente ed idealmente, e che non potrà essere fissata mai in modo definitivo. L'influenza della lezione di Hauriou in tema di istituzioni è ben presente. La stessa valutazione critica del fascismo è colta in un'ottica in cui la questione della legalità si intreccia ad ambiti ben più complessi: per Trentin, il giudizio sul fascismo va sdoppiato, distinguendo rigorosamente la questione della legalità da quella delle condizioni oggettive, che ne costituiscono il sostrato. Così: «In effetti, mentre gli è stato facile, con l'aiuto di leggi eccezionali e con la costituzione di un apparato di repressione finora sconosciuto nel mondo civile, instaurare in Italia l'autorità e la disciplina sul piano politico, è risultato invece alla dittatura realizzare sul piano economico la minima attenuazione delle contraddizioni profonde che rendono oggi così precario ovunque il regime della società capitalistica. Dopo dodici anni di liberi tentativi che nessun controllo ha mai ostacolato, il capitalismo si trova alle prese nella penisola con difficoltà infinitamente più gravi di quelle di cui si era a suo tempo gloriato di aver ragione con il solo ricorso al metodo fascista»[26]. Si tratta sempre di poter distinguere due ordini che sono, per Trentin, inconciliabili *de jure*: l'ordinamento oggettivo e lo Stato. Nel misurare un'incomparabile distanza rispetto alla posizione kelseniana, che impermeabilizza l'ordinamento giuridico di fronte alla mobilità dei fatti sociali e lo identifica sostanzialmente allo Stato, Trentin evidenzia come quel carattere assoluto, quell'autarchia sovrana, che si voleva non limitata da nessuna legge esterna, che definiscono l'entità statuale, non può non fare i conti con una progressiva integrazione internazionale, il cui sbocco naturale è considerato il federalismo. Allora, la legalità dello Stato fascista, come di ogni altro Stato particolare, sarà subordinata

[25] *Ivi*, p. 336.
[26] *Ivi*, p. 337.

ad un criterio più ampio: quella che Trentin stesso definisce *la cosiddetta crisi dello Stato moderno* non potrà essere superata se non adattando intimamente «la propria struttura alla struttura reale della vita sociale, se non conformando la sua organizzazione alla spontaneità d'elaborazione delle manifestazioni fondamentali di quest'ultima e alla purezza inalterabile della loro fonte»[27], nell'ambito dell'annuncio della necessaria quanto ineluttabile sottomissione di tutti i rapporti ad un diritto, impregnato del principio di autonomia, e valido per tutti i soggetti. In definitiva, la *civitas maxima* di Kant, l'ordinamento giurisdizionale finale, quale elaborato da Scelle ancora nell'ambito delle teorie del diritto sociale, sarebbe, gioco-forza, il luogo elettivo di uno sviluppo tanto necessario quanto totalmente 'altro', irriducibile a tutte quelle teorie che cercavano di adattare strumenti concettuali pregressi alla realtà che si andava profilando, e sarebbe stata caratterizzata, nel suo completo dispiegamento dalla realizzazione integrale ed immanente del diritto.

Al tramonto del "secolo breve", dopo una stagione in cui questa stessa questione si è declinata storicamente in diverse forme, che tanto avrebbe potuto aggiungere in termini non solo quantitativi a questa identica questione, la scienza del diritto, nel porre la questione della legalità al centro dell'incrocio tra istanze formali e istanze materiali, si orienta in una direzione che innanzitutto connotata dai tratti di una notevole semplificazione. Il rapporto tra legalità e Stato di diritto è declinato presupponendo che intorno a quest'ultimo si coaguli una nuova *koiné* concettuale, inclusiva di una sua particolare interpretazione, relativa tanto alla sua costruzione interna (concettuale), quando alla sua forma storica (esterna). In questo, senso: «L'equiparazione concettuale fra "Stato di diritto" e *rule of law* richiederà dunque un'argomentazione accurata sia sul piano storico che su quello concettuale. Si può comunque osservare che l'attuale ritorno dello Stato di diritto corrisponde a circostanze politiche e orientamenti culturali che sembrano giustificare un approccio teorico che unifichi, entro la categoria generale di "Stato di diritto" – o, se si preferisce, entro quella di *rule of law*, – la nozione continentale e quella anglosassone. Lo Stato di diritto ritorna in Occidente, dopo l'eclissi del "socialismo reale" e la crisi degli istituti rappresentativi, in stretta connessione con i diritti soggettivi»[28]. Al prezzo, innanzitutto, di una certa semplificazione, relativa, innanzitutto, alla stessa definizione di Stato di diritto, nonché al rapporto che esso intrattiene, proprio a partire dalla sua definizione, con la dimensione della legalità, che resta garantita nella sua dimensione di rapporto tanto con le forze materiali (efficacia), quanto con la dimensione ideale grazie alla subordinazione alla Costituzione.

[27] *Ivi*, p. 464.
[28] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 18.

Un certo post-modernismo, pervade di sé la ricerca di una definizione che esaustiva tanto della nozione di Stato di diritto, quanto del rapporto che quest'ultimo è chiamato ad intrattenere con le dimensioni dell'efficacia sul versante materiale, della legalità su quello formale, nonché della legittimità su quello ideale. Per evitare che un approccio troppo rigido, intriso di formalismo e di scientismo, potesse rendere possibile l'espulsione della nozione di Stato di diritto dal novero dei concetti degni di considerazione della scienza, «perché giudicato impreciso, inverificabile, contaminato da giudizi di valore»[29], si è adottata una definizione metodologicamente ispirata da una definizione pragmatico-convenzionalista, nel cui ambito, come evidenziato poco sopra, sono state poste sullo stesso piano le esperienze storiche dell'Inghilterra (*Rule of law*), Francia (*État de droit*), Germania (*Rechtsstaat*).

3. Rule of Law, État de droit, Rechtsstaat. *Modelli storici di riferimento del rapporto tra legalità e limitazione del potere sovrano*

a) *Il modello anglosassone*

Lungi dal cogliere nell'equivoca realtà dello Stato di diritto l'attitudine critica e l'istanza di razionalizzazione proprie della fondazione di una scienza e di una pratica del diritto sottratte all'idea di sovranità e critiche del monopolio statuale del diritto, si è cercato di equiparare esperienze costituzionali diverse, riportando l'esperienza continentale a quella anglosassone, in nome di un'unica tendenza, che progressivamente viene eretta a paradigma della civilizzazione giuridica occidentale. All'interno di un determinato progetto, segnato da un'"epistemologia debole", la risposta alla crisi dello Stato attuale è stata caratterizzata da un lavoro concettuale dal forte taglio soggettivistico, ossia da "forte selettività", e quindi da un'interpretazione "fortemente costruttiva", in cui la materialità storica dell'oggetto e la complessità delle vicissitudini teoriche che ne hanno segnato la ricostruzione concettuale è subordinata ad istanze di 'chiarezza' e di "facilità comunicativa", tesa al reperimento di caratteri comuni tra diverse esperienze storico-politiche. I recenti sviluppi guardano non solo ad un indebolimento del paradigma teorico di riferimento, quanto ad una unificazione di forme storiche: di *Stato di diritto, Rechtsstaat, Etat de droit, Rule of law*, non si reperiscono solo tratti concettuali comuni, quella che consente l'unificazione di esperienze storiche non è non solo un'"epistemologia debole", ma si forza in questo senso anche il corso della storia. Ciò accade nella presunzione dell'esistenza di uno sfondo di un comune processo di limitazione del potere assoluto, così come di un processo complessivo di razionalizzazione della scienza del diritto, che inscriva la legalità in un'area significativamente distante dal potere sovrano, fonte di una perpetua incertezza non solo per l'ordinamento oggettivo, quanto anche per la giurisprudenza come scienza. Quando prospettiamo l'avvento dello Stato di diritto come semplice limitazione del potere, realizzata tramite il diritto, trascuriamo un aspetto importante, legato ad un processo di razionalizzazione che riguarda la configurazione del diritto come oggetto di un discorso scientifico. In un certo senso, sarebbe limitativo sostenere che lo Stato di diritto persegua l'ideale della limitazione del potere da parte del diritto, dal momento che ogni potere è, strutturalmente, limitato dal diritto, e, soprattutto, ogni potere non può che farsi valere come tale attraverso il diritto. Quello che va ribadito è che, tra il XVIII e il XIX secolo, si è assistito in Europa ad un tentativo complessivo di redistribuire il potere, di dislocare la sovranità, di funzionalizzarne l'esercizio ad un assetto socio-culturale segnato dall'avvento della borghesia come "classe universale", con tutte le trasformazioni normative che ciò comporta, nella prospettiva della costituzione della giurisprudenza come scienza. In questo senso, razionalizzazione è, soprattutto, interpretazione del fenomeno normativo come parte di un insieme di rapporti organizzato scientificamente, ossia sottratto nella sua definizione alle dimensioni del potere sovrano e di una volontà non intesa alla luce di un processo di razionalizzazione complessiva.

In questa prospettiva, va sottolineato come le esperienze inglese, francese e tedesca siano tutt'altro che omogenee, costituite su basi storiche particolari, realizzando modelli diversi tra loro.

Come evidenzia pertinentemente Costa: «È sullo sfondo di questa composita struttura politico-giuridica che in Gran Bretagna prende forma un'espressione – "*rule of law*" – non meno fortunata del tedesco "*Rechtsstaat*". Nella misura in cui il termine "*rule of law*" compendia in se stesso un peculiare modo di impostare e risolvere il problema del nesso potere-diritto-individui, esso può dirsi semanticamente analogo all'espressione "Stato di diritto" ("*Rechtsstaat*", "*Etat de droit*") ed essere presentato come la traduzione di quest'ultimo (o viceversa). Occorre però prendere sul serio il processo della "traduzione", senza ridurlo ingenuamente a un meccanico calco di una parola sull'altra: che (ad esempio) il greco *iatròs* e l'inglese *doctor* abbiano il medesimo significato, dipende da una "nostra decisione", che, fra le attività attribuibili rispettivamente al *doctor* e allo *iatròs*, distingue fra le attività "*culture-bound*", come tali destinate a essere espunte nel processo di "traduzione", e quelle riconducibili a un nucleo funzionale "*culture-invariant*", dalle quali dipende la possibilità dell'equivalenza e della traduzione»[30]. Le pure "macroscopiche diffe-

[29] *Ibidem.*

[30] P. Costa, *Lo Stato di diritto. Un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 121.

renze" storiche, politiche, culturali, tra i rispettivi contesti si danno sullo sfondo di una differenza fondamentale, che rileva in misura rilevante ai fini del nostro discorso. Il modello anglosassone e la riflessione teorica che ne è derivata è il prodotto di un'esperienza totalmente inserita in una dimensione fattuale, laddove, invece, non si comprende l'esperienza continentale, significativamente a rischio di involuzione totalitaria nonché di "dittatura della maggioranza", se non alla luce di una cornice "utopica", che sola fornisce legittimità all'elemento formale, cioè alla legalità.

