

# MATERIALI PER UNA CULTURA DELLA LEGALITÀ

2014

*a cura di*

GIUSEPPE ACOCELLA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2014 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappicelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-4773-2

*Il volume è frutto dell'attività dell'Osservatorio sulla legalità,  
finanziato dall'Istituto di Studi Politici "S. Pio V".*



*Composizione:* Compograf - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## Indice

|   | pag. |
|---|------|
| <i>Prefazione</i>   | XI   |
| <i>Nel cinquantenario della relazione di Pietro Piovani<br/>su Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto. (1963)<br/>(G. Acocella)</i>     | 1    |
| <i>Un profilo storico della legalità nelle Istituzioni<br/>(S. Sepe)</i>  |      |
| 1. Limiti e contesti  | 13   |
| 2. Legalità tra libertà dei singoli ed esercizio dei poteri pubblici  | 16   |
| 3. Dallo Stato "amministrativo" dei sovrani assoluti allo Stato "di diritto" dell'Ottocento   | 21   |
| 4. <i>Nation building</i> e problema della legalità nelle istituzioni dello Stato unitario: la scienza giuspubblicistica alla ricerca di un sistema | 24   |
| 5. La legalità insidiata: l'ingerenza della politica nell'amministrazione e le richieste di giustizia   | 30   |
| 6. Stato pluriclasse e nuova dimensione della legalità  | 35   |
| 7. La legalità camuffata del ventennio fascista   | 40   |
| 8. Partitocrazia e legalità compromessa: scenari dell'età repubblicana  | 45   |
| 9. Formalismo giuridico e amministrazione di risultato: legalità <i>versus</i> efficienza?  | 51   |
| 10. Legalità e democrazia sociale nei rapporti cittadini/politica/istituzioni   | 54   |

*La legalità nella Sociologia giuridica.*  
*Un repertorio bibliografico dal 1900 ad oggi*  
 (D. Forestieri)

|  | pag. |
|--|------|
| 1. Introduzione  | 63   |
| 2. La legalità nei classici del pensiero sociologico del Novecento                                     | 64   |
| 3. Cultura giuridica e legalità  | 67   |
| 4. La legalità nella cultura giuridica interna   | 69   |
| 5. La prassi giuridica della legalità e le sue articolazioni   | 73   |
| 6. Il mutamento della legalità nella cultura giuridica tra efficacia, interpretazione e riconoscimento | 75   |
| 7. La cultura giuridica esterna della legalità   | 78   |
| 8. La prassi sociale e la cultura della legalità   | 84   |
| 9. La legalità e il futuro della Sociologia giuridica: l'inizio di un percorso di analisi              | 86   |

X *Del significato giusfilosofico della legalità e del suo superamento critico*  
 (V. Rapone)

|  |     |
|--|-----|
| 1. Diritto e potere, tra legalità, legittimità, efficacia  | 89  |
| 2. La problematica della legalità nello Stato di diritto   | 97  |
| 3. La legalità alla prova della "rivolta contro il formalismo"   | 112 |
| 4. Autonomia o autocrazia dell'ordinamento giuridico? Elementi per una ridefinizione del paradigma legalistico | 118 |
| 5. Conclusioni   | 127 |

*Il sistema della legalità nell'età della diversità cultural-religiosa*  
 (F. Alicino)

|   |     |
|---|-----|
| 1. Introduzione. Le due epoche del sistema della legalità e la società multicultural-rurale                   | 131 |
| 2. Il fattore religioso e il paradigma della sovranità nel principio di legalità                              | 135 |
| 3. La doppia vocazione del sistema della legalità e il fenomeno religioso. Il "credo" dei diritti umani       | 141 |
| 4. L'intrinseca ragionevolezza della legalità costituzionale nell'età della diversità                         | 145 |
| 5. Gli interessi "superindividuali" e il sistema della legalità costituzionale. Il principio di sussidiarietà | 147 |
| 6. La <i>lex mercatoria</i> nell'età della diversità  | 151 |

|   |     |
|---|-----|
| 7. Il sistema della legalità costituzionale e le dinamiche multiculturali | 153 |
| 8. La concezione pragmatica della legalità costituzionale                 | 155 |
| 9. L'esempio del matrimonio islamico in Italia                            | 159 |
| 10. L'esempio delle <i>Shari'a Councils</i> in Canada e in Gran Bretagna  | 162 |
| 11. Prospettive   | 167 |

*Napoli e le potenzialità dissipate*  
 (M.R. Di Costanzo)

|   |     |
|---|-----|
| 1. Premessa   | 169 |
| 2. Un laicato "debole"                                    | 169 |
| 3. I "rapporti di dipendenza"                             | 171 |
| 4. "Una città abitata da diavoli"                         | 173 |
| 5. Una parola in tema di legalità                         | 174 |
| 6. Le occupazioni abusive degli alloggi pubblici a Napoli | 175 |
| 7. La prassi delle sanatorie                              | 177 |
| 8. Le costruzioni abusive a Napoli e provincia            | 179 |
| 9. Deficit educativo e ruolo della politica               | 182 |
| 10. Il ruolo educativo - e non - della politica           | 184 |
| 11. Il disagio dei giovani                                | 187 |
| 12. Uno "scatto di reni"                                  | 190 |

*Dubbi, paradossi e antinomie della legalità*  
 (A. Merone)

|  |     |
|--|-----|
| 1. Premessa metodologica   | 193 |
| 2. <i>In dubio pro reo</i>   | 195 |
| 2.1. <i>Favor rei</i> come canone (non) interpretativo   | 197 |
| 2.2. La decisione sul fatto incerto e il caso <i>Bebawi</i>                                      | 198 |
| 3. Esperienze professionali  | 203 |
| 3.1. Il dilemma della legittimazione dell'illecito, tra regole procedurali ed esigenze di equità | 203 |
| 3.1.1. L'inutilizzabilità della prova illecita   | 204 |
| 3.1.2. La disciplina legale delle attività illecite e/o immorali                                 | 207 |
| 3.2. Elusione fiscale ed abuso del diritto   | 210 |
| 4. Considerazioni minime pseudoconclusive  | 213 |

|   | pag. |
|---|------|
| <i>Il disincanto della legge: tra esigenze regionalistiche e accentramento governativo</i>                      |      |
| (C. De Angelis)   |      |
| 1. Introduzione. La legge di Arlecchino   | 215  |
| 2. La legge "parcellizzata": il governo e il disordine della produzione normativa                               | 223  |
| 3. La legge "contesa": il patologico conflitto tra Stato e regioni  | 230  |
| 4. La legge "piegata": l'eccesso di potere del Sindaco e il caso delle ordinanze di pubblica sicurezza          | 237  |
| <br>  |      |
| <i>Il principio di legalità in materia penale tra diritto UE e diritto interno</i>                              |      |
| (D. Zampoli)  |      |
| 1. Premessa   | 243  |
| 2. Il primato del diritto comunitario   | 245  |
| 3. Rapporti tra il diritto penale interno e il diritto comunitario: competenza punitiva indiretta della CE      | 250  |
| 3.1. Effetti limitativi: rimpatrio di stranieri "irregolari" e abusivo esercizio di scommesse sportive          | 254  |
| 3.2. Effetti espansivi: assunzione di stranieri irregolari  | 259  |
| 4. Norme comunitarie non direttamente applicabili   | 261  |
| 5. Diritto comunitario e sanzioni penali  | 262  |
| 6. Il principio di legalità alla luce dell'art. 7 Cedu  | 263  |
| 7. Considerazioni finali  | 273  |
| Bibliografia principale   | 274  |
| Fonti giurisprudenziali   | 274  |
| <br>  |      |
| <i>Interviste sulla legalità: Pietro Rescigno; Michele Vietti</i>   |      |
| (a cura di G. Acocella)   |      |
|   | 277  |
| <br>  |      |
| <i>Biblioteca della legalità</i>  |      |
| <br>  |      |
| <i>Critica della legalità. Il pensiero giuridico di Benedetto XVI in un libro recente, di Giuseppe Acocella</i> |      |
|   | 287  |

