

NATURA E ARTIFICIO

Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica

a cura di

Alfonso Catania e Francesco Mancuso



MIMESIS

Quaderni del laboratorio Kelsen

Il presente volume è pubblicato con fondi del finanziamento PRIN "Il principio di universalizzabilità nel discorso etico e giuridico e il bilanciamento costituzionale"

INDICE

PRESENTAZIONE	p. 7
DALLA NATURA ALL'ARTIFICIO E RITORNO: un breve circuito a proposito di norma <i>di Laura Bazzicalupo</i>	p. 11
L'ANIMALE POLITICO: NATURA O ARTIFICIO? <i>di Francesco M. De Sanctis</i>	p. 25
POTER FARE <i>di Eligio Resta</i>	p. 33
QUALE DIRITTO NATURALE OGGI? <i>di Pierre-Yves Quiviger</i>	p. 45
IL RICONOSCIMENTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI: operazione conoscitiva o adesione etico-politica? <i>di Alfonso Catania</i>	p. 53
I DIRITTI MORALI SONO 'DIRITTI'? <i>di Jean-François Kervegan</i>	p. 63
DIRITTO, RAZIONALITÀ, CONVENZIONE SOCIALE. Il costituzionalismo contemporaneo fra natura e artificio <i>di Valeria Giordano</i>	p. 75
EGEMONIA VERSUS POPULISMO. La produzione di legittimità politica post-tradizionale, tra artificio e immediatezza <i>di Gemello Preterossi</i>	p. 83
POLITICA DELLA VITA: cittadinanza riproduttiva e 'potere sovrano' dell'embrione <i>di Patrick Hanfin</i>	p. 97
PRINCIPI, VALORI E DIGNITÀ: con un excursus su E.-W. Böckenförde e la questione dell'embrione <i>di Francesco Mancuso</i>	p. 123

PRESENTAZIONE

- L'ARTIFICIO GIURIDICO E IL FANTASMA DELLA NATURA.
La riproduzione tra finzione e tecnica
di Graziella Durante p. 143
- L'ETICA DELLA VITA COME POSTA IN GIOCO
DELLA SECOLARIZZAZIONE
di Anna Cavaliere p. 159
- TECNICA E/O DEMOCRAZIA
di Lelio Demichelis p. 169
- DALLA CARENZA DELL'UMANO
ALL'ECCEDEZZA DEL POSTUMANO
di Sandro Luce p. 189
- L'ARTIFICIO RAZZIALE.
L'identità tra biologia e cultura
di Antonio Tucci p. 203
- SULLA RIVENDICAZIONE DI ANTIGONE
di Marianna Esposito p. 215
- NATURA E ARTIFICIO IN BIOETICA.
Scienza tecnica ed etica tra biotecnologie
e nuovi umanesimi
di Antonio Casciano p. 229
- LA TEORIA DELL'ISTITUZIONE DI MAURICE HAURIOU
E LA DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE
di Caterina Gabrielli p. 241
- ISTITUZIONALISMO E DECISIONISMO:
ovvero dell'affinità tra 'tipi di pensiero giuridico'
radicalmente 'divergenti'
di Vincenzo Rapone p. 263
- FILLES GALANTES E RAGION DI STATO:
la sentenza 'Dol et Laurent' del Consiglio di Stato
di Mathieu Carpentier p. 277
- PROFILI BIBLIOGRAFICI p. 293

Il volume che presentiamo, il quinto che appare nella collana Quaderni del laboratorio Kelsen, nasce dal seminario tenuto a Fisciano il 4 e 5 febbraio 2010, ed è costituito da contributi di studiosi italiani ed esteri, giuristi, filosofi, economisti. Come per gli altri numeri dei Quaderni, anche in questo caso l'apparente genericità del tema, un'endiade quasi originaria della modernità, non nasconde l'emergenza della discussione da temi e problemi di immediata stringenza e attualità. Il sottotitolo del volume ben introduce alle molteplici dimensioni della vita, individuale e sociale, dove la coppia natura/artificio produce effetti, modifica griglie valoriali, condiziona le sfere del governo e delle relazioni di gruppo. E prima ancora dell'immediatezza di queste dimensioni, fatte di corporeità, di identità, di pervasività della tecnica (e del diventare la tecnica una sorta di seconda natura umana), c'è la stessa matrice del diritto e della politica (anche dell'economia politica) moderni: l'ordine artificialistico moderno nasce da una (giusnaturalistica...) fuoriscita dalla natura, che però non potrà mai essere compiuta. Al contrario, le 'forme', le istituzioni sono costantemente sollecitate e messe in crisi dalla 'vita' e dai suoi bisogni. La natura, inoltre, nonostante il proclamato congedo che la tarda modernità ha cercato di sancire, rimane come deposito normativo tutt'altro che chiaro nei suoi contenuti: anzi, la contesa oggi si svolge proprio su ciò che sono 'natura' e 'naturale'. Le possibilità infinite offerte dalla tecnica consentono una conoscenza scientifica e una plasmabilità della natura mai sinora viste: ed è particolarmente curioso il fatto che proprio nel momento in cui la 'natura' assume un ruolo simbolico preminente (diventando anche una risorsa ideologica e politicamente polemica), questa diventa sempre meno definibile e identificabile proprio perché infinitamente 'malleabile' e trasformabile. Ciò non può non avere conseguenze sull'equilibrio moderno tra poteri e forme giuridiche, pubblico e privato, vita e ordine, istanze etiche e costruzione delle soggettività. La comprensione della crisi di quell'equilibrio, così come eventuali strategie di fuoriuscita o avanzamento, non sono in alcun modo attuabili e pensabili se non assumendone il 'rimosso'. Il fine che ci si è proposto con il volume che presentiamo è stato esattamente quello di rileggere 'in filigrana'

VINCENZO RAPONE

ISTITUZIONALISMO E DECISIONISMO

Oververo dell'affinità tra 'tipi di pensiero giuridico' radicalmente 'divergenti'

Il decisionismo tra 'forma efficace' e materialità sociale

Se è vero che il decisionismo quale 'tipo di pensiero giuridico' si caratterizza per la preminenza dell'elemento formale¹ così come per il rifiuto di ogni metodo d'indagine empiricamente connotato, è altrettanto vero che siffatta preminenza vive all'interno di una connessione determinata di forma e materia, e quindi di norma e realtà sociale, che avvicina, per molti versi problematicamente, Schmitt ad Hauriou, laddove, per altri versi, istituzionalismo e decisionismo sembrerebbero, e in parte sono, approcci radicalmente in antitesi.