Ciò che accomuna modello continentale e modello anglosassone è la necessità di limitare il potere dell'esecutivo: nell'Inghilterra che fuoriesce dalla Rivoluzione e dal conflitto tra le fazioni dei *whig* e quelle dei *tories*, questa limitazione è assicurata dalla certezza che la sovranità sia esercitata dal Parlamento sulla base di un'investitura popolare, teleologicamente finalizzata alla difesa dei diritti individuali, sulla base, questo è fondamentale, di un preciso contropotere: quello dei giudici, la cui indipendenza è assai diversa da quell'autonomia, che caratterizza il potere giurisprudenziale nel continente.

«È talmente facile che l'interpretazione di una norma (soprattutto quando questa si costituisce precedente) sconfini nell'estensione o nella fissazione *ex novo* della stessa, ossia di fatto nella legislazione, che la linea di demarcazione fra le due attività non può essere tracciata con precisione»: se Dicey, giurista che più di ogni altro ha fissato gli effetti di 'contropotere', propri del potere giudiziario, si esprime in questi termini, non fa che ricalcare le diverse caratteristiche di due ordinamenti oggettivi: quello di *civil Law* e quello di *common Law*. Se fuoriusciamo da una considerazione formale della gerarchia delle fonti, considerandole per il grado di generalità più che non per il potere che le ha emanate, il giudice assume funzione di legislatore nella misura in cui la sua volizione è generale. Alla fine del '600, con il compimento della rivoluzione e con la vittoria dello schieramento parlamentare, si afferma un sistema che nella mentalità collettiva sembra assicurare una feconda relazione tra imperatività della legge, libertà dell'individuo e certezza del diritto[31]. L'insieme delle regole strutturanti il processo, il regime di pubblicità ad esso relativo, il regime di somministrazione delle prove, lo stesso ruolo della giuria, sembrano assicurare al regime di *common Law* un sistema efficace di garanzie legali, teologicamente finalizzato alla difesa dei diritti individuali. La *common Law* si caratterizza come un sistema di garanzie giudiziali, teso a garantire rapporti tra cittadini, rapporti intesi nella loro dimensione orizzontale: conseguenza di quest'ordine

[31] Radbruch riprende in questi termini le riflessioni sulla questione della certezza, già abbozzate nel 1936 in un articolo pubblicato sulla rivista francese «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique»: «Ogni ordinamento giuridico vuole servire contemporaneamente a tre scopi: garantire la giustizia, promuovere il bene comune, creare la sicurezza del diritto», *Der Geist des englischen Rechts*, (1958), trad. it., *Lo spirito del diritto inglese*, a cura di A. Baratta, Milano, 1962, p. 39.

oggettivo immanente è che la stessa dimensione verticale del potere fosse garantita nella sua legittimità; nasce così il paradigma teorico e concettuale del "*rule of law*". La valutazione del carattere imperativo della legge e del suo primato resta imperniata solo in prima istanza sul paradigma dell'ideologia normativa della rappresentanza: sul piano dei contenuti, essa è recepita dal giudice in quanto coerente con ben determinati valori, quelli dell'autonomia e della libertà individuale, costituenti il portato storico della tradizione consuetudinaria del diritto inglese. Nell'ordinamento giuridico d'oltremanica, si rafforza un sistema nel quale, all'ombra della divisione dei poteri, la costituzione sancisce l'introiezione del principio della difesa dei diritti individuali da parte dell'ordinamento oggettivo, tutelandoli tramite la difesa giudiziale.

La teoria corrente tende a considerare omogenee le esperienze costituzionali inglese, tedesca e francese, siglandole nel comune denominatore di uno Stato di diritto, teso a realizzare un'atavica aspirazione, quella dell'azione secondo regole: per Hofmann, tra gli altri, lo Stato di diritto coinciderebbe con la realizzazione nella storia di un'idea che può pretendere una validità universale. La vicenda dello Stato di diritto apparterrebbe, dunque, in questo senso, alla storia interna dello sviluppo costituzionale occidentale[32]. Come già anticipato, la possibile relativizzazione culturale di questa nozione non è considerata né in rapporto al soggetto filosofico giuridico della modernità, né in rapporto alle diverse storie costituzionali (inglese, americana, tedesca, francese), ma dev'essere, piuttosto, portata al di fuori della civilizzazione giuridica europea, colta in una dialettica conflittuale con altri progetti di civilizzazione giuridica. Ritenendo evidentemente che l'individualismo, la stessa etica dei diritti individuali sia il prodotto di un movimento autonomo più che di un processo interno all'evoluzione giuridica, Hofmann ritiene la legalità costituzionale espressione di quel coacervo di esperienze che rendono possibile l'assimilazione di *rule of Law*, *Rechtsstaat*, *Etat de droit*, fortemente caratterizzante l'Occidente, al punto che ad esso possono essere opposte solo esperienze giuridiche provenienti da altre culture. In una linea interpretativa in qualche modo congruente, MacCormick sostiene come, indipendentemente dalla storia costituzionale, vi sia un manipolo di principi, che li rendono unificabili; questi principi, in sostanza, si riducono a quattro, e sono: 1) Il principio di legalità, 2) Il principio di validità generale delle norme giuridiche; 3) Il principio della pubblicità delle leggi, 4) Il principio della non retroattività[33]. Come sottolinea, ancora, Gozzi, «[...] quando MacCormick si sofferma sul significato da attribuire ai principi, egli li identifica con i *valori politici* presupposti all'ordine giuridico. Ma

[32] H. Hofmann, *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 65, Stuttgart, 1996, p. 9.

[33] Cfr. N. MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, in «Juristen Zeitung», 39, 1984, p. 67.

quei valori, egli ritiene, sono diversi nelle differenti storie costituzionali»[34].

Si tratta di una posizione tesa al reperimento di tratti comuni a diverse esperienze giuridiche che situa proprio a livello di questioni che ruotano intorno allo statuto della legge e al rapporto tra diritto e potere la possibilità che diverse storie costituzionali esperienze il reperimento di tratti comuni. La congruenza che però spesso viene postulata tra ordinamenti giuridici e sistemi costituzionali diversi non sembra però prima di elementi problematici.

b) *Illuminismo giuridico e Stato di diritto*

Le esperienze attraverso le quali, storicamente, si sono andate strutturando le democrazie occidentali, in realtà, differiscono assai più radicalmente di quanto tali ricostruzioni lascino intendere: in particolare, una prima grande differenziazione può essere rinvenuta a livello della differenza tra sistemi di *civil Law* e sistemi di *common Law*. I primi, infatti, non pongono al centro della loro costituzione materiale la questione della loro esistenza fattuale, sostenuti dalla profonda condivisione della massa dei cittadini, ma altrettanto profondamente funzionali come sono stati alla nascita nonché allo sviluppo dell'economia capitalistica, laddove, al contrario i sistemi continentali si strutturano problematicamente all'interno di una tensione, tendenzialmente irrisolta ma al tempo stesso palpabilmente presente, tra efficacia, validità, legittimità dell'ordinamento. Al tempo stesso, il sistema francese e quello tedesco presentano una significativa differenza, reperibile al livello del rapporto tra normatività e potere, tra diritto e Stato, che in Germania è profondamente sviluppato sul secondo punto. Creata da giuristi legati ad un'area teorica che leggevano l'hegeliano in senso liberale, l'espressione *Rechtsstaat* in von Stein e von Mohl[35] altro non sta se non ad indicare una determinata esperienza storico-politica, caratterizzata, in ossequio ad un certo canone storicistico, proprio per la sua non generalizzabilità oltre i confini in cui è sorta. Diciamo che per il mondo giuridico anglosassone può valere effettivamente una certa interpretazione delle celeberrime tesi weberiane, pure non condivisa da chi scrive, ma autorevolmente sostenuta da filosofi e giuristi di primissimo piano – da Schmitt ad Habermas – sulla cui scorta la razionalità giuridica occidentale avrebbe luogo all'interno di un processo di appiattimento della legittimità sulla legalità. Al contrario, nelle esperienze giuridiche continentali, la questione del formalismo, e quindi dello statuto della legalità, avrebbe luogo solo ed

[34] G. Gozzi, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 260.

[35] Cfr. L. von Stein, *Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege*, in «Zeitschrift für das privat- und öffentlichen Recht der Gegenwart», 6, 1879; R. von Mohl, *Die Polizieiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 3 voll., Tübingen, 1832-34.

esclusivamente all'interno di una cornice ideale più ampia, irriducibile all'ordinamento concreto, seppur non perfettamente matematizzabile nell'area dei rapporti definita dal diritto naturale. Si tratta di un punto di vista autorevolmente sostenuto da Cotta, che mette in evidenza affinità e divergenze tra sistemi costituzionali anglosassoni e continentali: «[...] *il n'y a pax de désaccord substantiel entre nous et nos voisins de langue anglaise. Tous, nous acceptons l'idée que l'Etat moderne est un* Etat de droit, *un* Rechtsstaat; *que le respect de la legalité, de la legalité, de la* rule of law, *est la marque d'un Etat civilsé, le plus beai titre d'honneur de nos societés modernes. En ce sens, la remarque de Weber s'applique à nous tout: la notion du pouvoir légal, non celle du pouvoir charismatique (si affreusement défiguré sans le* Führerprinzip*), est vien la pierre de tocche qui nous permette de nous reconnaître tous héritiers d'un commun patromione*»[36]. Premessa quest'inscrizione nell'alveo di una comune tradizione resta però da specificare come: «*Il y a des nuances subtiles entre 'légalité' et* rule of law, *entre* government under law *et Rechtsstaat: et des différences remontent à deus traditions diverses, celle de la* Common Law *et celle du droit romain, dont nous portons l'empreinte. Pour nous, Européens du continent, la loi est essentiellement le résultat d'un acte délibéré:* Lex est quod populeux iubet atque constituit; "La loi est l'expression de la volonté générale". *Les juriste romains et crux de la grande Révolution se tendent la main à cet égard: leur manière de concevoir le droit et la souveraineté est foncièrement la même. C'est là, me semble-t-il, qu'il faut remonter pour comprendre la notion de légalité qui domine chez nous, aussi bien que la légitimité telle qu'on l'entend dans les démocraties issues de la Révolution française. La souveraineté populaire est le fondement de la légitimité de tout ordre juridique: cela signifie que la légitimation de chaque règle qui compose le système dérive d'un critère purement formel, à savoir de sa conformité à la volonté du souverain exprimée dans la loi, qui est la source du droit par excellence. C'est ainsi que, comme l'avait bien vu Weber, légalité et légitimité se confondent pour nous. C'est le schéma de Rousseau: l'Etat légitime est celui qui "est régi par des lois", et les lois "sont des actes de la volonté générale*»[37]. La questione si pone su un duplice piano, formale e materiale: se da un lato vi è una differenza tra sistema di *common law* e sistema continentale quanti ai contenuti, ciò che rileva dal punto di vista formale è che la nel sistema continentale la legge non è un semplice fatto, riposando a sua volta tanto la validità delle norme, quanto la facoltà di costringere su criterio di legittimazione formale superiore: in altri termini, la normalità della vigenza delle norme deve esplicarsi in un quadro ideale di riferimento. In più, c'è da aggiungere come siffatta cornice di legittimazione ideale sia considerata da preservare tanto rispetto alla tendenza dell'esecutivo a sopraffare il legislativo, quanto rispetto alla possibilità che le deliberazioni del

[36] S. Cotta, *Légalité et légitimité*, in *Annales de philosophie politique*, 7, Paris, 1967, p. 31.