|  | pag. |
|--|------|
| <i>Note in materia di legalità: A. Kaufmann e la teoria della convergenza, di Giuseppe Acocella</i>  |      |
|  | 289  |
| <i>Una pubblicazione sulla legalità promossa dal sindacato, di Giuseppe Acocella</i>   |      |
|  | 292  |
| <i>La (virtuosa?) ambiguità del principio di legalità, di Francesco Alicino</i>  |      |
|  | 294  |
| <i>Una analisi socio-politica della legalità, di Antonella Coco</i>  |      |
|  | 300  |
| <i>Dalla legalità imperfetta alla legalità ambigua, di Diego Forestieri</i>  |      |
|  | 303  |
| <i>L'attualità di Piero Calamandrei: leggendo Non c'è libertà senza legalità. La storia si ripete?, di Antonio Merone</i>                  |      |
|  | 305  |
| <i>Legalità internazionale, di Gianluigi Palombella</i>  |      |
|  | 310  |
| <i>Educazione alla legalità ed etica pubblica, di Stefano Sepe e Ersilia Crobe</i>   |      |
|  | 312  |
| <i>Il principio di legalità nel buio della storia, di Franco Vittoria</i>  |      |
|  | 316  |
| <i>Quinto Rapporto sulla Dottrina sociale della Chiesa nel mondo. La crisi giuridica ovvero l'ingiustizia legale, di Giuseppe Acocella</i> |      |
|  | 318  |
| <br>   |      |
| <i>Note biografiche</i>  |      |
|  | 321  |

te<sup>13</sup> e altre come mite<sup>14</sup>, la cui costruzione sul piano giuridico prima ancora che legislativo risiede nella possibilità di ricavare la soluzione nell'analisi dei casi concreti per mezzo di una procedura argomentativa che porta ad una soluzione il più possibile riconosciuta come legittima e non arbitraria, in quanto quella meglio argomentata e fondata su principi giuridici.

In definitiva, si può affermare che il principio di legalità dal punto di vista della Sociologia giuridica è stato finora indagato con una attenzione particolare verso i meccanismi giuridici, come analisi della relazione interistituzionale che intercorre all'interno dei sistemi ordinamentali in ragione della correttezza e adeguatezza dell'agire normativo, amministrativo e istituzionale rispetto alla legge e più in generale alle norme di natura superiore. Questo assunto iniziale è ancor più vero per la Sociologia del diritto continentale. Ciò invero se ha comportato una particolare specializzazione della Sociologia giuridica (e in particolar modo quella italiana) in virtù di una "predilizione" per una cosiddetta legalità statutale, d'altro canto risulta evidente come esista un'ulteriore campo d'indagine che ha assunto la considerazione di una legalità connessa alle rappresentazioni sociali o al modo di intendere la legalità da parte del cittadino e degli operatori giuridici, legata alle politiche del diritto e alla prassi, all'efficacia e al riconoscimento che pure ne orientano la sua ragion d'essere oltre che l'applicazione in seno alla società.

<sup>13</sup> Cfr. E. Resta, *Il diritto vivente*, Bari, 2008.

<sup>14</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

Vincenzo Rapone

## *Del significato giusfilosofico della legalità e del suo superamento critico*

### **Sommario:**

1. Diritto e potere, tra legalità, legittimità, efficacia. – 2. La problematica della legalità nello Stato di diritto. – 3. La legalità alla prova della "rivolta contro il formalismo". – 4. Autonomia o autocrazia dell'ordinamento giuridico? Elementi per una ridefinizione del paradigma legalistico. – 5. Conclusioni.

### *1. Diritto e potere, tra legalità, legittimità, efficacia*

Non c'è concetto-chiave della teoria politico-giuridica che, più della legalità<sup>1</sup>, necessiti che ne siano specificati i rapporti che la legano ad altri concetti (o, forse meglio idee-forza) a loro volta difficilmente scomponibili in nuclei

<sup>1</sup> Per un'introduzione alla tematica della legalità, G. Acocella, *Paradigmi della legalità*, in *La legalità ambigua*, a cura di G. Acocella, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1-93; N. Bobbio, voce *Legalità*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, TEA, Torino, 1990, pp. 544-45; P. Calamandrei, «*Appunti sul concetto di legalità*», ora in Id., *Opere giuridiche*, III, Morano, Napoli, 1968; R. Dreier, *Recht-Staat-Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991; S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 659-703; E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, (1964), trad. it., *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973; O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, (1987), trad. it., *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1995; H. Hofman, *Legalität, Legitimität*, in *Historische Wörterbuch der Philosophie*, vol. V, Schwabe, Basel, 1980, coll. 161-166; Id., *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, trad. it., *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, a cura di R. Miccù, Esi, Napoli, 1999; H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1981; O. Kirchheimer, *Legalität und Legitimität*, in «*Die Gesellschaft*», IX, 1932, n. 7; P.P. Portinaro, *Il principio di legalità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1996; J. Shklar, *Legalism. Law, morals and political trials*, Harvard Univ. Pr., Cambridge, 1986; M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (1922), trad. it., *Economia e società*, 2 voll., Ed. Comunità, Milano, 1974; T. Würtenberger, *Legalität, Legitimität*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. III, Klett-Cotta, Stuttgart, 1982, pp. 677-740.

più circoscritti, quali la sovranità e il potere: è solo ed esclusivamente in un senso descrittivo che si può dire che il diritto è la forma in cui la forza si esprime in una data società e che legale è quello stato di cose nelle quali si afferma un potere regolato dal diritto.

Si intende per legalità quel principio, che, per l'appunto, prende in nome di "principio di legalità"<sup>2</sup>, sulla cui scorta «tutti gli organi dello Stato, cioè tutti gli organi che esercitano un pubblico potere, sono tenuti ad agire nell'ambito delle leggi, salvo casi eccezionali espressamente stabiliti, e per il fatto stesso di essere espressamente stabiliti, e cioè legalizzati», principio che impregna di sé i regimi nati in seguito alla Rivoluzione Francese: per inciso, corollari del "principio di legalità" sono da considerarsi la tripartizione dei poteri, la coerenza dell'ordinamento, la sua completezza o assenza di lacune, fondanti la subordinazione del giudice alla legge, che sono al centro di un dibattito che è ben lungi dall'essere risolto. Dal "principio di legalità" derivano così questioni importanti, che riguardano la giurisdizione – ad esempio quella sulla cui scorta nei regimi di diritto civile, ispirati dalla codificazione, la sentenza passata in giudicato vale per la sua autorevolezza, ma non per la sua autorità – che solo in parte possono trovare soluzione nella riserva di legge e, nell'ambito del nostro ordinamento, nell'art. 25 Cost.; inoltre, è lecito parlare di legalità costituzionale, laddove il "principio di legalità" si applica alla legge, considerata strutturalmente subordinata alla Costituzione<sup>3</sup>. È, però, nella regolazione dei rapporti tra legislativo ed esecutivo da un lato e tra legislativo e pubblica amministrazione dall'altro che il "principio di legalità" trova la sua più naturale applicazione<sup>4</sup>.

Su un piano strettamente tecnico, il termine legalità equivale a regolazione del potere discrezionale: i limiti nei quali quest'ultimo può esplicarsi in un sistema legale è limitato, essendo la misura di questa regolazione relativa alla situazione generale: ed è proprio nella misura in cui il problema della definizione

<sup>2</sup> Su "principio di legalità" e "riserva di legge", cfr. L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990; R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, Economica, Paris, 1984; P. Colombo, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Giuffrè, Milano, 1993; A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1969; S. Fois, voce *Legalità*, cit., Id., *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, 1990; R. Guastini, voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1994, pp. 84-96; Id., voce *Legge (riserva di)*, in *ivi*, pp. 163-173.