Fatto è che, innanzitutto, così come in Hauriou, la relazione istituita tra norma e realtà sociale da Schmitt sia ripresa all'interno di una concezione di fondo, sulla cui scorta la realtà stessa non è dotata di una struttura significativa essenziale, emergendo sul punto una continuità che investe tutta l'opera del giurista tedesco². Ad emergere è la continuità che lega scritti come *Römischer Katholizismus und politische Form*³, *Politische Ro-*

1 L'opposizione amico-nemico e il concetto stesso di decisione sono momenti costitutivi *a priori*, rispettivamente, del 'politico', colto al di là della sfera statale, nonché dell'ordinamento concreto.

2 Ragion per cui, vivrebbe di nuova linfa la critica di Karl Löwith, il quale, in un articolo del '35 pubblicato peraltro sotto pseudonimo, accusa Schmitt di "occasionalismo romantico", imputandogli una leggerezza nello schierarsi politicamente, derivante dalla perdita di referenza oggettiva, veritativa della sua riflessione. Cfr. H. FIALA (K. Löwith), *Politischer Decisionismus*, in «Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts», 1935, pp. 101-123, trad. it., *Il "concetto della politica" di C. Schmitt e il problema della decisione*, in "Nuovi studi di diritto, economia, politica", 1935, pp. 58-83.

3 C. SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Klett-Cotta, Stuttgart 1923, trad. it., *Cattolicesimo romano e forma politica*, Il Mulino, Bologna 2010.

*mantik*⁴ e *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*⁵: al fondo di tutta la riflessione schmittiana vi è la piena consapevolezza della crisi della coscienza moderna, di quell'approccio i cui più illustri esponenti sono considerati Galileo e Descartes, il cui meccanicismo aveva fornito ai moderni strumenti concettuali in grado di rendere conto della connessione degli eventi, siano storici o esistenziali, in termini di rapporti causale-effetto. Si tratta di una crisi che Schmitt accetta alla stregua di un dato, non ritenendo di poter riconfigurare organicisticamente in senso tradizionale (oggettivo) la relazione tra realtà e rappresentazione propria della filosofia moderna e premoderna. Proprio la coscienza della dissoluzione romantica della capacità esplicativa di una nozione come quella di causalità, la stessa consapevolezza dell'inattualità di nozioni quali sostanza, fondamento, ontologia, mettono in guardia Schmitt sul rischio che un certo formalismo, quello per cui ogni ordinamento, *sic et simpliciter*, è da considerarsi giuridico - affermazione a sua volta ideologicamente collegata all'ideologia dell'individualismo - 'saturi' questo vuoto fondativo, dando linfa ad un soggettivismo, il cui esito finale non può che essere l'irrazionalismo. Così:

L'era moderna inizia con due importanti trasformazioni, che si lasciano ricondurre ad un'interessante dinamica, in sé contraddittoria. Con il sistema copernicano, al cui valore rivoluzionario Kant si richiama volentieri, la terra cessa di essere il punto centrale dell'universo. La filosofia di Cartesio cominciò a scuotere l'antico pensiero ontologico; la sua principale argomentazione, il *cogito ergo sum*, indica all'uomo una via soggettiva ed interiore, rivolta verso il pensiero, anziché verso la realtà esterna. Le scienze naturali segnano dunque la fine dei sistemi antropocentrici e geocentrici, e ricercano un punto fermo e centrale al di fuori della terra, mentre il pensiero diviene 'egocentrico' e ritrova in se stesso il punto d'appoggio. La filosofia moderna è così dominata da un dualismo fra pensiero ed essere, concetto e realtà, spirito e natura, soggetto ed oggetto, a cui neppure la filosofia trascendentale kantiana ha saputo fornire un'adeguata soluzione; questa

4 Id., *Politische Romanik*, Duncker & Humblot, Berlin 1968³, trad. it., *Romanticismo politico*, a cura di C. Galli, Giuffrè, Milano 1981.

5 Id., *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, trad. it. (parziale), *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 247-278. La letteratura critica su Schmitt è ampia; ci limiteremo qui a segnalare qui i soli: C. GALLI, *Genealogia della politica*, Il Mulino, Bologna 2010; J. TAUBES, *Gegenstreife Fügung*, Merve Verlag, Berlin 1987, trad. it., *In divergente accordo*. Scritti su Carl Schmitt, Quodlibet, Macerata 1996; G. PREFERROSSI, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996; H. HOFMANN, *Legittimità gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Duncker & Humblot, Berlin 1992, trad. it., *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1999.

non riesce infatti a restituire allo spirito pensante la realtà oggettiva del mondo esteriore, dato che per Kant l'oggettività del pensiero sta nei suoi procedimenti, mentre l'essenza della realtà empirica - la cosa in sé - non può mai essere raggiunta. Ma la filosofia post-kantiana si è consapevolmente rivolta contro questa 'essenza del mondo', per eliminarne gli aspetti oscuri e irrazionali; Fichte ha risolto l'antinomia attraverso l'Io assoluto, che, nella sua attività assoluta, emana da sé il mondo, e che 'pone' se stesso e il suo contrario, il non-Io. [...] Il Romanticismo può essere interpretato come un movimento diretto contro il razionalismo del XVIII secolo; ma i movimenti di questo tipo sono molti ed assai differenziati tra loro, così che sarebbe superficiale limitarsi a designare come romanticismo tutto ciò che non è razionalismo moderno⁶.