[37] *Ivi*, p. 32.

legislativo siano non conformi alla volontà generale: siamo, da un certo punto di vista, all'interno del quadro delineato da Rousseau nel suo *Contratto sociale*, che possiamo considerare una delle possibili risposte al tema del necessario inquadramento della norma in un sistema ideale di riferimento, non positivizzato, cioè esterno al sistema positivo. Questa tensione ha certamente accomunato la costruzione transalpina e quella tedesca, che sono storicamente accomunate proprio dallo sforzo costante di fissare l'esercizio della legalità in una cornice la cui referenza ultima è ideale, al punto da indurre ad un'interrogazione costante circa l'esercizio della legalità, che poteva in ogni istante anche tradursi in produzione di norme non sostenute da quella tensione ideale, nella quale solamente può rilevare ed apprezzarsi come rilevante dal punto di vista normativo il normale esplicarsi della legalità.

In altre parole, fenomeni quali il mantenimento dell'ordine, la certezza del diritto e della pena, la regolare sottoposizione dell'amministrazione e dei giudici alla legge ha rilevato dal punto di vista del diritto, il rispetto del principio di legalità, la rilevanza del consenso e del volere della maggioranza, finivano per essere considerati rilevanti normativamente in maniera non automatica, solo ed esclusivamente nella misura in cui l'interesse in gioco nelle volizioni del legislatore era materialmente riconducibile alla sua generalità, pur se, formalmente la sua volontà era necessariamente rubricata come universale[38]. È stata questa la modalità storica attraverso la quale si è resa la produzione normativa e l'obbedienza rilevanti non solo rispetto alla dimensione del *quid facti*, ma anche del *quid juris*. Il reale problema dell'esercizio della legalità nello Stato di diritto, che dal punto di vista di chi scrive non può coincidere con quello della semplice limitazione del potere da parte del diritto, perché ogni potere si esercita attraverso il diritto, è allora quello della giuridificazione razionale delle volizioni statuali[39]: il problema, pure fondamentale, dell'azione di annullamento degli atti posti in essere "per eccesso di potere", va correttamente risituato nell'alveo di un processo in virtù del quale la volontà naturale dei singoli e dei corpi sociali dovrà giungere a costituirsi come razionale, nell'ambito di quel processo di formalizzazione delle istanze materiali, che è identificabile con la rappresentanza, che assicura la circolarità del nesso forze-leggi-poteri.

Il nocciolo teorico della questione della legalità nello Stato di diritto concerne e riguarda in maniera subordinata la limitazione del potere da parte del diritto: in senso primario, essa concerne la costruzione razionale della volontà dello Stato quale espressione della «volontà oggettiva della comunità», ed è

[38] Per una disamina teorica dell'ambigua costituzione della volontà generale, con riferimento all'opera di Constant, cfr. G. Acocella, *Paradigmi della legalità*, cit., p. 13 ss.

[39] Per una critica della nozione di Stato di diritto che va in questa stessa direzione, profondamente e criticamente avvertita dall'identificazione kelseniana tra ordinamento giuridico e Stato, cfr. M. Troper, *Le concept d'Etat de droit*, in «Droits», 15, 1992, pp. 51-63.

per questo che gli stati totalitari hanno potuto legittimarsi come espressione di tendenze già insite nelle democrazie liberali. Da questo punto di vista, la stessa bipartizione Oñate, il quale inquadra il problema della certezza del diritto nell'ambito di una duplice distinzione fenomenologia tra ordinamenti a «fonte e validità soggettiva» e ordinamenti a «fonte e validità oggettiva», dimostra un suo preciso limite, quasi che ci fosse un nesso organico tra incertezza e fonti soggettive: in realtà, la questione della certezza si gioca tutta, come Kelsen ha saggiamente dimostrato, all'interno dell'ordinamento oggettivo. Totalitari sono stati nel '900 quei regimi che hanno tentato di legittimare volontà parziali non in se stesse, ma solo in quanto coincidenti con la «volontà oggettiva della collettività». Se, per Oñate, il concetto di prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione è strettamente legato a quello di certezza[40], è pur sempre vero che esso tende a realizzarsi in un rapporto strettissimo con la funzione essenziale della legge, fonte che sola è ritenuta in grado di garantire la libertà, in quanto espressione della «volontà oggettiva della comunità». Per quanto in una fase legata all'attività di astrazione tipizzante può avere un senso sottolineare come negli ordinamenti a «fonte e validità soggettiva» possa avere un senso sostenere che i comandi, anche se hanno «il carattere formale di leggi e si dirigono alla generalità, essendo puramente occasionali e contingenti, in quanto legati ad una sola volontà, [...], sono sempre comandi individuali»[41], bisogna evidenziare come nella storia reale, i totalitarismi novecenteschi hanno semplicemente riproposto in una particolare fattispecie quella tendenza propria anche delle democrazie ad elevare volontà particolari al rango di interesse generale.

L'assunzione di questo risultato comporta non solo una radicale presa in carico della radicale "ambiguità" della legalità, quandanche una revisione critica di quelle interpretazioni che, alla luce del progressivo affermarsi dell'idea che l'affermazione e la costituzionalizzazione dei diritti umani (intesi come diritti dell'individuo) costituiscano il *pivot* della costituzione di ordinamenti le-

[40] Sulla problematica della certezza, in rapporto alle problematiche della crisi della legalità, cfr. La riflessione in tema di certezza è stata certamente influenzata dall'evoluzione del pensiero kelseniano sull'argomento: la posizione assunta dal giurista praghese nella prima stesura della sua *Dottrina pura del diritto* (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it., Torino, 1961, pp. 90 ss) appare notevolmente smussata nella seconda versione (*Reine Rechtslehre* (1960), trad. it., Torino, 1961, pp. 282 ss.), in cui le posizioni iniziali vengono molto mitigate, attraverso il loro riannodamento alla tematica della legalità. Per una contestualizzazione della problematica della certezza nella dottrina novecentesca, cfr., inoltre, G. Radbruch, *La sécurité du droit d'après la théorie anglaise*, in «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique», 1936, 3-4, pp. 86 ss; A. Levi, *La certezza del diritto in rapporto col concetto di azione*, in *Scritti Carnelutti*, Milano, 1950, I, pp. 81 ss.; N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?* in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1961, p. 146 ss.; M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979.

[41] Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), nuova ed. rivista, Milano, 1968, p. 137.

gittimati proprio in virtù della capacità di disciplinarne tanto le forme quanto il loro costituirsi come 'fondamentali', ne hanno còlto i germi, retroattivamente già nella cultura illuministica.

Come vedremo poi il rischio del dispotismo, e in questo risiede il grande contributo, nonché la grande attualità di Montesquieu, non riguarda una specifica forma di governo, essendo, piuttosto, un rischio della struttura. Si è a lungo riportato l'"illuminismo giuridico" alla compresenza di due filoni di pensiero in qualche misura fondamentali: atteggiamento razionalistico in relazione al diritto naturale, atteggiamento volontaristico in relazione al diritto positivo. Se è vero che l'"illuminismo giuridico" in tema di diritto naturale esprime una linea di pensiero legata ad una rappresentazione razionalistica dei valori morali di giustizia, che sono letti su uno sfondo naturalistico, rappresentati in una invarianza rispetto alle categorie di spazio e tempo, è ancor più vero che la matrice ultima di un simile atteggiarsi è di matrice cartesiana: ciò che effettivamente l'esperienza illuministica rende effettuale è l'uguaglianza tra soggetti in quanto esseri dotati di ragione nonché la centralità assoluta di diritti che si strutturano come diritti soggettivi, assai più che come diritti naturali[42]. Se scorgiamo il movimento dal punto di vista del soggetto di diritto, le coordinate del problema mutano radicalmente, dal momento che di diritto soggettivo si può parlare solo nel senso di un diritto preso nelle maglie dell'ordinamento, nonché còlto alla luce del rapporto che intrattiene con un altro soggetto, lo Stato. Tanto il rapporto tra razionalismo e volontarismo, quanto quello tra diritto soggettivo e Stato si configurano solo apparentemente come conflittuali: nel primo caso, la reale posta in gioco è costituita dalle condizioni *a priori* che rendono pensabile l'esercizio razionale di una volontà, che, ancora una volta, con Rousseau, non può essere soggetta a criteri particolaristici, ma

[42] Siamo nell'ambito di una traduzione del *cogito* cartesiano, che rende ragione del passaggio dal realismo pre-moderno al soggettivismo moderno; la reale dinamica della costituzione della sfera normativa nelle democrazie continentali moderne riguarda la costituzione razionale di un soggetto di diritto, del quale si dovrà inquadrare in ambito giuridico l'attività psicologica. e si tratta di un passaggio molto ben evidenziato da Solari, per il quale (*Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, pp. 57-7): «[...] la scuola del diritto naturale nelle sue applicazioni al diritto privato si rivela nella forma di un razionalismo soggettivo [...] Nel razionalismo soggettivo il diritto di natura non è che la obiettivazione della libertà, è la libertà dell'uomo razionalmente attuata [...] Non può negarsi che l'ideale di una giustizia assoluta universale presiedette la formazione del diritto privato sul finire del secolo XVIII; ma questo ideale di giustizia, di cui il diritto naturale fu l'elemento filosofica la codificazione l'espressione formale, si tradusse praticamente nel riconoscimento della nozione del diritto individuale come principio della società civile», In questo senso, più che della giustapposizione di una linea razionalistica ad una volontaristica, si tratta di definire le linee e le condizioni dell'esplicazione razionale della volontà, tanto delle persone fisiche, quanto delle persone giuridiche, in una linea di continuità che ha lo Stato come limite ultimo: così, la linea interpretativa che vuole lo Stato limitato dal diritto individuale mostra un suo limite teorico, dal momento che si tratta di soggetti che si situano in una relazione di continuità, più che non di opposizione.

che, piuttosto, deve alludere all'universale. E la volontà altro non è, se non la stoffa di cui l'ordinamento è tessuto. Nel secondo, lo Stato-persona disciplina e costituisce i diritti soggettivi all'interno dell'ordinamento, nell'ambito di un rapporto che è, a tutti gli effetti, di natura gradualistica, impegnandosi a rispettarli in qualità di soggetto di diritto.