<sup>3</sup> La teoria giuridica moderna insiste ogni giorno di più sul concetto di "legalità costituzionale". Utilissimi in questo senso i riferimenti contenuti nel discorso tenuto da Paolo Grossi presso l'Accademia dei Lincei a chiusura dell'a.a. 2008/2009, reperibile all'indirizzo [http://www.lincci.it/files/convegni/Discorso\\_Prof\\_Grossi\\_2009.pdf](http://www.lincci.it/files/convegni/Discorso_Prof_Grossi_2009.pdf).

<sup>4</sup> Si tratta, in ogni caso, per la giurisdizione come per l'amministrazione, di regolare lo spazio in cui la legge manca.

ne del potere discrezionale rimanda alla problematizzazione del nesso potere-diritto, che bisogna riconoscere come, fissate delle coordinate di massima, la declinazione della discrezionalità del potere dipende da condizioni che sono di natura extra-giuridica.

Dunque, qualsivoglia trattazione coerente del tema della legalità richiede un inquadramento più ampio: come evidenziato nel seguente passo da Martínez-Sicluna y Sepúlveda: «Da un lato la legalità è l'esistenza di leggi e, dall'altro, l'assoggettarsi ad esse. È anche un requisito del potere e la forma in cui il diritto si manifesta. Il diritto consta di norme che, in ogni caso, ci permettono di parlare di un sistema di legalità. Non ha senso basarsi su un altro Diritto che non sia quello positivo. La legalità s'identifica con le norme giuridico-positive, nelle quali sembra esaurirsi la possibilità che esista un diverso sistema normativo. Da tutto ciò si deduce che l'analisi del concetto di 'legalità', secondo la dottrina più diffusa, passa per gli stretti limiti proposti dal positivismo, per cui non esiste altra realtà se non quella che si inferisce dallo stesso Diritto positivo»<sup>5</sup>. Una definizione legata a quest'orizzonte non può che rivelarsi, con tutte le cautele possibili, 'impertinente', nella misura in cui della legalità si predica in relazione troppo stretta ad un'acritica subordinazione all'ordinamento, il cui confine con l'acquiescenza è sottile. Un'indagine che si voglia epistemologicamente accorta impone che, pur essendo legalità e potere termini che costituiscono un binomio che ben difficilmente può essere sciolto, si definisca in che rapporto, reciprocamente, si danno.

Non tutte le definizioni di legalità, anche le più accreditate, ci aiutano in questo compito: guardiamo, ad esempio, quella che dobbiamo ad Olivecrona, esponente di spicco del realismo scandinavo, in virtù della quale il «diritto consiste essenzialmente in regole concernenti la forza, che siano rese psicologicamente efficaci»<sup>6</sup>. Con un'ulteriore specificazione: «Due sono le condizioni di base che devono essere rispettate, nella misura in cui la forza deve servire la vita e il ben-essere dell'uomo, piuttosto che provocarne la distruzione. In primo luogo, l'impiego della forza dev'essere monopolizzato da un'organizzazione. In secondo luogo, l'impiego della forza da parte di quest'organizzazione dev'essere effettivamente canalizzato e messo in opera nella modalità di regola. L'organizzazione in questione, è quella che noi chiamiamo Stato». La specificazione del concetto di legalità passa necessariamente, per la determinazione dei rapporti che intercorrono tra diritto e forza, nonché per la delucidazione dei termini in cui le regole di diritto diventano "psicologicamente effica-

<sup>5</sup> Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Consuelo, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, (1991), trad. it. *Legalità: la teoria del potere*, con una Prefazione di Gian Pietro Calabrò, Esi, Napoli, 2006, p. 17.

<sup>6</sup> K. Olivecrona, *Law as Fact*, in *Interpretations of a modern legal philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound* (1947), trad. it., a cura di S. Castignone, *Il diritto come fatto*, in *La realtà del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 73-98.

ci". In quest'ottica, criteri puramente empirici, come quello teleologico del valore per la realizzazione del quale la forza è impiegata, adottata da Olivecrona o quello della stessa accettazione psicologica dei consociati, si rivelano limitati.

Si tratta di una definizione condivisa in larga misura dallo stesso Bobbio che la riprende, per superarla: «Nel linguaggio politico per 'Legalità' s'intende un attributo e un requisito del potere, per cui si dice che un potere è legale o agisce legalmente o ha carattere della Legalità, quando viene esercitato nell'ambito o in conformità delle leggi stabilite o comunque accettate»<sup>7</sup>. Subordinazione a regole stabilite in anticipo vuol dire regolazione dello spazio all'interno del quale atti prodotti di un'autorità non rivestita del crisma della legalità possono essere dichiarati nulli, mentre sullo sfondo emergono problematiche legate al carattere socialmente necessario e teleologicamente orientato dell'ordinamento come di ogni singola norma.

Nell'ottica della necessità di superare una caratterizzazione troppo empirica nella definizione di legalità, Bobbio inquadra il fenomeno in termini più ampi, mettendolo in rapporto con un altro concetto-chiave della teoria giuridico-politica, la legittimità. In questo senso: «Per quanto non sempre si distingue nell'uso comune, e spesso anche nell'uso tecnico, tra legalità e legittimità, si suole invocare la legalità a proposito dell'esercizio del potere, la legittimità a proposito della sua titolarità: un potere legittimo è un potere il cui titolo è legittimamente fondato, un potere legale è un potere che viene esercitato secondo le leggi»<sup>8</sup>.

Specificati i rispettivi ambiti, è possibile allora, in un certo senso, dire che la legittimità risponde alla questione della titolarità su cui il potere si fonda, intendendosi con essa per l'appunto il 'titolo', in nome del quale l'esercizio del potere si annoda a quell'insieme di condizioni, di natura non univoca, che rendono l'esercizio di un determinato potere pacificamente condiviso. La questione si complica ancora nella misura in cui la questione della legittimità non può essere ridotta alla semplice sfera della titolarità del potere, investendo piuttosto, radicalmente, l'esercizio dello stesso; in questo senso: «[...] la legittimità non sempre è riferita solo al titolo, ma talora anche all'esercizio del potere, la cui 'legittimità' viene appunto subordinata al rispetto di determinati valori (storicamente variabili) per la cui tutela l'autorità si considera costituita, giacché la loro violazione farebbe venir meno la giustificazione dell'obbligazione politica»<sup>9</sup>. Pacificamente condiviso non a partire da condizioni di natura empirica, ma tale perché in grado di rispondere a coordinate che testimoniano della sua essenza razionale: in un senso maggiormente connotato, se non più radicale, possiamo dire che l'interrogazione sulla legittimità di un singolo po-

<sup>7</sup> N. Bobbio, voce *Legalità*, in *Dizionario di politica*, cit., p. 580.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, cit., p. 2.

tere, o di un ordinamento nel suo complesso<sup>10</sup>, non può che investire quegli aspetti in grado di renderne l'esercizio razionale, che investe gli attori chiamati in causa in qualità di soggetti di diritto, esenti dall'essere oggetto di un rapporto di subordinazione, acritica e passivizzante. Nel caso di potere riconosciuto come legittimo, coloro che vi sono soggetti sono già di per sé tutelati nella loro dignità di esseri umani nella relazione, senza che vi sia il bisogno che la loro qualità di umani emerga all'interno di rapporti di natura fattuale, segnati dalla forza. È in questo senso, e solo in questo senso, che la legittimazione dell'azione dei singoli, dei gruppi, se non di un intero ordinamento, può essere definita come l'annodamento tra la dimensione dell'esercizio della legalità e del potere legale e le dimensioni dell'effettività e del consenso<sup>11</sup>. Anche una società che si regge su rapporti di natura schiavistica, ad esempio, può essere connotata da rapporti normativi dei quali si può predicare l'effettività e l'obbedienza introiettata da convinzione, e lo stesso può dirsi di regimi dittatoriali, cui, di certo, non difettano né il consenso, né l'esercizio di un potere efficace all'interno di quadri normativi ben precisi<sup>12</sup>. Efficacia e consenso non bastano, come accennato sopra, a sottrarre *de jure* l'esercizio del potere ad