In questa prospettiva, per Schmitt, il Romanticismo non è un 'rischio' solo per il 'genio' romantico, cioè per il singolo che si autoaliena dal legame sociale, ma anche per l'intellettuale rigoroso, così come, al limite, per l' 'uomo qualunque': entrambi patirebbero, nel loro agire quotidiano, la difficoltà di ripensare una prassi che ha perduto, proprio in virtù della crisi dei meccanismi di mediazione tra realtà e concetto, non solo fondabilità, ma anche intelligibilità. Se romanticismo è un rischio, si tratta di un rischio che si ritiene necessario assumere, se il pensiero di Schmitt, come quello dei romantici, si muove all'interno della perdita di orizzonte fondativo, se ad una razionale ricostruzione del nesso realtà-rappresentazione non si può più pervenire attraverso un pensiero di tipo razionale-deduttivo, il giurista decisionista opta per un recupero della 'durezza' del reale e della sua materialità giocato all'interno della sfera rappresentativa, non ritenendo la 'distruzione della ragione' l'esito finale di questa crisi. Pur definitosi un 'avventuriero intellettuale', la sua riflessione si dispiega innanzitutto nell'ambito di una significativa presa di distanza dalle esperienze romantiche; la tensione al concreto nel suo caso non si sostiene di nessuna sostanza-sostrato; ogni totalizzazione definitiva è interdetta, per cui individuale e universale si danno in una frattura definitiva, che nessun meccanismo di mediazione può sanare. Attraverso il ricorso alla forma, contestualizzata all'interno delle forze materiali in cui siffatta forma diviene 'attiva', Schmitt, consapevole della crisi di quei presupposti metafisici (sostanza, causa, fine), che della civiltà occidentale ha strutturato non solo i quadri concettuali, ma anche la percezione antropologica del reale, pianificando e ad-domesticando (cioè riducendo al domestico) per il tramite di un'idea di ordine intesa come presupposto, ogni dissonanza, ogni *Un-Heimlichkeit* interna all'esperienza, tenta la difficile strada del ripristino di un possi-

6 C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., pp. 85-86, 87.

bile nesso tra teoria e prassi, ripristino non segnato da alcuna necessità logico-ontologica. Nel giurista tedesco vive, in altri termini, la necessità di ritrovare la capacità della forma di rapportarsi, concettualmente e materialmente, al reale dei rapporti socio-economici, al di là della crisi del pensiero tradizionale, considerata senza appello, tale da siglare il declino se non la fine della capacità rappresentativa del reale *sub specie veritatis*. Al tempo stesso, però, la capacità rappresentativa del pensiero, pur pensata all'interno della crisi del paradigma rappresentativo classico, va ripristinata, per quanto possibile, perché sola in grado di ripristinare quel grado di accettabile normalità in grado di palesarne l'origine, l'eccezione, con lo scopo ulteriore di limitare, arginare, confinare, l'eccezione stessa, considerata quale (s-)fondamento della realtà normativa, affinché mantenga il suo statuto, senza normalizzarsi. In un senso meno paradossale di quanto possa apparire *prima facie*, proprio nella misura in cui l'eccezione si dà quale fondamento-sfondato della normalità, la natura paradossale di siffatta fondazione richiede che il nesso tra normalità giuridica e normalità sociale sia ripristinato, finché possibile. Se nel pensiero di Carl Schmitt la possibilità, l'indeterminazione, l'eccezione si danno quali momenti di messa in crisi della capacità di qualsivoglia ordinamento di configurare un ordine, è altrettanto vero che ogni eccezione ha bisogno di tanta normalità per potersi configurare come tale, ossia quale (s-)fondamento della capacità ordinamentale della sfera normativa. In questo senso, dunque, aver cura del nesso socialità-normatività, significa preservare l'irriducibilità della dimensione della legittimità a quella della legalità. Da qui, l'interesse di Schmitt per l'istituzionalismo.

Se il realismo schmittiano si configura sulla base della preminenza (prepotenza) della capacità 'ad-dominante' di quella che alcuni dei suoi più autorevoli critici hanno definito come 'forma efficace', se, come si è detto in apertura di questo saggio, l'opposizione 'amico-nemico' è formalmente costitutiva di una sfera politica non più identificabile con lo Stato, se il momento eccezionale determina, in quanto elemento formale, la capacità normalizzatrice della norma, il decisionismo è tutt'altro che formalismo nel senso normativistico del termine.

La forma che intende collocarsi in posizione oggettivamente 'ad-dominante' nei confronti del reale, la forma stessa che si espone, necessariamente ma al tempo stesso non del tutto *sub specie necessitatis*, al rischio della 'messa a nudo' del suo fondamento, e quindi, *mutatis mutandis*, la stessa dimensione normativa che si espone al rischio della risoluzione della sua giuridicità in direzione politica, obbligano tutte a riconoscere che la legalità in quanto tale viva non legalisticamente - concetto centrale in Schmitt

, ossia in un contesto già di per suo pacificato socialmente, e, quindi, ordinato. Si ripristina, dunque, in un senso che non può essere fondativo in senso tradizionale, la coerenza del nesso normatività e giuridica-normalità sociale: proprio nella misura in cui è vero che 'l'eccezione conferma la regola', se è vero che la decisione è la capacità di dominare l'eccezione, la regola di cui si declina l'origine va colta allora in senso antinormativistico, ossia, da un lato, nel suo relazionarsi sociale alla dimensione del normale, dall'altro a quella della sua origine 'eccezionale', e quindi, in ogni caso, al di fuori di quella pleora di strumenti logico-astrattivi propri dell'approccio analitico al diritto, che, contrariamente alle apparenze, presuppongono, a monte, la continuità tra reale e rappresentazione in un senso ancora più forte di quello inteso dalla metafisica tradizionale.