Il primato della legge sulle fonti consuetudinarie del diritto, lo stesso fenomeno codificatorio, altro non sono se non il corrispettivo politico dell'affermazione di un soggetto che guarda criticamente alla tradizione, senza considerarla in posizione magistrale; così: «Il diritto positivo è quindi espressione della *volontà* del legislatore: non si tratta di una volontà arbitraria, ma di una volontà razionale [...] La tesi del primato della legislazione sulla consuetudine costituisce il perfetto parallelo della contrapposizione illuministica della ragione alla tradizione, dei principi agli usi»[43]. La questione del primato della legge nell'Illuminismo, in definitiva, è indissolubilmente collegata a quella della costituzione e dell'esercizio razionale della volontà, problema che riguarda tanto il legislatore, quanto il cittadino. Si tratta di un processo storico le cui ragioni sono esemplarmente espresse da Robespierre in uno dei suoi *Discours sur les principes de la morale politique*: «*Nous voulons substituer* [...] *les principes aux usages* [...] *l'empire de la raison à la tirannie de la mode*»[44]. Quest'opera di razionalizzazione, presuppone la costituzione razionale delle volizioni dello Stato, che devono poter essere inquadrate nell'ambito dell'interesse generale.

In questo senso, come sottolinea Scarpelli: «[...] la volontà è al servizio della ragione, gli atti di volontà pongono e fanno entrare nei sistemi di diritto positivo norme che con le loro strutture e relazioni sono prodotti di ragione [...]»[45]. Che si tratti di una questione che la democrazia risolve in senso formale, che però ingloba le dimensioni della legittimità e delle condizioni di possibilità dell'esercizio del potere, senza per questo sciogliere il nodo relativo all'ambiguità della legge, rimettendolo, piuttosto, ad un vero atto di fede, è confermato dallo scritto che più di ogni altro ha fornito le coordinate della costituzione dell'obbligo alla luce dell'avvento di quelle nuove forme di aggregazione politica, successive alla Rivoluzione. L'obbedienza al diritto è sempre virtuosa, perché obbedendo, la volontà si dispone sempre e comunque "come se" la norma sia rispondente all'istanza di definizione e conservazione delle istanze a priori della convivenza umana: Kant sa benissimo che può non essere così, ma ripone nell'appello utopistico alla ragione, la possibilità che l'errore, il *deficit* della volontà politica possa essere letto nella cornice della sua razionalità.

[43] M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, p. 14.

[44] Robespierre, *Discours sur les principes de la morale politique*, 18 pluviôse an II – 5 février 1794.

[45] U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, 1965, p. 138.

In un suo celebre scritto, dal titolo *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?*[46], il filosofo di Königsberg fissa le coordinate politiche, all'interno delle quali l'esercizio della legalità può considerarsi rispondente a qualcosa che è nell'ordine del *quid juris*, più che non del *quid facti*: in pagine che restano memorabili, e che ancora non cessano di sorprenderci non solo per la loro evocatività, quanto per il costituire ancor oggi una riserva finora inesaudita di significato, Kant definisce l'Illuminismo come quello stato dello sviluppo dell'umanità, in cui non solo il singolo, ma anche la specie non sono subordinati ad un sapere su se stessi, proveniente da una fonte eteronoma. *Sapere aude!*[47]: Illuminismo è quello stato nel quale l'umanità stessa è nella condizione di poter, e, in una certa misura, di dover ricercare in autonomia un sapere su se stessa, a partire proprio dalla definizione di Illuminismo: ciò che finora pochi singoli hanno avuto il coraggio di fare, ora diviene condizione storica di un'epoca. Per Kant: «*L'Illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso.* Minorità è l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro. *Imputabile a se stessi* è questa minorità se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro»[48]. È dunque nell'ambito della negazione dello statuto 'paterno' dello Stato che si struttura il regime politico dell'Illuminismo, che è caratterizzato, positivamente, da un non saperne su se stessi, nonché da una tensione continua, anche se irrisolta, nell'identificazione compiuta col proprio ideale: il sintomo visibile dello statuto dell'emancipazione dell'uomo nell'età dell'Illuminismo è l'uso pubblico, cioè, rivolto all'universale, della ragione, che Kant coniuga, strettamente, all'obbedienza alle regole interne dello Stato. La dimensione legalistica dello Stato di diritto moderno non è antipaternalistica solo rispetto alla questione del sapere: per Kant, si dà una legislazione anteriore a quella emanata dallo Stato, dei principi puramente razionali esterni all'uomo che sono da anteporre alla normatività positivisticamente intesa, ed è rispetto a questa costellazione che si struttura l'uso privato della ragione, ossia l'obbedienza. «Non un governo *paterno*, ma un governo *patriottico* (*imperium non*

[46] I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* in «Berlinische Monatsschrift», IV, 1784, pp. 481-94, trad. it., *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?*, in Id., *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Roma, 1995, pp. 113-20. Su Kant e l'Illuminismo, prescindendo da commenti che costituiscono essi stessi riformulazioni in termini filosofici del problema, come quelli della Arendt e di Foucault, cfr. C. Antoni, *La dottrina dell'«Auklärung» in Kant*, in Id., *La lotta contro la ragione*, Firenze, 1942, pp. 181-224; G. Beyerhaus, *Kants Programm der Auklärung aus dem Jahre 1784*, in *Kant-Studien*, XXXVI (1931), pp. 1-16; J.L. Bruch, *Kant et les Lumières*, in «Revue de Métaphysique et de morale», 1974, n. 4, pp. 457-72; R. Denker, *Grenzen liberaler Aufklärung bei Kant und anderen*, Stuttgart, 1968; S. Semplici, *Dalla teodicea al male radicale. Kant e la dottrina illuministica della giustizia di Dio*, Padova, 1990.

[47] «Osa conoscere!», Orazio, *Epistole*, I, 2, 40.

[48] I. Kant, *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?*, cit., p. 113.

paternale sec patrioticum), è quello che unicamente può essere concepito per uomini capaci di diritti, anche in rapporto con la benevolenza del principe. *Patriottico* è infatti quel modo di pensare per cui ognuno nello Stato (non escluso il sovrano) considera il corpo comune come il grembo materno da cui è nato e il paese come il suolo paterno sul quale è cresciuto, e che deve a sua volta tramandare come un pegno prezioso; e ciò, solo ai fini di difendere i propri diritti mediante leggi della volontà generale e senza ritenersi autorizzato a usarne a suo arbitrio illimitato»[49]. Illuminista è quello Stato in cui chi governa non dispone della felicità, e, quindi, del 'benessere' dei cittadini, astenendosi dall'egemonizzare la loro felicità, senza disciplinare il modo in cui *devono* essere felici, tutelando piuttosto le condizioni *apriori* dell'esercizio del suo potere, trasformando l'esercizio legale del potere in una realtà in grado di rispondere anche della propria *quidditas* giuridica. Per quanto questa costruzione, come vedremo meglio poi, è parzialmente contraddittoria, per quanto Stato e individuo siano entità in qualche misura politicamente antitetiche, per quanto, ancora, vi è qualcosa di logicamente contraddittorio nella contemporaneità tra *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789) e riconoscimento della sanzione come requisito essenziale della giuridicità di una norma, non disgiunto dalla contemporanea affermazione della consustanzialità tra statualità ed uso legittimo della forza, per quanto, ancora, la fiducia riposta nella sovranità politica deriva dalla costruzione praticamente simmetrica tra Stato e individuo, tra personalità giuridica dello Stato e persona fisica dell'individuo, tra macro-antropo e uomo[50], dalla teoretica kantiana emerge la complessità dell'ordine e del fenomeno dell'obbedienza. Quest'ultimo ha senso nell'ottica di un riferimento utopico ad un orizzonte di non sapere, relativo all'essenza, all'idea di giustizia, al benessere di un popolo, come di ciascuno. E questo non può non valere nei momenti in cui quest'ordine vacilla: si può essere quanto si vuole ammiratori di un modello monista di spiegazione dei fenomeni sociali, e, *lato sensu*, culturali: purtuttavia, lascia interdetti il senso in cui l'attuale situazione italiana è ricondotta, in un senso che è assolutamente

[49] *Ivi*, p. 115.

[50] Perfettamente condivisibile, in questo senso, il pensiero di P. Costa (*Lo Stato di diritto. Un'introduzione storica*, cit., p. 121), in virtù del quale: «La legge non è solo un momento interno all'organizzazione della sovranità: trae senso dalla sua destinazione funzionale, dal collegamento con un individuo che in essa trova la cornice e la tutela della sua azione. È in questo contesto che vengono formulati quei principi di legalità (*nullum crimen sine lege*) e di eguaglianza giuridica (l'eguale sottoposizione di tutti i soggetti alla legge) che la civiltà giuridica ottocentesca darà in qualche modo per acquisiti (almeno idealmente, pur restando incerta e problematica la loro effettiva realizzazione). Nel "Settecento riformatore", comunque, la fiducia della legge come strumento di protezione e di rafforzamento della libertà, della proprietà dei diritti del soggetto va di pari passo con un atteggiamento ottimistico nei confronti della sovranità: che nella sua attuale configurazione tende assolutamente al dispotismo, ma può, deve divenire l'espressione e il tramite di un ordine finalmente razionale».

acritico, per la sua pretesa di esaustività, ad una crisi di carattere materiale, se non economico, nel cui ambito lo Stato è riportato, niente più, niente meno, a quella considerazione materialistica, per cui è, esclusivamente, dispensatore di benessere, se non di ricchezza. In realtà, come spesso accade, dietro questo tentativo di interpretazione della realtà, vi è qualcosa di ulteriore, che eccede la sfera della rappresentazione, riguardando, al contrario, rapporti di forza concreti: l'economia, infatti non solo vuole essere un criterio di spiegazione della crisi, quanto un modello specifico di organizzazione di quei rapporti che, finora, sono stati appannaggio della sfera politica, e, da un certo punto in poi, della sfera politico-statuale, nella misura in cui l'idea di personalità giuridica dello Stato ha assorbito quella di sovranità. Con un duplice risultato: da un lato, ogni altra lettura della crisi attuale è, letteralmente, interdetta, dall'altro, il cittadino è riportato a quella posizione "passiva", che lo riporta in uno stato di minorità. Non che manchino gli argomenti per inquadrare, come è d'altra parte è assolutamente plausibile e giusto, la "crisi economica" nell'ambito di una situazione più generalizzata, che riguarda le sfere della politica, della socialità, della morale, che logicamente e fattualmente fungono da inquadramento al fenomeno economico, che neanche nelle interpretazioni materialistiche più meccanicistiche è mai stato univocamente estrapolato ed assolutizzato, come sta avvenendo in queste settimane di dibattiti: purtuttavia ci si ostina a considerare l'elemento materiale il motore del corpo politico.

c) *La costruzione della nozione di personalità dello Stato in Francia e in Germania*

Seppur con rilevanti eccezioni (prima tra tutte la teoria realista di Duguit[51], è attraverso la costruzione dello Stato come persona giuridica che si riconosce, essenzialmente, la misura della giuridicità del suo potere. In altri termini, siamo di fronte alla costruzione di un dispositivo concettuale, in virtù del quale l'esercizio della legalità non avviene solo in un quadro socialmente normalizzato, corrispondente all'ordine, inquadrandosi piuttosto anche in una cornice ideale, che rende l'obbedienza non semplicemente "passiva", quanto "virtuosa".