<sup>10</sup> Da un lato, infatti (V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 35): «Certamente caratteri propri del diritto sono e rimangono, sempre e necessariamente, una regola che ordina e coordina sotto di sé le azioni degli uomini come viventi in collettività o gruppi sociali, ed una forza per cui quella regola tende irresistibilmente ad attuarsi nella realtà. Senza queste due idee – norma e forza – non si dà diritto, né complesso né semplice». Dall'altro, però, il problema è come sintetizzare questa posizione con le considerazioni sulla cui scorta (F. Filomusi Guelfi, *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 128-29): «Il diritto, adunque, dal suo lato puramente razionale trova le leggi del suo svolgimento nell'idea, dal lato naturale della contingenza. Il diritto positivo o storico, come diritto di un dato popolo o di un certo Stato, è dunque da un lato sottoposto a *leggi ideali*, e dall'altro a *leggi naturali*, siccome lo Stato, che secondo il concetto profondo dello stesso Aristotele, è un istituto che non solo ha le sue basi etiche, ma anche i suoi elementi naturali». Il contrasto tra diritto positivo e diritto giusto è emblematicamente racchiuso nella distanza tra queste due posizioni, che rischiano di permanere nella loro irrisolta unilateralità, escludendo ora l'uno, ora l'altro settore d'indagine.

<sup>11</sup> I termini in cui è stato posto il problema già lasciano trasparire, seppur in un senso aureo, che sarà specificato più avanti, come effettività e consenso possano solo con riserva essere considerati elementi di validazione e conferma della validità di una singola azione o di un ordinamento, inteso nel suo complesso; in questo senso, acuta l'analisi sulla cui scorta: «[...] la legittimazione dello Stato è il risultato di una serie di elementi disposti a livelli crescenti, ciascuno dei quali concorre a determinarla in modo relativamente indipendente. Si deve, pertanto, esaminare le caratteristiche degli elementi che costituiscono il punto di riferimento della credenza nella legittimità», L. Levi, voce *Legittimità*, in *Dizionario di politica*, cit., p. 554. Per un'analisi all'altezza della complessità della provocazione di Levi, cfr. S. Cotta, *Éléments d'une phénoménologie de la légitimité*, in *Annales de philosophie politique*, 7, *L'idée de légitimité*, Puf, Paris, 1967, pp. 60-85.

<sup>12</sup> Per una riattualizzazione del dibattito intorno al consenso nei regimi dittatoriali, tra dimensione normativa e realtà sociale, cfr., da ultimo, il contributo tematico *Individuo, legalità e consenso tra nazismo e fascismo*, in «Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali», XLVII, 1, 2013.

una sfera di rapporti di natura fattuale, e questo, dal momento che possono esserci efficacia e consenso anche rispetto a situazioni in cui i rapporti siano, *tout-court*, qualificabili come rapporti di potere.

Sicuramente, l'attore che obbedisce ad una regola di diritto legale, lo fa consensualmente, ma non basta siffatta constatazione a rendere legittimo un qualsivoglia potere, a meno di non individuare un legame di natura razionale tra la generalità del consenso e la dimensione della legittimità, che investe la questione del fondamento razionale, e perciò, in una certa misura anche ideale, del potere. È come se il potere stesso, inteso qui come fenomeno, divenga oggetto di una duplice interrogazione, che ne investe, da un lato, gli aspetti fattuali (*quid facti*), dall'altro, più radicalmente, la dimensione doveristica, ossia, in altri termini, la misura in cui risponde alla domanda: *quid juris?*

Definite legalità e legittimità come dimensioni in qualche misura separate, sembrerebbe davvero breve il passo che separa la definizione del principio di legalità, consustanziale ai regimi democratico-costituzionali moderni, dalla sua retroazione temporale, che lo renderebbe affine a tutte quelle teorie e a quegli approcci che hanno inteso subordinare l'azione umana a leggi superiori, in grado di conferire a ciascun potere una titolarità in qualche modo conforme ad un ordine più ampio del semplice ordinamento, nel quale queste posizioni si definiscono.

Sotto altri aspetti, si sarebbe tentati di dire che lo stesso "principio di legalità", caratterizzante la "democrazia dei moderni", non sarebbe altro che un prolungamento di quella credenza che è prima di tutto dei greci, per i quali l'isonomia è regola dell'agire "secondo ragione", il cui contrario è la dismisura, oggetto dell'azione riparatrice della *dike*, in grado di ripristinare, secondo uno schema che è quello della ri-voluzione, quell'ordine che l'azione "contro ragione" avrebbe turbato: in sostanza l'intera struttura ed evoluzione della tragedia può essere considerata come un'infinita variazione, relativa a questi temi. E si può, su questa scia, considerare la stessa opposizione platonica tra governo degli uomini e governo delle leggi in linea di continuità con l'evoluzione di una tematica che prende le forme, con Euripide, del razionalismo più estremo e rassicurante, il cui esito finale è l'annullamento dello spirito tragico stesso, annullamento di cui l'introduzione del *deus ex machina* è palese traduzione.

Se, per più di qualcuno, il "principio di legalità" si radica nella contrapposizione platonica tra governo degli uomini e governo delle leggi, intendendo, così, rimarcare la differenza tra uno Stato in cui l'attività dei suoi organi è subordinata alla legge, al cui interno sia rispettata la libertà degli individui, questa linea di pensiero, che identifica "Stato di diritto" e Stato "secondo il diritto" misconosce, in verità, quanto la giuridicità caratterizzi, essenzialmente, tanto lo Stato quanto l'obbligo politico dei 'moderni' in un quadro in cui l'obbedienza alla legge è fonte di legittimità dello Stato, inclusiva com'è di un'idea

di limitazione della sua sovranità. A partire dall'opera di Rousseau, passando per le teorie di Kant, attraverso il formalismo che da lui si dipana lungo l'asse Weber-Gneist-Gerber-Jellinek, fino al liberalismo che tende a differenziare diritto e morale, si è affermata la tendenza sulla cui scorta il diritto non è un principio esterno all'azione dei consociati, ma che, piuttosto, tende a qualificare dall'interno l'ordinamento, conferendo ad esso legittimità. L'agire *sub lege*, in altri termini, nella modernità, coincide con la legittimazione dell'ordinamento, all'interno di un movimento che è di positivizzazione del diritto.

Il diritto che lo Stato ingloba nella sua sfera e che gestisce per il tramite del monopolio legittimo dell'uso della forza, costituente la dimensione legalistica del potere, finisce per costituirsi come l'elemento cardine della sua legittimazione: siamo di fronte ad una declinazione particolare di quel principio, sulla cui scorta il concetto di potere, quale specificazione della rappresentazione delle finalità del rapporto stesso, può essere considerato interno alla costituzione di qualsivoglia rapporto di subordinazione, data la necessità di qualificare e giustificare, tramite il diritto, la forza posta in essere. Si tratta di un movimento fervido di implicazioni politiche, al punto da condizionare la definizione stessa di Stato di diritto, con cui si intende una particolare forma di organizzazione, in cui ogni comportamento, come abbiamo visto, è regolato solo dalla legge, al punto che quest'ultima finisce con l'esercitare una vera e propria limitazione della sovranità, che si realizza attraverso una serie di dispositivi.