L'avvicinamento tra decisionismo e istituzionalismo non è casuale: in Schmitt è costante la tensione a superare l'astrattezza della norma nella direzione di quelle polarità, che non sapremmo che definire diversamente, se non istituzionali, che rendono possibile la concretezza dell'ordine. Né siffatto avvicinamento avviene a spese di quella decisione, che negli scritti pregressi configurava lo stato 'normale' di un gruppo sociale, stato su cui, successivamente, si impianta la legalità come fatto normativo. Il nocciolo della questione invece sta nel fatto che questa forma, proprio nel rapportarsi all'elemento materiale cui si applica, deve poter con-tenere al suo interno la problematica dell'origine della normalità, espressione di un suo eccesso fondativo: la decisione è parte di quella norma che vive in un contesto sociale più o meno normalizzato. Sul piano del gruppo sociale di riferimento, qualsivoglia determinazione del nesso socialità-normatività, e quindi qualsiasi istituzione, tiene in sé (con-tiene) un nucleo (la decisione stessa), che riguarda il rapporto che essa intrattiene con la sua stessa origine. Che, poi, questo nucleo possa essere accettato o rifiutato è altra questione: scegliere Cristo o porsi contro di Lui, per l'Anticristo, significa 'semplicemente', avere la possibilità di riprendere il rapporto, non fondativo, con quell'eccezione che mai si risolve nella forma, pur costituendola. Anticristiani saranno quegli ordinamenti giuridici, quei legami sociali, prima di tutti quello borghese, di cui non si può più predicare l'istanza fondatrice, e quindi, per quanto riguarda lo stato dei rapporti tra scienza giuridica e stati europei, anticristiani saranno quegli Stati in cui le norme non palestrano più la loro eccedenza fondativa. Il normativismo è contro Cristo nella misura in cui oblia la questione dell'origine delle norme, magari tentandone una risoluzione logico-gnoseologica tramite la postulazione di una norma fondamentale in Kelsen (*Grundnorm*), di una regola sociale di diritto in Duguit (*règle sociale de droit*), che celerebbero l'origine decisio-

nistica della norma. La Chiesa cattolica è esempio eminente di 'gloriosa' visibilità, proprio nella misura in cui rimane capace di una rappresentazione del proprio ordine interno, fondata sul rimando ad un'unità concreta'. Ora, non solo il riferirsi della 'forma efficace' alle forze materiali, ma la stessa concezione di Schmitt della forma, colta tanto sul versante della sua eccezionalità, quanto su quello della sua capacità di produrre ordine, di istituire/normalità, capacità a sua volta tenuta in un rapporto di mediazione con la realtà sociale, avvicinano decisionismo e istituzionalismo.

Ma che cos'è un'istituzione? La complessità di questa nozione⁸, da un certo punto di vista, risulta assolutamente coerente con la sua stessa elabo-

7 Nella Chiesa non dobbiamo cogliere la mediazione unificatrice del sacrificio di Cristo, quanto l'inesauribile manifestazione della potenza fondata di una trascendenza che mai si esaurisce nell'ordine che istituisce, e che, anzi, risulta trascendente rispetto al suo stesso trascendersi: la lezione hegelo-feuerbachiana del Cristianesimo è rovesciata dalla parte del Padre. Non è l'Uomo che crea Dio, a propria immagine e somiglianza, essendo piuttosto l'ordine terreno il prodotto, transeunte, di un eccesso, di una capacità trascendente, che resta trascendente rispetto al suo proprio darsi, da un 'invisibile' che si dà alla visione senza mai coincidere con essa, e che consente la visibilità senza per questo coincidere con essa. Tale eccesso, che non coincide strutturalmente con l'oggetto cui si riferisce, è: 'Dio che si fa uomo, e non l'uomo che si fa Dio'.

8 E se è assolutamente condivisibile il giudizio di R. TREVES, secondo il quale (*Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino 2002, p. 125): «Non è facile dire cosa Hauriou intenda per istituzione. In generale, si può rivelare che per lui è istituzione ogni formazione sociale che ha per centro un potere, attorno a cui gravitano le adesioni dei singoli, che tutte insieme danno luogo ad una situazione stabile», è altrettanto vero che la difficoltà nel definire, a causa della sua vaghezza, il concetto di istituzione in Hauriou, è tutta interna alla sua elaborazione concettuale. Per quanto concerne il concetto di istituzione, per come elaborato nell'ambito della dottrina francese, cfr. A. DESSQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Sirey, Paris 1933; G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Sirey, Paris 1930; *ib.*, *De l'institution à la conception analogique du droit*, in "Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique", 1935, pp. 81-145. Nella misura in cui attestano del suo interesse giovanile per la cultura fenomenologia e per le tematiche del diritto sociale, notevoli i contributi, per lo più di taglio critico, di N. BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale* (Renard e Gurvitch), in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1936, pp. 385-418; *Sulla «filosofia dell'istituzione»*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XX, 1940, pp. 100-107. Su Hauriou in particolare, cfr. G. GURVITCH, *L'idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Sirey, Paris 1932, pp. 647-710; C. GORETTI, *Il liberalismo giuridico di Maurice Hauriou*. Tip. Editrice L. Di Pirola, Milano 1933; AA. VV. *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence* (Journées Hauriou), Pedone, Paris 1969; A. SCERBO, *Istituzionalismo giuridico e pluralismo sociale. Riflessione su alcuni filosofi del diritto francese*, Rubettino, Catanzaro 2007.

razione teorica, fortemente segnata, soprattutto in Hauriou, dall'idea di una molteplicità irriducibile di elementi intrinsecamente dinamica e in sé contraddittoria. Segnato dalla molteplicità, inoltre, è il campo d'applicazione della teoria istituzionalista, così come lo stesso interesse scientifico di Maurice Hauriou, studioso che rivolge la sua attenzione al diritto amministrativo come alla decentralizzazione dei servizi pubblici, agli studi di diritto costituzionale come alla problematica dei limiti della sovranità statale, all'attenzione ai limiti dell'applicazione della logica contrattuale all'interno del diritto positivo. Nello sviluppo della riflessione del giuspubblicista francese, il concetto di istituzione non si presenta in senso unitario, gravando la sua attenzione prima sugli aspetti oggettivi, poi su quelli soggettivi del fenomeno normativo⁹. A differenza della nozione di ordinamento giuridico, elaborata negli stessi anni da Santi Romano¹⁰, l'istituzione è considerata una fonte, pressistente al diritto, che dell'istituzione è considerato elemento visibile¹¹: tanto che si sottolinei la preminenza dell'elemento oggettivo, tanto che si antepongano quindi elementi quale il potere di organizzazione, quanto che se ne valorizzi in senso soggettivo l'idea o lo scopo, il fenomeno normativo è una creazione delle istituzioni, considerate ad esso anteriori di fatto e di diritto¹². Sul piano del metodo, quello offerto dall'istituzionalismo è un approccio

9 Ed è dell'ultima fase della sua opera la definizione seguente, nella quale la finalità dell'opera da realizzare nell'istituzione, elemento derivato dall'idea della stessa, risulta suvalente rispetto agli elementi oggettivi, propri dell'organizzazione sociale stessa la seguente definizione di istituzione intesa come (M. HAURIUO, *La théorie de l'institution et de la fondation*, in "Cahiers de la Nouvelle Journée", 1925, n° 4, pp. 2-45, trad. it., *Teoria dell'istituzione e della Fondazione*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 12-13): «[...] un'idea di intrapresa, che si realizza e dura in un ambiente sociale; per la realizzazione di tale idea, si organizza un potere che la fornisce di organi: d'altra parte, tra i membri del gruppo sociale che è funzionale alla realizzazione dell'idea si attuano manifestazioni comunitarie, dirette dagli organi del potere e organizzate da procedure».