Anzi, la sfera politico-statuale edifica se stessa tutta per intero sul presupposto dell'"attività" della cittadinanza, contrapposta alla "passività" del soggetto negli ambiti economico e sociale. Nell'ambito di questi ultimi, la semplice fattualità sembrerebbe a tutti gli effetti concedere con la doverosità: tipico il caso del soggetto economico, la cui presenza stessa attesta del suo agire ra-

[51] Per una ricognizione storico-critica delle dottrine della costituzione dello Stato come soggetto di diritto, cfr. L. Duguit, *The Law and the State. French and German doctrines* (1917), trad. it., *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, a cura di V. Rapone, Soveria Mannelli, 2012.

zionale, cosicché, sulla scorta di questa osservazione, ad essere garantita è la razionalità di tutto il sistema, semplicemente in quanto esistete, senza nessun rimando ulteriore. Premesso che ciascuno partecipa tanto della sfera pubblica, quanto di quella privata, la superiorità dell'uomo di Stato rispetto all'imprenditore si giustifica in quanto quest'ultimo testimonia di una disposizione libera, ma libera proprio perché razionalmente costruita, della sua volontà, che è negata all'imprenditore, la cui azione ha luogo *sub necessitate.* Tanto per il cittadino, quanto per lo Stato, la questione è quella della costruzione di una volontà razionale, in rapporto ad un'assenza complessiva di un sapere definitivamente dato. Questa costruzione, semplicemente rimossa, ma non messa minimamente in discussione dalla teoria contemporanea, consisterà allora, formalisticamente, nel reperimento formalistico di momenti di razionalizzazione della volontà naturale, empirica, dei singoli e dei corpi sociali, dei quali lo Stato è considerato alla sommità. Solo nell'ambito di questa costruzione lo Stato può imporre la sua volontà a quella degli altri corpi ed associazioni intermedie: le sue volizioni sono prevalenti solo nell'ambito di questa costruzione: prodotto di un lavoro di giuridicizzazione, la volontà dello Stato è considerata, lo ribadiamo, formalisticamente, maggiormente razionale di quella espressa da altri corpi sociali. Il motivo per cui ogni associazione segreta, *lobbies* incluse, dovrebbe restare esclusa dalla vita pubblica, è lo stesso in virtù del quale lo spirito imprenditoriale dovrebbe essere tenuto alla larga dalla sfera politico statuale. I partiti e le associazioni riconosciute trovano un senso nel processo di giuridificazione della volontà nella misura in cui si ritiene che, pur portarici di volontà parziali, la loro interazione possa costituire elemento virtuoso nell'edificazione di una volontà 'generale', in grado di servire un interesse slegato da ogni particolarismo. Il problema dello Stato di diritto, in questo senso, non è né quello del rischio di tramutarsi in assolutismo, né, tanto meno, di proteggersi da questo rischio tramite il riconoscimento di diritti umani, i quali, come abbiamo visto, non costituiscono fonte di eterolimitazione del sistema, ma vivono nell'ambito dell'autolimitazione dello stesso, costituendo parte integrante del processo di giuridificazione del diritto.

È, dunque, sempre nell'ambito di una costruzione di una legalità non esente da 'ambiguità' che va inquadrata la costruzione della personalità giuridica dello Stato; la differenza fondamentale tra la dottrina francese e quella tedesca è che, mentre in Francia lo Stato personifica la nazione, che però permane in una posizione esterna rispetto ad esso, dando vita ad una problematizzazione del rapporto diritto-Stato, in Germania lo Stato stesso non è considerato nella sua funzione di personificazione di un'entità ad esso esterna, la nazione. Esso, personifica in realtà, solo ed esclusivamente se stesso, ed è probabilmente questo disporsi in sede teorica che rende ragione del fatto che è in quest'ambito che giunge a maturazione la teoria della giuridificazione della volontà sovrana tramite autolimitazione della stessa. In tutti e due i casi, si tratta, nella teoria,

di dimostrare da un lato come la volontà dello Stato sia qualitativamente superiore a quella degli altri corpi sociali, pur costruendosi in linea di continuità con questi, dall'altro come esso si costituisca come il soggetto dei diritti corrispondenti all'interesse collettivo della nazione, che non si identifica necessariamente né con gli interessi dei singoli, né con gli interessi dei più, anche se tende a coincidervi. È per questo che la teoresi relativa alla costruzione della personalità giuridica dello Stato ruota per un verso intorno alla teoria sociologica dei corpi collettivi, per un altro intorno alla *Willenstheorie*, trovandosi nella duplice necessità da un lato di conferire valore alla costituzione sociologica dei gruppi, definendo le condizioni della loro giuridificazione, dall'altro di edificare la dimensione dei rapporti politico-statuali sulle basi privatistiche che caratterizzano la teoria della volontà.

Questi approcci sono stati oggetto tanto di negazione radicale, quanto, invece, di un superamento, che ha avuto, come anticipato poco sopra, quale effetto quello di problematizzare il rapporto Stato-diritto; in particolare la tesi della personalità morale dello Stato è stata contestata duramente da Duguit, per il quale l'unica possibile referenza dell'universo normativo è rappresentata dall'individuo empirico, colto al di là di ogni astrazione. Per il giuspubblicista bordolese, il potere è una questione di fatto, e la sua giuridificazione non avviene per effetto della presupposizione di entità trascendentali, quanto in relazione al grado di conformità degli scopi volontariamente perseguiti alla "regola sociale di diritto", che traduce in termini normativi le istanze di solidarietà intrinseche ad un determinato gruppo sociale. La famosa dichiarazione d'intenti ("nessuno ha mai avuto l'occasione di pranzare con una persona giuridica") è in realtà l'esito di un uso realistico delle categorie, che bolla spregiativamente come pragmatiste quelle teorie che fanno uso di astrazioni e finzioni, funzionali più alla coerenza interna della concatenazione dei concetti giuridici, che non alla loro congruenza con la realtà.

Quest'approccio è stato criticato tanto nell'ambito di quegli approcci legati all'ambito della ripresa giusnaturalistica e sociologica delle fonti extra-statuali del diritto (Gény, Hauriou e Gurvitch si sono dichiarati ostili al realismo duguista e si sono dichiarati favorevoli ad un uso "finzionistico" delle categorie della scienza giuridica), quanto da autori come Saleilles e Michoud, per i quali lo Stato è soggetto di diritto perché è il soggetto dei diritti legati all'interesse della nazione, che non corrispondono agli interessi del singolo. In particolare, per Michoud, la personalità morale dello Stato si compone di due momenti, temporalmente e logicamente interconnessi: da un lato, l'interesse collettivo della nazione; dall'altro, un'organizzazione capace di esprimere una volontà che possa rappresentare, se non incarnare, quest'interesse: si tratta di una costruzione che tiene presente l'elemento empirico, l'interesse della nazione, ma che lo trasvaluta, sussumendolo nel concetto di organizzazione giuridica della personalità morale. Organizzazione che non è costitutiva, ma per così dire,

semplicemente dichiarativa dell'elemento empirico preesistente.

In Carré de Malberg, secondo una linea teorica comune a quella della dottrina giuspubblicistica tedesca, il momento giuridico è a pieno titolo costitutivo dell'interesse collettivo, e, comunque, dell'elemento empirico sottostante, per cui il diritto torna ad essere una creazione integrale dello Stato, senza che la funzione di giuridificazione dei rapporti empirici possa essere in alcun modo oggetto di verifica empirica. La personalità morale finisce per costituirsi come una realtà squisitamente giuridica, costruita su elementi formali, in cui la personalità morale è semplicemente il calco del potere unificante dell'organizzazione-ordinamento.

Nel complesso, nella dottrina tedesca d'inizio novecento, lo Stato giuridifica se stesso costituendo i rapporti giuridici come rapporti non-naturali, afferenti alla dimensione della libertà, oggetto di una scienza svincolata dall'idea di necessità, che regola disciplina i rapporti socio-economici, e che, sottoponendosi ad una radicale 'autolimitazione' della propria sovranità, si rappresenta in grado di configurare come giuridico quel rapporto tra governanti e governati, che nel filone realista resta un di puro potere, e la cui giuridificazione è rimandata ad un elemento esterno, di natura teleologica. La dottrina della giuspubblicistica tedesca si dipana a partire dalla giusta osservazione che, nonostante gli sforzi di conferire valore di efficacia alle Dichiarazioni o alle Carte, espressione di rivendicazioni soggettive contro l'ordinamento, i diritti, una volta riconosciuti, altro non sono se non proposizioni giuridiche, ossia norme di diritto oggettivo, giuridificate attraverso il dispositivo teorico del conferimento di valore operato dall'autolimitazione della sovranità, ossia tramite la costituzione dello Stato come soggetto di diritto.

Una giusta critica dell'ideologicità della rivendicazione dell'esistenza di diritti contro l'ordinamento si trasforma nell'affermazione di consustanzialità tra diritto e Stato, Stato concepito come entità doveristica, in grado di trasvalutare il dato naturale in entità giuridica e perciò valoriale, garantendo in seconda battuta posizioni soggettive, che altro non sono che un riflesso dell'ordinamento giuridico. È in questo senso che Gerber può affermare: «[...] la forza di volontà dello Stato, il potere dello Stato, è il diritto dello Stato. Il diritto pubblico è dunque la dottrina del potere dello Stato»[52]. Siamo in presenza di una teoria dello Stato che si vuole giuridica nella misura in cui disciplina rigidamente la legalità al suo interno: nei *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, lo Stato è visto come un apriori che detiene autocraticamente la «competenza della sua competenza», e che non coincide né con chi detiene il potere, né con i sudditi, essendo, piuttosto, il principio di regolazione normativa e di giuridificazione dei rapporti di rapporti di forza, che si trasvalutano in rapporti di

[52] C.F.W. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1865), trad. it., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in Id., *Diritto pubblico*, Milano, 1971, p. 3.

diritto. Il processo di razionalizzazione dell'elemento volontaristico raggiunge la sua vetta apicale in una teoria in cui l'esigenza di razionalizzazione del potere sovrano convive con elementi etici di ascendenza hegeliana, funzionali alla sussunzione all'interno della sfera-politico statuale di istanze sociali. Confinati in una sfera in tutto e per tutto assimilabile allo "spazio vuoto", giuridicamente non rilevante, quale elaborato da Bergbohm, i diritti civili rappresentano nella dottrina giuspubblicistica tedesca una semplice «garanzia d'istituto», in virtù della quale non sono azionabili contro lo Stato, essendo, semplicemente, «effetti riflessi» delle norme che limitano le competenze statali. Questa posizione è corretta da Jellinek, senza che però ne sia mutata l'essenza: viene corretta la posizione che vede le posizioni soggettive come semplici «diritti riflessi», che trovava la sua ragion d'essere – si tratta di un ragionamento che applica una concezione tipicamente storicistica in materia di aspettative individuali – in un sistema nel quale ancora i tribunali amministrativi non avevano una propria competenza nel giudicare il grado di sottomissione degli apparati pubblici alla legge. È solo all'interno di una ben precisa evoluzione storica che diviene necessario proteggere «l'interesse individuale che si celava nelle formule e nei diritti fondamentali»[53]. Jellinek fornisce tutte le coordinate del passaggio dello Stato da sovrano a soggetto: solo in una posizione iniziale, essa stessa pregiuridica, il diritto è per lo Stato un non-diritto, un niente giuridico (*Unrecht*). Se gli individui non hanno vita propria, al pari e in quanto organi dello Stato, essi sono limitati nella loro azione da quella regola di diritto, che costituisce il segno visibile della loro appartenenza all'ordinamento, a sua volta prodotto di un atto di limitazione volontaria da parte dello Stato. Ambigua nella sua costituzione rispetto alla sovranità statuale, la legalità si configura nei sistemi francese e tedesco all'interno di un ordinamento in cui la normatività ha il senso di un dover-essere (*Sollen*), eticamente connotato. La costruzione della volontà dello Stato fa sì che la sfera della legalità si riveli in tutta la sua 'ambiguità', abitando al tempo stesso, talvolta in modo potenzialmente contraddittorio, la sfera dell'essere e quella del dover essere, e ciò, proprio nella misura in cui la sua legittimazione si situa in un punto esterno all'ordinamento positivo, extrastatuale, a partire del quale poter valutare il grado di congruenza dell'ordinamento all'ideale doveristico che lo rende possibile. L'esperienza continentale, e, in particolare, l'esperienza francese, nel cui alveo il sistema di *civil Law* ha visto la luce, sperimentandosi come modello al tempo stesso filosofico, politico, giuridico, ha posto fuori di sé la questione della legittimità, offrendo spazio e modo per una teleologia che avesse di mira l'ideale di giustizia. È questo il caso della volontà generale come paradigma interpretativo delle volizioni dello Stato-persona. Cosa accade, invece, quando l'ordinamento risolve al suo