Lo Stato di diritto, che storicamente deve la sua esistenza anche al grado sempre maggiore di autonomia raggiunto dal potere dei giudici nell'ambito della differenziazione dei poteri, circoscrive nell'ambito della legalità tutta una serie di problematiche, come quelle della titolarità, dell'esercizio del potere, delle forme di Stato, che precedentemente erano appannaggio del giusnaturalismo, nell'ambito del primato della legge come fonte formale. Stato di diritto è quello Stato in cui la legittimità si ottiene per il tramite della subordinazione dell'esercizio del potere a regole comuni a tutti: il diritto, in questo senso, si pone, formalisticamente, come struttura tesa tanto a difendere valori individuali, quanto a limitare la sovranità politica, quale struttura di valorizzazione dell'azione individuale e collettiva, caratterizzante fortemente le democrazie otto-novecentesche, le quali, in questo senso, sono già democrazie costituzionali<sup>13</sup>. È possibile in questo senso evidenziare come, a fianco della linea che

<sup>13</sup> N. Bobbio, voce *Legalità*, cit., p. 554. La questione della legittimità, allora, rileva rispetto a due questioni, quella dell'origine empirica del potere, e quella della sua capacità nel rispondere ad un criterio di ragione: la prima di queste accezioni, rivela la sua origine storica, relativa al Congresso di Vienna e alla Restaurazione: è in quest'ambito che si afferma l'idea che un potere, semplicemente ed empiricamente legale, possa non essere legittimo, questione da tenere assolutamente distinta da quella, di stampo più strettamente filosofico, legato alla capacità di un ordinamento a rispondere ad un'interrogazione in cui sia investito in quanto ente di ragione. Pur nella impropria sovrapposizione tra legittimità e legittimazione, assolutamente esplicitiva sul

vede nelle democrazie 'costituzionali' un movimento di positivizzazione del diritto che si distacca progressivamente dalla sfera dei rapporti trascendenti, la secolarizzazione del diritto aggiunga un nuovo capitolo alla plurisecolare storia della dottrina giusnaturalistica: la dottrina giuridica dello Stato di diritto, tutta imperniata sull'idea che la legittimità sia 'ridotta' alla dimensione legalistica dell'esercizio dell'autorità, può, a buona ragione, essere considerata l'ultima figura del plurisecolare sviluppo del giusnaturalismo, soprattutto nel senso in cui si costituisce come supporto teorico del conferimento di valore alla struttura giuridica dello Stato, deducendo da quest'ultimo e riconducendo ad unità logica la molteplicità delle strutture infrastatali. Quanto vi è di sostanziale in questo movimento non è minimamente contraddetto, anzi, dal fatto che la dottrina dello Stato tenda, progressivamente, a qualificarsi come avallutativa, secondo criteri rigidamente formalistici, che giungeranno all'apogeo nella *Reine Rechtslehre* di Kelsen, dal momento che è proprio quest'avallutatività a costituire fonte di legittimazione dell'esercizio legale del potere<sup>14</sup>.

Il presente lavoro non intende riproporre la problematica della questione della subordinazione del diritto positivo a valori sovra-legali. Al contrario, tratterà le linee attraverso le quali il diritto, positivizzandosi, si è costituito come valore, ossia si è legittimato in quanto legale, nella considerazione che la legalità costituzionale è l'ultimo capitolo di quest'evoluzione. La sfida della modernità, dal punto di vista di chi scrive, va raccolta sul piano dell'immanenza, e legittimo sarà quell'ordinamento che riuscirà a conservarsi nell'esercizio razionale (cioè legato necessariamente al rispetto dell'etica pubblica) della subordinazione alla legge, nella piena consapevolezza che quest'ultima, ove formalisticamente intesa, nonché formalisticamente manipolata in modo funzionale ad interessi tutt'altro che generali, non garantisce di per sé la salute del

---

punto la Carlassare, per la quale (*Legalità (principio di)*, cit., p. 2): «È chiaro infatti che la legittimità, ossia il rapporto, effettivo e legale insieme, tra esercizio del potere e consenso, è momento ideologico che assolve ad una precisa funzione politica sempre identica quali che siano i valori assunti come criterio di legittimazione: quella di "cinghia di trasmissione" del consenso. Ciò in quanto la lealtà verso un determinato titolo di potere – in passato, verso una dinastia – serve a "colmare il divario tra aspirazioni della popolazione ed effettivo contenuto dell'esercizio del potere. Oggi la funzione politica di fornire copertura al potere è svolta dalla volontà popolare la quale, a differenza dei vecchi criteri di legittimazione, può funzionare come momento ideologico di carattere dinamico: oltre alla legittimazione originaria, il rapporto con la volontà popolare ha da essere costante».

<sup>14</sup> Viene cioè a cadere quella differenza, in virtù della quale: «La tendenza dei giuristi a studiare il diritto nel suo aspetto formale (anzi, a considerare il diritto come forma, riempibile dei più diversi contenuti) è stata chiamata *formalismo giuridico*. Ora vorrei mostrare in quest'ultimo saggio che altro è il formalismo giuridico, altro è il *formalismo etico*. Per formalismo etico intendo la concezione legalistica della giustizia, ovvero quella concezione secondo la quale la legge è giusta in quanto tale, cioè in quanto è il comando di un sovrano legittimo, indipendentemente da ogni considerazione del suo contenuto», N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, p. 145.

corpo politico. «Mai come nel nostro tempo l'ancora della legalità appare smossa e divelta dal luogo delle certezze nel quale la modernità giuridica sembrava averla collocata. Persino la convinzione diffusa che – privata dei suoi fondamenti che asseriva la ciceroniana raccomandazione *Legum servi sumus ut liberi esse possumus* – la libertà sia definitivamente minata quando sia derisa l'etica pubblica, e la corruzione e la 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»<sup>15</sup>; la tendenza a trasgredire la legge situandosi all'interno del sistema rende impossibile una ridefinizione concettuale della legalità che esorbiti da un'interrogazione radicale sul senso di un esercizio razionale del potere legale. Ed è sulla linea dell'esercizio razionale del potere che la questione della legalità va posta, evitando ogni rassicurante risposta formalistica: in definitiva, la prospettiva nella quale si intende porre la questione è quella sulla cui scorta l'esercizio irrazionale del potere non incide sulla validità delle singole norme, che non può essere messa in discussione, quanto sull'efficacia dell'ordinamento nelle sue grandi linee, dimensione della quale, però, la scienza giuridica deve farsi carico, senza relegarla all'ambito della speculazione sui valori ultimi<sup>16</sup>.

## 2. La problematica della legalità nello Stato di diritto

A dimostrazione della storicità dei concetti della scienza del diritto<sup>17</sup>, che non può essere considerata avulsa dal contesto sociale in cui costruisce i suoi quadri concettuali, una serie di questioni, oggetto della riflessione della scienza giuridica, vengono rilette alla luce del duplice movimento di valorizzazione trascendentale dello Stato come ordinamento giuridico, nonché della produzione di quest'ultimo da parte dello Stato stesso, in qualità di ente soggetto-

---

<sup>15</sup> G. Acocella, *Paradigmi della legalità*, in *La legalità ambigua*, cit., p. 12.

<sup>16</sup> Ci sembra una posizione perfettamente compatibile con le affermazioni tanto di Santi Romano (*Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946, pp. 192-93): «Un ordinamento giuridico illegittimo è una contraddizione in termini, la sua esistenza e la sua legittimità sono la stessa cosa», quanto di Hans Kelsen, secondo il quale il "principio di legittimità" stabilisce che la norma giuridica (*General Theory of Law and State*, Cambridge, 1946, p. 117): «*remain valid as long as they have not been invalidated in the way which the legal order itself determines*». In entrambi questi interventi, si ribadisce la considerazione della legittimità su base legale, ma la questione finisce per vertere sull'efficacia complessiva dell'ordinamento.