10 Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917-18), II ediz., con note aggiunte (1946), Sansoni, Firenze 1967. Sul testo romano, cfr. N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di Paolo Biscaretti di Ruffia, Giuffrè, Milano 1977, pp. 25-43; nonché A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli 1976.

11 In sintonia sul punto con Duguit, per il quale le regole che egli definisce normative vivono nel gruppo sociale di riferimento indipendentemente nonché anteriormente alla loro formalizzazione, per Hauriou l'istituzione è fonte di diritto.

12 Contrariamente all'approccio di Santi Romano, che, oltre ad avere quale elemento di riferimento la *Gemeinschaft* più che la *Gesellschaft*, ha un approccio più strettamente positivistico, considerando primaria l'esistenza del diritto come fenomeno,

non positivistico, ma non per questo ispirato a quell'ontologia assiologica, a tutti gli effetti fondativa, propria del diritto naturale: non-positivistico, dunque, per la considerazione degli elementi costitutivi dell'istituzione, sottratti alla verificabilità empirica. E se dell'istituzione non si darà mai in Hauriou definizione esaustiva, è perché essa si presenta come innanzitutto come un metodo, un insieme di strumenti teorici, aventi una ben precisa finalità. Fondare il momento soggettivo del diritto (la persona giuridica) su quello oggettivo (l'insieme di comportamenti consuetudinari strutturanti un determinato gruppo), dimostrare come «[...] le danger (des systèmes impérialistes *set subjektivistes*) n'était pas dans l'autorité sociale, mais seulement dans la *personnification de cette autorité, et que la seule œuvre à accomplir était de trouver un point de vue où l'autorité n'apparaît pas comme personnifiée*»¹³, opporre al normativismo astratto (e quindi anche agli esiti formalisti di un certo realismo) l'esperienza giuridica concreta, combattere l'immobilismo, la staticità dei sistemi concettuali ispirati al primato della legge o all'ipostatizzazione dell'ordinamento giuridico¹⁴ come 'insieme di norme' (positivismo legalistico e concezione normativistica dell'ordinamento), inserendo all'interno la questione della temporalizzazione, e quindi della trasformazione, all'interno dell'opera di concettualizzazione propria della scienza del diritto, descrivere i contrasti e le contraddizioni tra gli elementi razionali e quelli irrazionali del diritto: ecco i nodi che l'istituzione come nozione, ma soprattutto come metodo, può aiutare a sciogliere. La prospettiva oggettivistica, ma non realista, di Hauriou rende l'istuzionalismo allestato per il pensatore tedesco, che dell'oggettivismo normativistico, delle concezioni dell'ordinamento come insieme di norme, è fiero oppositore, e che pur tuttavia conferisce grande importanza ed attenzione all'elemento formale, non inteso, anche qui, in senso formalistico, bensì posto in rapporto con le dinamiche profonde dell'istituzione. Quest'opposizione al formalismo si concre-

come elemento visibile, sull'elemento organizzativo, sull'ordinamento, che è considerato effetto e non causa del diritto.

13 M. Hauriou, *Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre*, in "Recueil de législation de Toulouse", 1909, p. 83.

14 Per una ricognizione della nozione di ordinamento, inteso in senso formalistico, cf. V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (Filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, Milano 1980, p. 639 e ss.; M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico (Profili storici)*, ivi, p. 654 e ss.; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico, (Dottrine generali)*, ivi, p. 654 e ss.; A.G. CONTI, *Ordinamento giuridico, in Novissimo Digesto Italiano*, XII, Utet, Torino 1965; L. LOMBARDI VALLAURI, *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti del X Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica*, a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano 1976, p. 9 e ss.

tizza in Hauriou nell'attenzione alle dinamiche sociologiche sottostanti la formalizzazione normativa, laddove in Schmitt vive una rivendicazione della rilevanza dell'aspetto concreto, ma anche soggettivo, del rapporto che ciascun operatore, sia in posizione di legislatore, di amministratore, di giudice, esercita nei confronti del diritto, inteso come ordinamento oggettivo. Così: «Ancora una volta mi stupisce l'affinità di pensiero con Hauriou: "Qui dit *cérémonie ou formalité, dit action, accomplie en un trait de temps* (e localizza, si dovrebbe aggiungere)"; "la *cérémonie est essentiellement actuelle (direi piuttosto presente), une fois terminée on imagine malaisément des additions posthumes* (problema dell'irrevocabilità dell'atto di Stato". In ciò consiste anche l'unità di luogo, tempo e azione, in particolare nel giurista Corbeille. Gioco: alto, oppure: Hauriou: "Le territoire contribue à fournir la *notion de ce qui est public*"; o Hauriou: "La loi est une *disposition par voie générale*"; o la conoscenza della *obéissance préalable*; oppure: riguardo al carattere imperativo della legge, ecc., ecc. In quest'uomo riconosco un fratello maggiore, la fortuna di simili incontri e riconoscimenti. Come può sussistere la legalità in quanto sistema, se nessuno è più in grado di credere alla razionalità del legislatore e alla sua buona volontà di essere imparziale? È importante riconoscere il legame esistente fra legalità, razionalità e neutralità (politico-partitica)», «Il buon Hauriou con i suoi bilanciamenti ed *équilibres*, il suo relazionismo, e soprattutto la sua *puissance* e *liberté*, è proprio ciò che in Germania chiamiamo un compromesso liberal-autoritario, ovvero nazional-liberale; ma il suo senso per la forma è straordinario, e la sua capacità di libera contemplazione e visione giuridica essenziale è incantevole. Mai egli ricorre a una forma senza principio, o a un principio senza forma, come fece il nazional-liberalismo tedesco. I suoi libri si possono leggere riflettendo intensamente, perché sono il frutto di un'intensa riflessione. È un grande piacere. Le sue riflessioni sanno affascinarmi anche quando sono angustiato da timori e preoccupazioni. Le linee del ragionamento sono tracciate in modo così chiaro e limpido da rapirmi. Perfino quando le mie povere orecchie sono contaminate e martorate dal pianoforte sotto casa mia riesco a farmi assorbire da queste linee così precise. Questo tipo di limpidezza è un metro di misura per qualità morali che dai noi sono rare»¹⁵.