[53] G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechts* (1892), trad. it., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, p. 106.

interno la questione della legittimità dell'ordinamento, ritenendola risolta nella subordinazione della legalità alla norma costituzionale? Paradossalmente, l'ordinamento diventerà effettivo nella forma dell'essere: il modello anglosassone, corretto dall'esperienza costituzionale statunitense, diventa paradigmatico di un sistema esautorato dall'interrogarsi criticamente sulla sua costituzione.

Avviene il costituzionalismo.

4. *Lo Stato Costituzionale di diritto tra realtà e ideologia*

Un modo di guardare al rapporto tra le sfere della legalità e della legittimazione valoriale del potere ha dunque caratterizzato una determinata costruzione teorica novecentesca, prevalentemente, ma non esclusivamente successiva alla fine del secondo conflitto mondiale e che ha visto, in un senso meno paradossale di quello che potrebbe apparire *ictu oculi*, una certa complementarietà tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Quest'interpretazione ha letto il positivismo giuridico sulla scorta di una separazione radicale tra legalità e legittimità, e quindi, tra ordinamento giuridico 'positivo' e sfera ideale, quasi come se si fosse a capo di un processo in cui questi due ambiti non avessero più alcun rapporto reciproco. Per ovviare agli inconvenienti di questa separazione, si è tentato di risituare la legittimazione, giuridificandola, all'interno dell'ordinamento: sostenuta da una determinata interpretazione, che peraltro non coglie alla radice la tendenza propria del formalismo, la tendenza ad includere nell'ordinamento la sua legittimazione teorica, pur sostenuta dalla necessità di integrare la sfera positiva con una riflessione generale intorno alla sfera dei valori supremi, ha come conseguenza strutturale quella di costituire le sfere dell'ordine e dell'obbedienza in un senso squisitamente fattuale. Ove positivizzato nell'ordinamento, il fondamento di legittimazione finisce per avere un significato esclusivamente ideologico. È attraverso questo tipo di legittimazione che si è cercato di creare i presupposti per un compromesso tra istanze formali e istanze materiali, che avrebbe reso possibile il superamento di quell'*impasse* istituzionale, caratterizzante la "crisi dello Stato" di inizio novecento, di cui i totalitarismi sono stati una sia pur esecrabile risposta.

Questo compromesso tra positivismo giuridico, rivendicazione dell'imprescindibile autonomia del politico rispetto alla costituzione normativistica dell'ordinamento e giusnaturalismo in forma moderna si struttura, prevalentemente, intorno a tre argomenti:

1) La tradizione giuridica occidentale è "da sempre" significativamente caratterizzata da una costruzione legittima del potere, ossia sul riconoscimento di un fondamento sottratto ad ogni considerazione fattuale, in grado di costituire realtà valoriate; 2) Non è possibile ridurre la legittimità all'oggetto di riflessione degli scienziati politici e dei sociologi d'oltreoceano. Se la questione

della legittimità del potere in scienza politica, pure nobilmente introdotta da Mosca[54], è stata ripensata come questione strettamente fattuale da tutta una serie di studiosi d'oltreoceano, il cui sforzo è nella direzione di una considerazione squisitamente empirico-fattuale del fenomeno, ridotta ad un effetto retorico da perseguire tramite strategie comunicative, un approccio di questo tipo non può essere considerato risolutivo del rapporto tra razionalità del corpo politico ed efficacia dell'ordinamento; 3) Del formalismo giuridico si dà un'interpretazione a sua volta formale, differenziando aspetti fattuali e doveristici. La separazione tra fatti e valori viene considerata imperativa, ontologica, più che metodologica.

Quest'ultimo punto è assolutamente dirimente, ruotando tutto intorno ad una ben precisa lettura ed interpretazione del formalismo, per come si costruisce da Kant a Weber[55], e, in particolare, per quanto riguarda quest'ultimo, della sua partizione 'tipica' del potere politico sulla base della corrispondente legittimità: ai tipi della legittimità "carismatica" e "tradizionale" succede quella legittimità che il sociologo tedesco stesso definisce come "razionale". La legittimità "razionale", a tutti gli effetti, è fondata sul diritto, ossia su un sistema di regole in precedenza deliberatamente statuite. In questo tipo di sistema, consustanziale e funzionale ad un certo modello sociale ed economico, quello del capitalismo otto-novecentesco, in cui i processi di razionalizzazione sostituiscono la comprensione "integrale" dei fenomeni, e in cui, ancora, la razionalità "rivolta allo scopo" prende il posto della "razionalità rispetto al valore", avrebbe luogo una vera e propria sostituzione del potere esercitato su base personale a quello esercitato su base normativa. La posizione di Weber, in questo tipo di letture, è che le società di capitalismo avanzato, che si vanno a consolidare negli anni in cui il sociologo vive, siano strutturate sulla base di un principio "razionale", inclusivo di un'obbedienza dovuta non alla persona, quanto, piuttosto, ad un insieme di regole, oggettivamente costruite: in questo senso, nella misura in cui «[...] lo Stato di diritto si iscrive nell'esigenza di porre argini alla forza debordante e tendenzialmente incontrollabile del potere (un potere terribile e minaccioso, ma nello stesso tempo indispensabile per la fondazione e il mantenimento dell'ordine); se lo Stato di diritto è l'espressione della fiducia che gli individui, incalzati dalla forza luminosa e arcana del potere, ripongono nel diritto, nella norma oggettiva, come in una diga capace di frenare o comunque di regolare l'energia disordinata ed eccessiva della sovranità, allora il suo orizzonte di senso si colloca in uno scenario temporale estremamente ampio, che include tanto il mondo antico, quando il mondo medioevale»[56].

[54] Cfr. G. Mosca, *Elementi di scienza politica* (1896), con *Prefazione* di B. Croce, 2 voll., Bari, 1953.

[55] Interpretazione sulla cui scorta il "potere legale" di Max Weber corrisponde in sostanza a quello che Carl Schmitt definisce *Gesetzgebungsstaat* ("Stato di legislazione") nel suo celeberrimo *Legalität und Legitimität*. Il potere cui Weber fa riferimento, però, è potere legittimo nell'esercizio formale dell'obbedienza a norme, e non potere che liquida la dimensione della legittimità, riducendosi ad esercizio legale del potere che si legittima tramite la legalità.

Se la ragione comunicativa di Habermas vuole innanzitutto correggere, sulla base di una determinata interpretazione del rapporto legalità-legittimità, i limiti di un'interpretazione formale delle istanze teorico-politiche dello Stato di diritto, a quest'interpretazione si sono aggiunti i frutti di quella ricerca che ha rinvenuto nella sfera politica la *ratio*, ritenuta in grado di determinarne in ultima istanza le dinamiche. Ricerca che, a sua volta, si è insinuata all'interno dell'alveo scavato da quel diritto naturale "moderno", influenzato dalle ragioni della storicità, e quindi, rivisto, rispetto alla tradizione.

Ci soffermeremo seppur brevemente, sul primo punto: allo svuotamento dell'espressione Stato di diritto e della sua specificità storica, operata dal formalismo e in particolare da Kelsen attraverso la tendenziale identificazione tra Stato e ordinamento giuridico, che sfocia nella tautologica considerazione dell'automatica limitazione di qualsivoglia potere a partire da se stesso («ogni Stato è Stato di diritto»), si è opposta, già a partire dal dopoguerra, l'irriducibilità del momento politico al processo di normativizzazione del potere, nel cui alveo, successivamente, si è situata la dottrina dei diritti fondamentali, sovraordinati all'ordinamento positivo. La rivendicazione della dimensione necessariamente politica dell'ordinamento ha avuto luogo per il tramite di duplice accesso: da un lato, la teoria della "decisione politica" di Schmitt, dall'altro la ripresa della critica idealistica del formalismo. Quanto a quest'ultima linea interpretativa, esemplare, tra le tante testimonianze di un filone così ricco, il punto di vista di studiosi come Caristia che, dopo aver accusato di tautologia la definizione kelseniana di Stato di diritto, dopo averne considerato il concetto «inutile perché tautologico», evidenzia come «non a un diritto in genere fa appello la formula, ma a quello di un dato tipo o di un dato contenuto»[57]. Testimonianza importante del fatto che ogni definizione di Stato di diritto, inteso nella sua connessione con la legalità, eccede una posizione esclusivamente formale del problema è la posizione di Cammarata in tema di Stato di diritto, perché interna essa stessa al formalismo. Per il giurista catanese, quest'ultimo non avrebbe rilevanza all'interno di un contesto filosofico-giuridico, quanto, piuttosto, esclusivamente politico. In questo senso, il concetto di Stato di diritto non avrebbe rilevanza dal punto di vista giuridico, né da quello filosofico, sostenendosi come esso abbia «senso solo nell'ambito della considerazione politica, in quanto esprime un'esigenza che assai bene il Salandra ha chiamato esigenza del governo legale»[58]. La declinazione

[56] P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 92.

[57] C. Caristia, *Dottrina e pratica delle libertà civili nel secolo XX*, Torino, 1945, p. 43.