<sup>17</sup> Per un inquadramento storico-dottrinale del contesto in cui questa discussione si dipana, nell'ambito del nutritissimo campo degli studi dedicati alla "crisi dello Stato", cfr. F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra 800 e 900*, Milano, 1988.

sovrano. Nel quadro della definizione dello Stato come persona giuridica<sup>18</sup>, la norma è considerata un imperativo sostenuto dal flusso coerente della volontà sovrana, nonché efficace, e perciò effettiva, in quanto legittimata da una capacità di costringere che è posta ad una ragionevole distanza dalla pura forza, sulla base di un processo di conferimento di valore, sulla cui scorta deve sempre potersi distinguere dalla violenza. A sua volta, l'insieme delle norme, colto sistematicamente, si costituisce in ordinamento, esteriorizzazione della stessa volontà sovrana prodotto della personalizzazione dello Stato, volontà che 'partisce' i limiti imposti dall'ordinamento oggettivo, senza, per questo, fuoriuscire dal circolo di una presupposizione di autonomia, la cui matrice individualistica è chiaramente ravvisabile. Da quanto sinteticamente, se non apoditticamente, enunciato, risulta chiaro come il culto formalistico della legge abbia una curvatura fortemente etica.

Per il tramite dell'auto-obbligazione dello Stato, la teoria si impegna a sciogliere la patente contraddizione generata nel seno della reciproca e speculare legittimazione tra Stato e ordinamento giuridico, ossia, *mutatis mutandis*, tra la dimensione legale del potere – declinata come obbedienza al diritto inteso nel senso di ordinamento oggettivo – e la sovranità, intesa come dimensione assolutamente trascendente l'ordinamento oggettivo stesso. Se nelle democrazie borghesi, prodotto della soppressione di un potere, come quello dell'aristocrazia, che non ha mai dismesso i panni dell'assolutezza, la questione dell'esercizio del potere nell'ambito della legalità è essenziale, la dismissione del tratto regale interno alla costituzione dello Stato liberale ha subito vicissitudini tali che, nella prima fase del suo sviluppo, i limiti all'irresistibilità del potere hanno finito per coincidere con il prodotto dell'autolimitazione della sovranità dello Stato. Si tratta di una questione che ha avuto ricadute pratiche assolutamente concrete, investendo il processo di positivizzazione e di difesa statale dei diritti naturali, riconosciuti e tutelati dall'ordinamento come diritti soggettivi<sup>19</sup>.

Siamo di fronte ad un processo di natura politica, cui il formalismo giuridico conferisce argomenti di notevole spessore<sup>20</sup>. La riflessione kantiana sullo

<sup>18</sup> Sulle vicende teoriche legate alla costruzione dottrinale della persona giuridica, cfr., G. Cornu, voce *Personne morale*, in *Vocabulaire juridique*, Paris, 2002, p. 648; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, II voll., LGD&J, Paris, 1906; R. Saleilles, *De la personnalité morale* (1910), Ed. La Mémoire du droit, Paris, 2003.

<sup>19</sup> È la posizione espressa da Riccobono proposito delle pretese avocate dai "nuovi diritti" di abitare uno spazio extra-statale; infatti (*I diritti e lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 17: «L'alba del XX secolo ci ha tramandato la dottrina dell'autoobbligazione dello Stato, recepita di solito dagli studiosi dei diritti quale tentativo autoritario di presentare i diritti fondamentali come "concessioni potestative sempre revocabili o limitabili". Eppure in quella dottrina vi era il seme di un'intenzione non statualistica di offrire una solida ed efficace protezione ai diritti, attraendoli "nell'orbita di un potere finalmente formale e neutrale"».

<sup>20</sup> «Significato e portata strettamente filosofici ha la concezione della legge nel Kant: il quale designa con tal nome (*Gesetz*) il principio pratico, ossia la proposizione che contiene una de-

Stato si caratterizza per il fatto che quest'ultimo si configura, secondo un'ascendenza che è di natura chiaramente teologica, come uno e, al tempo stesso, trino, essendo la tripartizione dei poteri stata spesso assimilata allo Spirito Santo; per il pensatore di Königsberg, infatti: «Uno Stato (*civitas*) è la riunione di un certo uomini sotto leggi giuridiche. In quanto queste, come leggi a priori, sono necessarie ossia derivate spontaneamente (non statutariamente) dai concetti di diritto in generale, vale a dire uno Stato ideale, al modo come esso dev'essere secondo puri principi di diritto: la quale idea serve (interiormente) come filo conduttore (norma) ad ogni associazione reale intesa a formare un corpo comune. Ogni Stato contiene in sé tre poteri, vale a dire contiene la volontà generale unificata che si ramifica in tre persone (*trias politica*): il potere sovrano (o sovranità), che risiede nella persona del legislatore; il potere esecutivo, nella persona che governa (conformemente alla legge); e il potere giudiziario (che assegna a ciascuno il suo secondo la legge) nella persona del giudice (*potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*). Somigliano alle tre proposizioni di un sillogismo pratico: la premessa maggiore contiene la legge di quella volontà, la minore contiene il comando di comportarsi secondo la legge, vale a dire il principio della sussunzione delle azioni sotto di essa legge; e la conclusione contiene la sentenza, che decide che cosa è diritto nel caso di cui si tratta»<sup>21</sup>.

Si tratta di un processo le cui origini risalgono dietro nel tempo: già in Rousseau<sup>22</sup>, in modo assai più significativo che in Hobbes, si assiste al proces-

terminazione universale della volontà, quando esso sia oggettivo, cioè valido per la volontà di qualsiasi essere razionale (mentre, quando esso è soggettivo, cioè valido per la sola volontà del soggetto, costituisce la 'massima'). Con l'assoggettarsi della massima di ogni azione alla condizione di essere atta a divenire legge universale, si realizza la libertà, in quanto la volontà è determinata esclusivamente dalla ragion pura, indipendentemente da ogni impulso sensibile», G. Fassò, *Legge (teoria generale)*, in «Enciclopedia giuridica», cit., XXIII, pp. 783-793.

<sup>21</sup> I. Kant, *La metafisica dei costumi*, trad. it., a cura di G. Vidari, rivista da N. Merker, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 142.

<sup>22</sup> Esistono in commercio varie edizioni critiche dell'opera di Rousseau: tra le opere in lingua originale, è d'obbligo il riferimento alle *Œuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, a cura di B. Gagnebin et M. Raymond, Puf, Paris, 1959-69. Su Rousseau esiste una letteratura sterminata: ci limiteremo a citare i saggi più vicini, nel contenuto e nello spirito, alle tematiche qui affrontate. Cfr., in tal senso, G. Lanson, *L'unité de la pensée de J.-J. Rousseau*, in «Annales J.-J. Rousseau», 8, 1912, pp. 1-32; E. Cassirer, *Das Problem J.-J. Rousseau*, in «Archiv für Geschichte der Philosophie», 41, 1932, trad. it., *Il problema J.-J. Rousseau*, La Nuova Italia, Firenze, 1948; P. Léon, *Études critique*, in «Archives de Philosophie du droit et de Sociologie politique», nn. 3-4, 1934; 3-4, 1935; 3-4, 1936; 3-4, 1937; 1-2, 1938; R. Derathé, *Le rationalisme de J.-J. Rousseau*, Puf, Paris, 1948; Id., *J.-J. Rousseau et la science politique de son temps* (1950), trad. it., *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Il Mulino, Bologna, 1993; B. Groethuysen, *J.-J. Rousseau*, Gallimard, Paris, 1949; H. Gouhier, *Les méditations métaphysiques de J.-J. Rousseau*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1970; C. Salomon-Bayet, *Jean-Jacques Rousseau*, in F. Châtelet (a cura di), *Histoire de la philosophie. Idées, Doctrines*, vol. IV (1972), trad. it., *Storia della filosofia. La filosofia dell'Illuminismo*, vol. IV, Mondadori, Milano, 1999, pp. 98-136.