Ma già a partire dall'argomentare il giurista tedesco tiene ben distinti il diritto come oggetto dall'elemento soggettivo: pur non condividendo la priorità dell'istituzione sulla decisione quale fondamento dell'edificio della scienza del diritto, Schmitt è pensatore vicino all'istuzionalismo anche

15 C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-51*, Duncker & Humblot, Berlin 1991, trad. it., *Glossario*, Giuffrè, Milano 2001, p. 18, pp. 47-48.

nello stile di concettualizzazione, perché non assottiglia, universalizzandola, la tensione tipizzante, proprio del lavoro dei giuristi, ma la pone in risonanza con la realtà più profonda del diritto come oggetto. Il discorso è posto in relazione con il suo oggetto, considerato per sua natura extramentale, che trascende e supera il discorso. Così: «Parto dal presupposto che, per la distinzione dei modi di pensiero giuridico, rileva stabilire se il diritto se il diritto venga inteso come regola, come decisione o come ordinamento. Va da sé che ciascuno dei tre tipi di pensiero giuridico fissati fa della sua concezione specifica lo stesso concetto di diritto - quindi: o la norma, o la decisione o l'ordinamento concreto - e contesta ad ogni altro tipo la pretesa di avere un pensiero 'rigorosamente giuridico'. Facciamo perciò bene a non prendere le mosse da contrapposizioni quali *diritto* e decisione, o *diritto* e legge, o *diritto* e ordinamento, poiché in antitesi di questo tipo si nasconde già un universo di scelte precedenti. Per la stessa ragione sarebbe anche prudente non parlare subito di norme *giuridiche*, decisioni *giuridiche*, decisioni *giuridiche* e ordinamenti *giuridici*, poiché il problema verte non sul contrasto tra diritto e norma, decisione o ordinamento, ma sulla differenza esistente fra pensiero fondato su norma, decisione o ordinamento e ciascuno di questi tre concetti rivendica a sé la pretesa di essere diritto. Ciascuno di essi pretende di esprimere il senso e l'essenza più propria del diritto; ciascuno di essi cerca di essere *generale* e di determinare giuridicamente, partendo da se stesso, gli altri due concetti»⁶.

Se il riferimento schmittiano al diritto come entità reale, complessa, vivente al di là di ogni nominazione, avvicina sin dall'inizio decisionismo e normativismo, la simpatia del giurista tedesco per l'istituzionalismo si giustifica non solo per la critica, comune ai due orientamenti, del normativismo di stampo formalista, ma anche per il rapporto che viene istituito tra ordinamento e scienza del diritto, che è di mediazione tra elemento oggettivo (l'ordinamento concreto) e quello soggettivo (i concetti elaborati dalla scienza giuridica per rendere ragione del suo oggetto). L'affermazione secondo la quale quelli che lui stesso definisce i tre 'tipi di pensiero giuridico' sono, prima di tutto, astrazioni derivanti dalla concreta realtà del diritto senza poterne esaurire la complessità, da un lato è nominalistica, dall'altro è di stampo oggettivistico, in quanto presuppone il diritto come oggetto al di là del discorso. Oggettivismo dunque non realistico nel senso del concetto come *adaequatio*, quanto piuttosto in quello che l'oggetto-diritto vive al di là e indipendentemente dai concetti con i quali la scienza pretende esaurire la totalità del fenomeno: norma, decisione, ordinamento

16 Id. *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 250.

sono solo nomi che presuppongono, al di là di sé, il diritto come oggetto, ossia l'ordinamento concreto, che pure li contiene al suo interno, ma nessuno di essi può, legittimamente, avere la pretesa di 'dire tutto' sul diritto, perché norma, ordinamento, decisione non possono che sulla base di una decisione, di una scelta arbitraria, che richiama la questione della responsabilità, essere considerati esaurienti il diritto come fenomeno concreto. È per questo che possiamo, altrettanto legittimamente, interpretare le dimensioni della norma, della decisione, dell'istituzione, come effetto l'una dell'altra: se è possibile leggere la norma e la decisione come effetto della decisione e ogni altro elemento alla luce degli altri due secondo ogni combinazione possibile, è perché questi aspetti convivono nell'oggetto-ordinamento concreto. Decisione, norma, istituzione, sono entità da intendersi come presenii già in quanto tali nel loro oggetto: in quanto effetti di un lavoro di formalizzazione, funzioneranno, a parte *subjects*, come concetti in grado di interpretarsi a vicenda, nella misura in cui vivono nell'ordinamento concreto. Per cui, se è vero che istituzionalismo e decisionismo sono concetti che pongono lo scienziato del diritto di fronte ad un *aut-aut* senza possibilità di appello, è altrettanto vero che questo rimando al diritto come ordinamento concreto in cui norma, istituzione, decisione si tengono insieme, avvicina significativamente Schmitt all'istituzionalismo, non solo nella versione romaniana dell'ordinamento giuridico, quanto in modo più convincente, in quella dell'istituzione. Le ragioni dell'apprezzamento che a più riprese Schmitt dimostra nei confronti di una filosofia e di una concezione del diritto come l'istituzionalismo francese possono, in prima istanza, non sembrare del tutto giustificati: innanzitutto per lo scarso credito che questo approccio gode presso i critici 'critici' nei confronti della più accreditata teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano¹⁷. Eppure, si è visto, un giurista dello spessore di Schmitt, della cui statura intellettuale, della cui sensibilità non è lecito dubitare, dimostra nei confronti del pensiero dell'ordinamento giuridico in generale e di quello di Maurice Hau-