[58] A.E. Cammarata, *Contributo ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925), in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 125.

formale, "debole", di Stato di diritto, corrispondente all'uso tedesco di *Rechtsstaat*, potenzialmente inclusiva di qualsiasi regime moderno, anche del più illiberale, farebbe riferimento «qualunque ordinamento, nel quale i pubblici poteri sono *conferiti* dalla legge ed esercitati nelle *forme* e con le procedure da questo stabilite» [59], andrebbe integrata da un'altra accezione di Stato di diritto, di natura sostanziale. In questa seconda accezione, destinata ad emendare la contraddittorietà intrinseca allo Stato di diritto moderno, con Stato di diritto si designerebbero, piuttosto, «quei soli ordinamenti, nei quali i pubblici poteri sono altresì *soggetti* alla (e perciò limitati o vincolati dalla) legge, non solo quanto alle forme ma anche quanto ai *contenuti* del loro esercizio» [60]. Siffatta limitazione materiale dell'ordinamento, ritenuta in grado di sanare quelle contraddizioni dello Stato di diritto che in ultima analisi corrispondono con quelle della ragione giuridica moderna, trova la sua referenza più significativa nel rispetto e nella tutela di quelli che non vengono più definiti diritti umani, bensì diritti soggettivi, proprio per sottolineare quanto siano all'interno di un movimento tanto di politicizzazione, quanto di inclusione nell'ambito dell'ordinamento, inclusione essa stessa ambigua, nella misura costituisce un rafforzamento del potere dello Stato nel garantirli. La molteplicità dei significati di Stato di diritto, ad un certo punto, è parsa irriducibile ad unità ha finito per legittimarne l'equiparazione con le problematiche del diritto naturale, del quale pure, proprio a partire alcune dichiarazioni di Bobbio, si è sancita la strutturale politicità semantica, a sua volte prodromica della sua esclusione dal consesso dei concetti scientificamente controllabili. In questa ambiguità concettuale, vera o presunta che sia, si è accolta una ben determinata linea interpretativa, quella propugnata da quegli autori che ne hanno colto l'insufficienza, quanto ad ogni sua definizione in senso squisitamente formale, cercando altrove la sua fondazione, ossia nella legittimazione dell'ordinamento giuridico "tramite diritti umani".

Ciò che si preconizza è un superamento anche storico di esperienze ormai superate, come quella dello Stato c.d. legale, a favore di un nuovo 'annodamento' tra Stato di diritto e legalità teleologicamente centrato sull'affermazione, sempre più generalizzata, dei diritti soggettivi. Si tenta di risolvere così ogni antinomia e ogni conflitto interno tra Stato legale, Stato sociale di diritto da un lato, e le istanze di razionalizzazione dello Stato di diritto propriamente detto: le riflessioni di Ronald Dworkin, Ralf Dahrendorf, Jürgen Habermas, Norberto Bobbio, così come la stessa teoria di Ferrajoli alludono ad un superamento integrale dell'esperienza novecentesca in una direzione precisa, quella dei diritti soggettivi in posizione "fondamentale", o, il che è il medesimo,

[59] L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 349.

[60] *Ibidem*.

dell'individuo ad "avere diritti" [61], secondo la formula di Rodotà, ovvero della tutela e della rinnovata centralità di diritti che finiscono con confinare, spesso drammaticamente, con istanze di rivendicazione sociale e politica, che rafforzano più che limitare l'onnipotenza dello Stato, in posizione di potenziale legiferatore sugli stessi. In particolare, "l'età dei diritti" di Bobbio diviene retrospettivamente un momento di semplificazione concettuale e politicamente un momento d'unione tra forme prodotte in contesti diversi [62]. Si tratta di un dispositivo concettuale molto efficace retoricamente, ma non sempre concettualmente solido: si lascia intravedere un movimento uniforme nel riconoscimento di diritti di varie generazioni, in grado di legittimare la pratica del trapianto di soluzioni normative, nonché di istituti, provenienti da altri ordinamenti.

Se guardiamo criticamente all'attuale dottrina dei diritti fondamentali [63], ci accorgiamo quanto essa non esorbiti il quadro della scienza giuridica moderna, muovendosi invece nell'alveo delle sue contraddizioni, costituendone dunque un'ulteriore declinazione: i diritti fondamentali vi compaiono, in definitiva, non come momento di eterolimitazione del potere, bensì a titolo di "norme oggettive", costituendosi come una delle possibili soluzioni storicamente tentate della regolazione dello spazio sociale da parte dello Stato. Nell'ambito della *vexata quaestio*, relativa all'opposizione tra concezioni statualistiche, che propugnano l'intervento dello Stato nella vita sociale ed economica e teorie più squisitamente liberali, caratterizzate dalla dottrina del *lassez-faire*, i diritti fondamentali costituiscono un punto d'ancoraggio in un momento di spoliazione dello Stato sociale e di affermazione di politiche liberiste [64]. Ma c'è dell'altro: come hanno evidenziato le discussioni legate alla promulgazione della

[61] Cfr. S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

[62] Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992.

[63] Per quanto riguarda la definizione storica e concettuale e filosofica della nozione di diritti fondamentali, all'interno dello sviluppo dello Stato di diritto, prima dell'avvento delle dottrine costituzionalistiche, cfr. F. Battaglia, *Liberta ed eguaglianza nelle dichiarazioni dei diritti dal 1789 al 1795*, Bologna, 1946; K.A. Bettermann, F. Neumann, H.C. Nipperdey, *Die Grundrechte*, 5 voll., Berlin, 1954; A. Brunialti, *La libertà nello Stato moderno*, in «Biblioteca di Scienze Politiche», serie I, vol. V, Torino, 1890; E. Crosa, *La tradizione della libertà nella costituzione italiana*, in «Studi sulla Costituzione», vol. II, Milano 1958, p. 19 ss.; G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und die Bürgerrechte* (1895), trad. it., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, 2002; A.C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961; F. Ruffini, *Diritti di libertà*, (1926), a cura di P. Calamandrei, Firenze, 1946; R. Schnur, *Zur Geschichte der Erklärung der Menchenrechte*, Darmstadt, 1964; Stanka, *Die Menschenrechte. Ihre Geschichte und Problematik*, Wien, 1954.

[64] In tutto complementari ai sistemi economici di libero mercato, essi costituiscono un momento anche psicologico di difesa per il cittadino, costretto sempre più alla difesa di un essenziale che tende da a coincidere da un lato col semplice vivente, difendendosi al tempo stesso dal rischio di essere ridotto ad *homo sacer*, escluso dalla civilizzazione e riportato alla "nuda vita". Sul punto, cfr. G. Agamben, *Homo sacer*, Torino, 2005.

Carta di Nizza, assistiamo ad un processo di costruzione della sfera pubblica che pretende di superare le modalità di legittimazione legate al potenziale di giuridificazione proprio dello Stato come personalità giuridica. Nella prospettiva inaugurata dalla Carta, il circuito della legittimazione democratica muove i passi attraverso quelli che sono stati definiti «obliqui sentieri istituzionali, come quello percorso dal mandato ai membri della Convenzione per scrivere la Carta dei diritti, pur nella speranza che il soggetto si formi insieme allo strumento, ovvero, fuor di metafora, che l'istituzione faccia nascere il *demos*»[65], al punto che, in una prospettiva d'integrazione perseguita attraverso gli strumenti dell'unione finanziaria e del diritto costituzionale, quest'ultimo venga definito da Rousseau «non tanto il diritto dei governanti, quanto il diritto dei diritti dell'uomo»[66].

Il costituzionalismo da un lato si iscrive così nella dinamica, tipicamente novecentesca, dei processi di giuridificazione, senza per questo superarli, come auspicato dai suoi esponenti, che reperito la chiave di volta per la risoluzione della difficile composizione tra legittimità, legalità ed efficacia dell'ordinamento. Questo movimento riguarda un livello d'analisi che è quello del rapporto tra democrazia e diritti fondamentali da un lato e tra teoria costituzionale e cittadinanza dall'altro; se, come sostiene Böckenförde, «i diritti fondamentali ricevono il loro senso e il loro significato principale come fattori costitutivi di un libero processo democratico, cioè di una produzione dello Stato dal basso verso l'alto – in ciò costituisce la loro comunanza con la dottrina dell'integrazione – e di un processo democratico di formazione politica della volontà»[67], è chiaro come il costituzionalismo sia solo una delle declinazioni di quella teoria dello Stato di diritto intesa come razionalizzazione del potere sulla base del costante processo di traduzione dei fatti sociali in istanze normative, alla luce di un quadro ideale di legittimazione complessiva. Si afferma, almeno tendenzialmente, come il processo politico democratico non inerisca più unilateralmente al principio di legittimazione popolare, né a quello di autodeterminazione dei popoli, strutturandosi piuttosto come forma di co-determinazione, che trova la sua legittimazione nella compartecipazione delle maggioranze e delle minoranze, giustapponendo la concezione di una libera partecipazione tra uguali nel processo politico alla difesa di interessi pur sempre parziali, in cui le minoranze si trovano rappresentate e supportate da norme di rango costituzionale. Se questa dinamica ripete quella del rapporto conflittua-

[65] F. Riccobono, *I diritti e lo Stato*, cit., p. 45.

[66] D. Rousseau, *Diritti costituzionali e spazio pubblico europeo*, in *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Annali della Fondazione Basso/1, Nuova serie, Roma, 2002, p. 62.

[67] E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in Id., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a.M., 1976, p. 235, in G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, cit., p. 198.

le tra legge che regola universalmente la cittadinanza e prescrizioni tese a regolare l'esistenza di associazioni e classi di cittadini, e quindi risulta in sé meno innovativa di quanto parrebbe a prima vista, in che senso, ci chiediamo, sembra lecito interrogarsi circa la misura in cui i diritti umani partecipano al processo di legittimazione democratica, e, se sì, a che titolo.

Siffatta legittimazione si realizza, meritoriamente, iscrivendosi da un lato a pieno titolo nella messa in discussione del primato della legge come fonte legata all'universale concreto della volontà generale, supposta non in grado di supportare adeguatamente gli ambiti della generalità sociale, e, quindi, della pluralità delle dinamiche proprie delle associazioni parziali presenti nell'alveo di una determinata comunità. Dall'altro, però, la "legittimazione tramite diritti umani" si concretizza senza una ridefinizione del paradigma teorico della personalità dello Stato, senza, cioè, rispettare le fasi di istituzionalizzazione e formalizzazione proprie dello Stato-persona, bensì «anticipando la garanzia dei diritti ad un esame della fedeltà costituzionale degli autori della decisione e delle intenzioni programmatiche da tali autori manifestate»[68]. Siamo in presenza di un importante movimento di carattere costituzionale, che lascia intravedere la creazione di un "doppio livello di cittadinanza", in cui all'universale della costituzione politica si affiancano istanze pluralistiche, in cui le minoranze compartecipano ai processi decisionali; ma l'attuale orientamento, che vuole garantire certe istanze legalistiche dello Stato di diritto teleologicamente, per il tramite dell'argomento del rispetto dei diritti soggettivi, completandole con principi di tutela degli individui e delle minoranze, non si discosta, in fondo, da quelle interpretazioni che avevano colto l'insufficienza dell'elemento formale in una definizione concettuale e storica dello Stato di diritto, riallacciandosi piuttosto ad esse ed iscrivendosi a pieno titolo nella riflessione novecentesca in tema di normatività. Resta pur vero il fatto che, come osserva ancora Riccobono: «La legittimazione attraverso diritti umani realizza una tutele dei diritti, per così dire, preventiva, non rispettando le fasi istituzionali d'un cammino segnato dai principi dello Stato di diritto – tipizzazione della fattispecie illecita, violazione, giudizio, sanzione – ma anticipando la garanzia dei diritti ad un esame della fedeltà costituzionale degli autori della decisione e delle intenzioni programmatiche da tali autori manifestate»[69].