so di divinizzazione dello Stato: quando, infatti, il ginevrino sostiene che la democrazia “non è affare di uomini, ma di dei”, non ne sottolinea solo, in negativo, l’incompiutezza. L’unione politica, infatti, è concepita come un’associazione nella misura in cui i singoli, unendosi, mettendo in comune le proprie volontà, partecipano asinteticamente di un ordine sovraindividuale, che coincide con la *volonté générale*. Nello Stato e solo nello Stato, inteso come persona, l’uomo diviene partecipe dell’ordine divino, nella misura in cui ogni sua volizione lo rende partecipe di una sfera che lo trascende e lo supera nella direzione di un’assolutezza che è di per sé non-umana, perché divina: è nella misura in cui il potere supremo dello Stato si manifesta nella deliberazione pubblica come sintesi di volontà generale e forza pubblica che la vita sociale acquista effettività, conferendo statuto di verità alle stesse volizioni individuali. La soggettività politica partecipa a questa dimensione divina: la costituzione della *volonté générale* è tale che nel *moi commun* è il vero io del soggetto, depurato da ogni inclinazione empirica, a costituire il soggetto della volizione: ecco in che senso l’uomo pubblico, il *citoyen*, guadagna quella libertà e quell’uguaglianza di cui non aveva contezza nella dimensione privata e che lo riavvicina alla sua dimensione naturale. Per questo, nonostante autorevoli interpretazioni in senso contrario, la volontà generale vale come vera; opporsi ad essa vuol dire opporsi al libero dispiegamento della propria personalità: la facoltà di costringere, allora, si giustifica con l’argomento sulla cui scorta è lecito forzare un soggetto ad essere libero e razionale, ed è in virtù di quest’imperativo che il diritto di resistenza non trova spazio alcuno nella costruzione razionale dello Stato-persona<sup>24</sup>. La riflessione del ginevrino rende palese quanto il rapporto tra totalitarismo e democrazia sia più stretto di quanto normalmente si ritenga: questo nesso si stringe sul rapporto tra volontà dei più e volontà generale, dal momento che, nella prassi democratica, vige ‘normalmente’ il presupposto, sulla cui scorta la prima, puramente quantitativa, si determini nel quadro della seconda, altrettanto puramente qualitativa. *Mutatis mutandis*, siamo in presenza di un dispositivo di valorizzazione di una realtà che, colta sul versante empirico, non si presta necessariamente ad essere coniugata in senso valoriale: più volontà, notoriamente, non sono più forti di una, più intelligenze, non pensano meglio di una. La democrazia, però, nella misura in cui si fonda sulla rappresentanza, criterio, si noti bene, definito da molti più democratico di quelli che attribuiscono cariche pubbliche per nomina, costruisce un sistema di valorizzazione di stampo formalistico, in virtù

<sup>24</sup> Se è infatti vero, come sostiene Derathé, (*J.-J. Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, cit., p. 25) che «Il cittadino ha il dovere di ubbidire alla volontà generale, di cedere davanti ad essa, non perché rappresenta l’interesse comune o un interesse superiore, ma perché si è impegnato a farlo in virtù del contratto sociale», è altrettanto vero che tramite il contratto sociale si crea una totalità in cui il cittadino è libero nella misura in cui la volontà che esprime è anche la sua volontà, quale soggetto razionale.

del quale la volontà dei più ha, nelle deliberazioni pubbliche, valore di volontà generale, indipendentemente dal fatto risponde o meno ad esse. Certamente, nozioni come volontà generale e interesse generale sono, di per sé, di assai difficile determinazione, dal momento che confinano con concetti assai equivoci dal punto di vista semantico, come quello di bene. Al tempo stesso, però, possiamo ritenere pienamente lecita un’interrogazione sulla cui scorta indaghiamo le modalità di questa ‘transustanzione’ da fatto in valore, così pregnante nelle democrazie, il cui antecedente logico è da rinvenire nell’affermazione, che Rousseau reiteratamente ripropone, in virtù della quale “il sovrano è tutto ciò che deve essere”<sup>24</sup>. La sovranità, come perno della costruzione formale della personalità giuridica dello Stato, più che essere legata alla facoltà di imporre comandi e prescrizioni, concezione questa legata ad un immaginario imperativistico di cui la scienza giuridica si è separata, costituisce un’area nel cui ambito l’empirico si trasfigura, senza mediazione, in valore, sempre e comunque, indipendentemente dai suoi contenuti. La dialettica tra volontà generale e volontà particolare, se vuole essere intesa, la si deve inquadrare all’interno di questa concezione della sovranità come luogo simbolico di valorizzazione del dato; la stessa definizione di Rousseau, in virtù della quale: «Spesso c’è una grande differenza fra la volontà di tutti e la volontà generale; questa guarda solo all’interesse comune, quella all’interesse privato e non è che una somma di volontà particolari»<sup>25</sup>. Avverso ai processi di differenziazione economica e sociale interni alla società borghese così come all’individualismo nascente, critico del principio della divisione del lavoro, Rousseau si sperimenta nella fondazione teorica di quell’istituzione in cui il singolo sia “ad immagine e somiglianza” del sovrano, ossia, non sia affettato più dalla scissione tra ideale e reale, tra essere e dover-essere. In questo senso, generale sarà quella volontà in cui il singolo sperimenta un’organica ricomposizione di sé, nel cui ambito passività e attività, alienazione e disposizione sovrana di sé, si fondono in un’unità superiore, il cui luogo è l’io comune (*moi commun*).

Colta alla luce della generalità – ma il termine più pertinente sarebbe universalità – un’unione politica è un’associazione organica più che non una semplice aggregazione, perché mette i singoli in condizione di partecipare a quell’ordine eterno in cui la volontà generale vive integra: la radice filosofica dei requisiti di generalità e astrattezza della legge risiede su questo presuppo-

<sup>24</sup> «Ora, il corpo sovrano, essendo formato soltanto dai singoli che lo costituiscono, non ha né può avere interessi contrari ai loro; di conseguenza, il potere sovrano non ha alcun bisogno di dare garanzie ai sudditi, perché è impossibile che il corpo voglia nuocere a tutti i suoi membri; e vedremo in seguito che non può nuocere neanche ad alcuno di essi in particolare. Il corpo sovrano, per il solo fatto di essere, è sempre tutto ciò che deve essere» J.-J. Rousseau, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, trad. it. *Il contratto sociale o Principi di diritto politico*, I, VII, Feltrinelli, Milano, 2003, p. 84.

<sup>25</sup> *Ivi*, II, III, p. 97.

sto. La volontà dello Stato è sempre, per definizione, generale (in realtà, con maggiore pertinenza, si dovrebbe dire universale), e il problema, a questo punto, è quello, semplicemente, di garantire i termini in cui una deliberazione pubblica può essere colta nella cornice di questo riferimento valoriale, agganciandosi nel suo quadro di riferimento. Ma il riferimento delle pubbliche deliberazioni alla volontà generale risente di una notevole variabilità nel tempo: la storia degli uomini è storia della patologizzazione della volontà generale, che il filosofo non esclude; se la situazione si trasforma, se vengono meno le condizioni della corrispondenza, se ciò che emerge nelle deliberazioni pubbliche non è più la volontà ispirata all'universale, ma quella particolare, sia di singoli che di gruppi, lo Stato, come ordinamento giuridico, finirebbe di esistere *de jure*. Sarebbe, in altri termini un puro fatto: non potremmo distinguere da una qualsiasi associazione parziale, col risultato che l'obbedienza alla legge, il culto stesso della legalità, sarebbero sviliti al rango dell'osservanza di una mera regola sociale.