17 Teoria alla quale Schmitt plaude, dimostrando tutto il suo apprezzamento per l'opera del giurista palermitano, 'mancando', sul punto, la differenza tra Hauriou e Romano, relativa all'antiorità dell'istituzione sulla norma nel primo, della norma sull'istituzione nel secondo; così (C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 260): «Nel suo libro L'ordinamento giuridico, Santi Romano ha giustamente affermato che non è corretto parlare del diritto italiano o francese, riferendosi soltanto ad una somma di regole, mentre in verità è l'organizzazione complessa e differenziata dello Stato italiano o francese, in quanto ordinamento concreto, a produrre tale diritto: cioè sono le innumerevoli istanze e connessioni dell'autorità o del potere statale che producono, modificano e garantiscono le norme giuridiche, pur non identificandosi con esse».

riou una stima ed un'approvazione che in apparenza non avrebbero giusta spiegazione. E se Schmitt è certamente un giurista non facilmente inquadabile da un punto di vista teorico, è nella preminenza da lui conferita alla forma ed alla sua capacità di strutturare processi concreti, che è possibile ravvisare ulteriori elementi di prossimità alla filosofia dell'istituzione, laddove della forma è da dirsi in senso tutt'altro che formale, tale, invece, da incidere a fondo della strutturazione degli elementi materiali e concreti della realtà giuridica e sociale. La 'forma efficace' di cui sopra, non solo non è neutra, ma ha, piuttosto, un notevole valore nella determinazione dell'approccio che un determinato gruppo sociale, per non dire un'intera civiltà, ha del diritto. Così, elemento comune tra decisionismo e istituzionalismo è la concezione sulla cui scorta l'elemento formale (per Hauriou l'idea oggettiva) giace 'alla base', seppur non in senso fondativo, di ogni realtà sociale e giuridica, le quali, nel loro rendersi fenomeno, operino nel senso di una mediazione, di un coacervo, oggettivamente inteso, di ideale e reale. Contro l'ordinamento concepito da Santi Romano, il richiamo di Hauriou e di Schmitt alla realtà materiale è di carattere non-positivista¹⁸. Se l'oggetto-diritto è coacervo di principio e forma, di reale e ideale, l'uso teorico di concetti funzionalmente e non realisticamente intesi è legittimo.

18 Non a caso, nel saggio precedentemente citato, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Schmitt (ivi, p. 259) difende Hauriou dall'attacco di J. BONNECASE, il quale, in un suo saggio (*Une nouvelle mystique: la notion d'institution*, in "Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence", n°55, 1931, pp. 161-185, 241-254, n°56, 1932, pp. 1-12, 81-108, 160-178, 241-263), considera la teoria dell'istituzione una pura 'mistica'. Quanto alle divergenze tra Schmitt e Romano, esse sono profonde, proprio per la rivendicazione radicale dell'antipositivismo schmittiano, che si declina come anti-normativismo, ricerca della dimensione legittimante, a fianco, se non talora contro, quella legale, uso di concetti funzionalistici nella scienza del diritto e di finzioni nel diritto concreto, punti su cui Romano diverge radicalmente. Così Catania sulla divergenza tra Schmitt e Romano, nell'ambito di un saggio esplicitamente dedicato all'argomento, dal titolo *Carl Schmitt e Santi Romano* (in A. CATANIA, *Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Giappichelli, Torino 1996, p. 95): «La divergenza tra Romano e Schmitt circa il percorso che porterà entrambi ad una concezione del diritto come ordinamento giuridico, non potrebbe essere più totale: Santi Romano non è affatto antipositivista. Il suo è un tentativo di aggiornamento che si svolge nell'orizzonte culturale positivista poggiato sul rifiuto della considerazione introduttiva di un approccio di tipo normativo, perché questo viene considerato inadeguato per la costruzione di un diritto pubblico autonomo, che non sia riflesso secondario, così come nelle concezioni del rapporto giuridico, del diritto privato. In Schmitt, al contrario, l'antipositivismo è fortissimo; nella polemica, i toni sono spesso sprezzanti; eppure, ed è questa la cosa più sorprendente e difficile da capirsi, non vi è se non a sprazzi contrapposizione di tipo giustnaturalistico».

mo. Il mondo delle idee, nell'approccio di Schmitt come in quello di Hauriou, non vive in un iperuranco scisso dal mondo materiale alla maniera di Platone, essendo piuttosto *Geist*, spirito vivente che informa di sé il reale: la tesi dell'impossibile liquidazione (che Schmitt definisce leggendaria) di ogni teologia politica atiene, prima di tutto, alla constatazione del carattere 'concreto' del reale, che è con-crezione singolare, puntuale, di ideale e reale, laddove all'elemento ideale non è estranea un'importante componente metafisico-teologica: è la struttura stessa del reale che autorizza il giurista all'uso di strumenti funzionalistici. Il positivismo giuridico come metodo, in questo senso, si rivelerebbe un ideale irraggiungibile per il giurista, una mitologia, proprio al pari della 'liquidazione di ogni teologia politica', dal momento che realtà e norma con-terranno sempre in sé quell'eccesso, che mai ne farà l'oggetto possibile di una trattazione scientifica. A partire da questo punto, si configura come nominalistico quel *modus procedendi*, sulla cui scorta nessun concetto esaurirà mai il suo oggetto, e che tuttavia ad esso deve rapportarsi, al di là di ogni *addeguato rei et intellectus*.