In altri termini, assistiamo ad una legittimazione tramite diritti umani ascrivibile alla dimensione dell'ideologia. Al prezzo, innanzitutto, di una certa semplificazione, relativa, innanzitutto, alla stessa definizione di Stato di diritto, nonché al rapporto che esso intrattiene, proprio a partire dalla sua definizione, con la dimensione della legalità, che resta garantita nella sua dimensione di rapporto tanto con le forze materiali (efficacia), quanto con la dimensione

[68] F. Riccobono, *I diritti e lo Stato*, cit., p. 47.

[69] *Ibidem*.

ideale, grazie all'esclusiva subordinazione alla Costituzione, garantita in ciò dall'azione di una Corte, sulla cui caratterizzazione politica è stato scritto molto. Gli interpreti più sottili hanno evidenziato come una declinazione in senso materiale (ispirato cioè a valori) della procedura, non sia per sé sufficiente a risolvere la declinazione attuale della crisi del diritto, che è, fondamentalmente, soprattutto in Italia, crisi della legalità. Crisi che è anche e soprattutto crisi di un meccanismo, in virtù del quale la produzione legislativa è espugnata da un manipolo di soggetti che, letteralmente, pervertono la legge stessa, distogliendola dall'asse teorico ed etico con quella volontà generale, alla luce della quale solo si legittima, nell'imporsi su altre fonti e nel richiamare all'obbedienza i cittadini. Non dobbiamo dimenticare che quando il sistema democratico patisce quella distorsione per cui la promulgazione di norme e l'obbedienza si strutturano sull'asse di una razionalità che con Habermas definiremmo strumentale, che chiama in causa i cittadini non in quanto centro di un processo di partecipazione, ma quali "utilizzatori finali" di norme rispettate sulla base di considerazioni legate all'abitudine o ai rapporti di forza, queste ultime si legittimano non come fattualmente vincolanti. Esse devono pur sempre poter essere obbedite in quanto giuste, o, quantomeno, promulgate nell'interesse della volontà dei più, alla luce dell'idea del bene comune. La vera forza della legge si situa sempre e comunque in quest'alveo ideale, indipendentemente da quanto le norme realmente e materialmente siano all'altezza di questa legittimazione. Se è vero che ogni norma è compresenza di potere motivazionale e potere coattivo, è altrettanto vero che il monopolio legittimo dell'uso della coazione non può mai giustificarsi sulla base di pure e semplici considerazioni empiriche, pena lo strutturarsi del sistema da democratico nel suo contrario. Il monopolio legittimo dell'uso della forza sarà efficace solo se legittimato dalla superiorità etica dello Stato sulle altre associazioni parziali esistenti sul territorio, quale declinazione del "principio di effettività" [70]. Questo vuol dire che, al di là di ogni tentativo di limitarne l'onnipotenza, o, il che da un certo punto di vista è il medesimo, di subordinarne l'effettività a condizioni di carattere materiale, la misura in cui la legge riuscirà a garantire la conservazione razionale del corpo politico, sarà sempre funzione della sua capacità di essere all'altezza dell'ideale che la legittima in quanto forza materiale. In altri termini, al cuore del problema della crisi della legalità vi sarà sempre, strutturalmente, quello della ragionevolezza nell'esercizio del potere e della legittimità dell'autorità [71].

[70] Il problema non è solo riconducibile all'evidenza che, come sostiene Tommaso d'Aquino, alla legge come norma oggettiva sono concesse due sole possibilità, per cui: «la legge è una regola, o misura dell'agire, per cui si è indotti all'azione o stornati da essa». Bisogna riconoscere che è solo ed esclusivamente pervertendo a scopi particolari una legittimazione che resta comunque impressa nel suo Codice e che mai viene da esso divelta, che la legge può stornare da essa, secondo l'espressione dell'aquinate.

[71] «Autorità è una figura di confine, tra politica, morale e diritto [...] Proprio in questa veste, infatti, essa ha rappresentato, e tuttora rappresenta, un elemento cardine nella costituzione e nell'esistenza delle più diverse comunità, sociali e politiche, nella vita concreta del diritto: ogni tipo di organizzazione umana – formale o informale, stabile o transitoria – e in ogni tempo, a iniziare dalla famiglia per finire allo Stato e alle organizzazioni internazionali, presenta al suo interno, come costitutiva, una relazione di autorità», U. Pomarici, *Autorità*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, 2007, pp. 1-2. Per una definizione generale della problematica, oltre al contributo precedentemente citato, cfr. G. Nocera, *Autorità (Storia)*, in «Enciclopedia del diritto», IV, Milano, 1958; M. Stoppino, *Autorità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, Torino, 1983, G. Galli, *Autorità*, in «Enciclopedia delle scienze sociali», Roma, 1991; G. Preterossi, *Autorità*, Bologna, 2002.

Ossia della sua capacità di essere disinteressata, che però traduciamo qui come capacità di essere funzione di un oggetto non-parziale, rispetto al quale virtù e lealtà sono rivestimenti esteriori, epifenomeni.

Da questo punto di vista, vi è un nocciolo filosofico che pervade di sé tanto lo stato legale, tanto lo stato sociale, quanto lo stato costituzionale: l'essere parte di un processo di razionalizzazione, in cui però ogni proceduralizzazione deve arrestarsi di fronte al quella «ricerca del bene», che per non diventare ideologica, deve costituirsi intorno ad un oggetto "utopico", semplicemente perché situato oltre l'ordinamento. Di esso, si potrà predicare, assai più semplicemente, la confutazione, che si ha quando un oggetto parziale assurge al rango di Cosa in sé (*Dinge an sich*): se ci pensiamo bene, è la teoria delle formazioni dispotiche in Montesquieu. Dunque, declinare l'attuale crisi in senso esclusivamente economico è, nell'ottica di Montesquieu, espressione di una tendenza egemonica a tutti gli effetti equivalente al dispotismo.

La peculiarità sostanziale con cui è tematizzato il dispotismo ne *Lo spirito delle leggi* rispetto alla tradizione classica è che esso non è l'effetto degenerativo di una particolare forma di governo, configurandosi piuttosto, nella modernità, come il rischio costante di ogni struttura di potere politico, rischio dovuto all'interversione tra un atteggiamento rivolto alla totalità ed un atteggiamento sostenuto da un oggetto che, pur parziale, è, a tutti gli effetti, investito di funzioni che travalicano il suo limite. Dispotico o dittatoriale non è il potere di uno, anche perché, a rigore, come già evidenziato, il potere assoluto, sciolto da ogni vincolo è più un fantasma dei governati, che non una realtà storica. Nel definire il dispotismo, Montesquieu usa una semplicissima metafora: «Quando i selvaggi della Luisiana vogliono dei frutti, tagliano l'albero al piede, e li colgono. Ecco il governo dispotico» [72]. Nel capitolo decimoquarto, che titola *Come le leggi sono in relazione col principio del governo dispotico*, quando deve disquisire del rapporto tra legalità e dispotismo, diviene palese la misura in cui il governo dispotico riduce l'universale della legge al particolare della vita familiare, per cui l'amministrazione dell'ordine prende il posto dell'attività legislatrice propriamente detta: «Tutto si riduce a conciliare il gover-

[72] C.-L. de Secondat de Montesquieu, *Lo Spirito delle leggi*, trad. it., vol. I, Milano, 1999, p. 206.

no politico e civile con il governo domestico, i funzionari dello Stato con quelli del serraglio»[73]. Il potere dispotico è una forma in tutto e per tutto assimilabile al governo domestico, e i cittadini sono oggetto di un processo, letteralmente, di addomesticamento. Il capitolo in questione inizia con un chiaro riferimento all'ammaestramento: «Tutto deve aver riferimento a due o tre idee; non ce ne vogliono dunque di nuove. Quando ammaestrate un animale, vi guardate bene dal fargli cambiare istruttore, lezione e andamento; colpito il suo cervello con due o tre movimenti, e non di più»[74]. Dispotico sarà quel potere tendente ad addomesticare la cittadinanza, riducendo la gestione della *res publica* a *cosa nostra*, e dando l'illusione ai soggetti di quest'aberrazione di esserne protagonisti, privilegiati e non semplici "utilizzatori finali" di un processo di civilizzazione e di spiritualizzazione, le cui radici sfuggono finanche agli economisti.

Ma se il dispotismo può convivere con processi di legittimazione democratica tramite generalizzazione progressiva della sfera economico-finanziaria e progressiva implementazione "anticipata" restano pienamente condivisibili dei diritti umani le conclusioni di Viola, in virtù delle quali l'unica fonte di legittimazione possibile deve essere necessariamente situata in una dimensione extra-ordinamentale, coincidente con la ricerca, sempre approssimata e mai definitivamente formalizzata, del bene comune, la cui ricerca deve passare necessariamente per il travaglio concettuale imposto dall'ambigua nozione di volontà generale, potenziale fonte di dispotismo. In questo senso: «L'autorità è una caratteristica della legge se è una caratteristica dei rappresentanti politici e delle istituzioni, cioè della fonte della legge. E qui si vede che il governo degli uomini non può del tutto essere escluso dalla democrazia. La democrazia non è soltanto governo della legge, ma anche governo degli uomini adatti a fare leggi che siano veramente tali. Non si può trascurare il fatto che le leggi sono pur sempre fatte dagli uomini e che la democrazia si illude con se stessa se crede di aver esorcizzato la necessità dell'autorità e della virtù dei governanti. Il primato della legge non può essere considerato una difesa in assoluto efficace nei confronti di cattivi governanti. Al contrario può diventare una copertura ideologica di un effettivo primato di uomini o di gruppi. Salverei, tuttavia, il principio del primato della legge nella democrazia a patto che la classe politica fosse formata in modo da garantire questo primato. E allora la nota formula di Rousseau, di per sé ambigua, "la prima legge è il rispetto della legge" dovrebbe essere così trasformata: "la prima legge della democrazia è la ricerca comune e disinteressata della legge giusta"»[75].

Anche quel post-modernismo che pervade di sé la ricerca di una definizione che esaustiva tanto della nozione di Stato di diritto, quanto del rapporto che quest'ultimo è chiamato ad intrattenere con le dimensioni dell'efficacia sul versante materiale, della legalità su quello formale, nonché della legittimità su quello ideale, deve arretrare di fronte all'evidenza concettuale che il nocciolo della questione della legalità nello Stato di diritto risiede nell'interrogazione di quei nodi essenziale, che costituisce la quintessenza delle democrazie, rispetto al quale la volontà dei più o la volontà impressa nelle norme coattive è nello stesso rapporto in cui certezza e verità si situano in Descartes, all'origine della soggettività moderna: la volontà generale, quale problematica e necessariamente "ambigua" espressione del bene della collettività[76].

[73] *Ivi*, p. 207.
[74] *Ibidem*.
[75] F. Viola, *La crisi della legittimità democratica*, cit., p. 50.

[76] *Ibidem*.