Una prospettiva interpretativa

Decisionismo e istituzionalismo sono tipi di pensiero giuridico che si escludono a vicenda, perché si interpretano a vicenda: il giurista istituzionalista penserà la decisione e la contrapposizione amico-nemico delle estrapolazioni arbitrariamente tipizzate della vita dell'istituzione, laddove il giurista decisionista guarderà all'istituzione oggettiva come ad un riflesso della dialettica eccezione-norma. Senza che questo impedisca a Schmitt di considerare Hauriou un suo 'fratello maggiore', come accennato sopra¹⁹. Ciò premesso, sono quattro i punti su cui decisionismo e istituzionalismo, quali tipi di pensiero giuridico iscritti nella crisi del moderno e nel declino delle tradizionali forme rappresentali, con-

19 L'incipit de *Une tipi di pensiero giuridico* (cit., p. 247) sta proprio a testimoniare dell'acutezza con cui Schmitt separa il diritto come oggetto (aspetto oggettivo), dalle concezioni del diritto (aspetto soggettivo); infatti: «Ogni giurista che, consapevolmente o inconsapevolmente, pone a fondamento del suo lavoro un concetto di "diritto", intende quest'ultimo o come una *regola*, o come una decisione, o come un *ordinamento* e una *struttura* concreta. In base a ciò si definiscono i tre tipi di pensiero giuridico che noi abbiamo qui distinto. Ogni pensiero giuridico lavora *tanto* con regole, che con decisioni, che con ordinamenti e strutture. Ma la concezione *finale* — per quanto riguarda la scienza giuridica — dalla quale sono derivate giuridicamente tutte le altre, è sempre o soltanto una: o una norma (nel senso di regola o legge), o una decisione o un ordinamento e solo in base a ciò si potranno definire i diversi tipi di diritto naturale o razionale».

vergono. Dati i limiti del presente lavoro, siffatti punti saranno solo enunciati, lasciando il loro sviluppo ad un lavoro di più congruo respiro:

- 1) la concezione per cui il diritto come oggetto vive al di là della sua concretizzazione, che mai potrà esaurirne la complessità e che, purtuttavia, a tale complessità deve rapportarsi sulla base di una mediazione che trova i suoi modi nella crisi delle modalità tradizionali in cui il reale si dà alla sua rappresentazione;
- 2) un'impostazione radicalmente antinormativistica, sulla cui scorta la dimensione normativa è da mettere in rapporto ad una normalità che non deriva da norme generali, ma che è produttiva essa stessa di norme, e che in Hauriou ha una coloritura propriamente sociologica;
- 3) la ricerca della dimensione di legittimità dell'ordinamento, inclusiva della dimensione sovralegale della norma stessa, in grado di render ragione del meccanismo fondativo del diritto, inteso come fatto complesso, in grado di tenere nella sua rappresentazione concettuale la tematica dell'origine ideale, intesa come eccezione in Schmitt, come idea oggettivata in Hauriou;
- 4) la polemica per l'uso delle finzioni nella scienza giuridica, conseguente ad una concezione per cui il reale non può intendersi positivamente, tramite il ricorso ad un approccio empirico, essendo piuttosto simbolizzabile attraverso le categorie della 'teologia politica' in Schmitt, della 'metafisica sperimentale' in Hauriou. Schmitt guarda ad Hauriou come suo 'fratello maggiore' nella misura in cui la sua posizione in tema di finzioni giuridiche²⁰, che lo contrappone a Kelsen²¹, è non dissimile da quella che *mutatis mutandis*, in area transalpina, il Doyen di Tolosa combatte contro l'uso realistico delle categorie, rivendicato da Duguit²².

20 Cfr. C. SCHMITT, *Juristische Fiktionen*, in "Deutsche Juristenzeitung", XVIII, n. 12, 1913, pp. 804-806, trad. it., *Finzioni giuridiche*, in "Diritto e Cultura", 1991, nn. 1-2, pp. 65-67.

21 Cfr. H. KELSEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit Berücksichtigung von Vahingers Philosophie des Als-Ob*, in "Annalen der Philosophie", Bd. 1, 1919, pp. 630-658, trad. it., *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, a cura di A. Carrino, in *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, ESI, Napoli, pp. 237-265. Per le critiche del Doyen di Tolosa al metodo di Duguit, cfr. A. MESTRE, M. HAURIOU, *Recensione a: L. Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, in "Revue de droit public", 1902, pp. 346-66. Per una disamina della critica realista al funzionalismo, e, più in generale, a quelle che vengono definite tendenze pragmatiste in giurisprudenza, cfr. L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coimbra 1923*, Editions La Mémoire du Droit, Paris 2008. Per le critiche direttamente rivolte all'oggettivismo di Hauriou, cfr. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Paris 1927, t. 1, p. 25 e ss.

MATHIEU CARPENTIER

FILLES GALANTES E RAGION DI STATO La sentenza 'Dol et Laurent' del Consiglio di Stato

Questo saggio analizza una celebre sentenza del Consiglio di Stato francese: 'Demoiselles Dol e Laurent del 28 febbraio 1919'. Non mi propongo qui di raggiungere l'ampiezza teorica e concettuale mostrata nel corso di queste due giornate, ma neanche di limitarmi a un noioso commento della sentenza. Proverò piuttosto ad esaminare questa decisione non in se stessa, ma in quanto è possibile scorgervi un'anomalia del paradigma giurisprudenziale delle cosiddette 'circostanze eccezionali', nonostante la dottrina ne abbia fatto un precedente (il testo completo della sentenza è riprodotta in allegato).

Il mio proposito è dimostrare che questa sentenza è famosa per delle ragioni sbagliate. La sua fama dipende anzitutto dall'importanza dei suoi commentatori, nientemeno che Maurice Hauriou e Gaston Jèze, tra i più grandi teorici francesi del diritto pubblico. Da questo punto di vista, la fama della sentenza Dol et Laurent non è affatto usurpata. Per contro, due pareri, che mi sembrano poco informati, tendono a farne una sentenza innovativa, facendola assurgere a modello di regolamentazione della prostituzione, il che è evidentemente falso, o a sentenza fondativa della giurisprudenza delle 'circostanze eccezionali', il che mi pare almeno contestabile. Benché sia rimasta senza grandi conseguenze nella storia del diritto pubblico francese, questa sentenza mi sembra, invece, molto interessante poiché fa cozzare una delle categorie più marginali del diritto (anche se all'epoca la prostituzione era regolamentata in Francia) con la ragion di Stato, o, almeno, con l'interesse superiore della nazione: un accostamento piuttosto singolare, che non ha mancato di stupire i commentatori più avveduti.

Ricordiamo i fatti: siamo a Tolone, nel sud della Francia, nella primavera del 1916. La guerra è al suo apice, e Tolone, città fortificata e roccaforte militare, è il principale luogo di passaggio delle truppe dirette o provenienti dal fronte orientale.

Constatato che le prostituzione imperversa, e che lo spionaggio è al culmine, il prefetto marittimo, vale a dire la massima autorità militare della città, emana tre ordinanze: per evitare che le truppe entrino in contatto con