Resta il fatto, però, e questo è il punto di rilievo, che la sovranità è sempre e comunque l'area simbolica in cui il dato si configura come valore, indipendentemente da ciò che è: ne consegue, dunque, che, *de facto* la volontà dello Stato si imporrà sempre come generale ed astratta, avocando sempre e comunque a sé un principio di suvalenza etica nei confronti della regola sociale ed economica, obbligando i consociati all'obbedienza in virtù della sua superiore razionalità. Lo stesso reo, infatti, non potrebbe essere punito in quanto tale: chi può dire che il comportamento del più è 'normale', laddove quello del reo è da punire? Colui che trasgredisce la legge può e deve essere punito nella misura in cui la sua volontà non è razionale come quella della legge; l'uso della forza si giustifica perché lo Stato può costringere il cittadino ad essere libero, rimuovendo quegli ostacoli, cognitivi o materiali, che hanno fatto sì che una volontà particolare si installasse nel cuore del soggetto, determinandone l'errore. La matrice teorica della rieducazione penitenziaria può essere rinvenuta proprio in un'area in cui ciò che muove il reo è l'errore da emendare alla luce di una razionalità superiore, che è quella dello Stato: ancora una volta, questo dispositivo presuppone aprioristicamente che lo Stato stesso incarni quell'universalità in grado di renderlo efficace. Se ciò non accade, tutta una serie di *topoi* della vita istituzionale restano sottoposti ad un vero e proprio "atto di fede", in cui il singolo è sottoposto ad un *aut-aut* che lo investe di un'interrogazione a tutti gli effetti relativa alla sua sostanza morale, che determinerà il suo destino, senza possibilità di ritorno. Dovrà paralizzarsi come entità empirica, per continuare a cogliere in quell'istituzione di cui è parte ancora un'universalità dispiegata, rimettendoci "di tasca sua" attraverso un atto di fede, oppure sceglierà la "via più breve", quella dell'adeguamento soggettivo ad un agire politico-istituzionale che ha smarrito la dimensione dell'universale.

Mentre, però, in Rousseau, è ancora chiara la dinamica attraverso la quale da un aggregato empirico (lo Stato-nazione) si costituisce entità politica, quale collettore della *volonté générale*<sup>26</sup>, essendo ancora ben presenti i rischi che questo trasferimento 'manchi' e che la volontà del più non viva in quella cornice legittimante che è la volontà generale, in Kant<sup>27</sup> l'aggregazione politica supera a piè pari la dimensione empirica, situandosi sempre e comunque in un'area valorizzata, attraverso il ricorso alla dimensione del trascendentale: in questo senso, la sovranità, declinata come in Rousseau come quel luogo in cui il dato si trasforma in valore, è a tal punto ritenuta eccedente la costituzione materiale, che un'indagine sulla sua origine e sul suo fondamento è da considerarsi addirittura empia. È in questi termini che Kant assolutizza il potere,

<sup>26</sup> Per una precisa ricostruzione della risposta polemica di Constant alla costruzione totipotente della *volonté générale* di Rousseau, cfr. G. Acocella, *Paradigmi della legalità*, in *La legalità ambigua*, a cura di G. Acocella, Torino, 2013, p. 12 ss.

<sup>27</sup> Sul rapporto tra Rousseau e Kant, cfr., a titolo introduttivo: E.Ph. Barthel, *Die Wurzeln der Ethik in Rousseaus Glaubensbekenntnis*, in *Actes du XIe Congrès International de Philosophie*, Bruxelles, 1953 (Amsterdam-Louvain, 1953), XIII (*Histoire de philosophie moderne et contemporaine*), pp. 110-18; B. Burgelin, *L'idéalisation kantienne*, in «Tijdschrift voor Filosofie», LV, 1993, pp. 293-305; V. Delbos, *La philosophie pratique de Kant*, in «Revue de Métaphysique», 1903, pp. 115-120; K. Dietrich, *Rousseau und Kant*, Freiburg, 1909; K. Vorländer, *Kant und Rousseau*, in «Neue Zeit», 1919, n. 2; G. Gurvitch, *Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten*, in «Kant-Studien», XXVII, 1922, pp. 138-64; H. Höffding, *Rousseaus Einfluss auf die definitive Form der Kantischen Ethik*, in «Kant-Studien», II, 1899, pp. 11-21; A. Illuminati, *Jean-Jacques Rousseau*, La Nuova Italia, Firenze, 1975; pp. 41-59; I. Kajon, *Rousseau e Kant. Intorno ad alcune interpretazioni del '900*, in «Bollettino bibliografico per le scienze morali e sociali», nn. 33-36, 1976, pp. 52-94. Per un'introduzione alla filosofia del diritto e dello Stato in Kant, cfr. A. Altmann, *Freiheit im Spiegel des rationalen Gesetzes bei Kant*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1982; Z. Batscha (a cura di), *Materialen zu Kants Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976; J. Berkemann, *Studien über Kants Haltung zum Widerstandsrecht*, Karlsruhe, 1974; N. Bobbio, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Torino, 1969; R. Brandt (a cura di), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1982; P. Burg, *Kant und die französische Revolution*, Berlin, Duncker und Humblot, 1974; M.A. Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981; H.-G. Degau, *Die Apotien der Rechtslehre Kants: 1762-1780*, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1983; F. Gonnelli, *La filosofia politica di Kant*, Laterza, Roma-Bari, 1996; S. Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, J. Vrin, Paris, 1975; O. Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion*, Castella, Albeville, 1985; Id., *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001; K.H. Ilting, *Der naturalistische Fehlschluß bei Kant*, in M. Riedel (a cura di), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Rombach, Freiburg, 1972-1974; *La philosophie politique de Kant, Annales de Philosophie politique de l'Institut International de Philosophie politique*, 4, Puf, Paris, 1962; F. Kaulbach, *Studien zur späten Rechtsphilosophie Kants und ihrer transzendentalen Methode*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 1982; D. Losurdo, *Autocensura e compromesso nel pensiero politico di Kant*, Bibliopolis, Napoli, 1983; A. Philonenko, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, J. Vrin, Paris, 1976; C. Ritter, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971; U. Pomarici, "Un'arte divina". *Il diritto fra natura e libertà nella filosofia pratica kantiana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004; G. Solari, *Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1939.

delegittimando finanche il diritto di resistenza, spingendosi lì, dove neanche Hobbes aveva osato: «Non può esser contenuto nella costituzione nessun articolo che renda nello Stato possibile a un potere di opporsi a colui che possiede il comando supremo nel caso che questi trasgredisca le leggi costituzionali: che renda dunque possibile limitare il potere. Infatti, colui che deve limitare la potenza dello Stato deve possedere di più o almeno altrettanta potenza di colui che è limitato, e, quale un comandante legale che comandi ai sudditi di opporsi, egli deve anche proteggere e giudicarli in modo giuridicamente valido in ogni caso che gli si presenti, e quindi poter comandare pubblicamente la resistenza. Ma allora non è quello, ma questo il supremo detentore del comando, il che è contraddittorio»<sup>28</sup>.

Ancora in linea di continuità con Rousseau, l'obbligo giuridico tende a configurarsi eticamente, sino a fare dell'obbedienza un'entità astratta dalle condizioni in cui matura, dai rapporti di forza nel cui ambito si struttura: il soggetto non risponde più nell'ambito di una relazione governante-governato, ma è vincolato ad una struttura universale, in cui ne va del suo 'vero' io, e non della sua determinazione empirica. Nelle *Osservazioni esplicative* – per il cui tramite risponde alle critiche dei suoi critici dopo la pubblicazione della *Metafisica dei costumi* – Kant rende esplicito, nel diritto pubblico, l'esistenza di un imperativo categorico così costruito: «Obbedite (in tutto ciò che non è contrario al senso morale interno) all'autorità che ha potere sopra di voi»<sup>29</sup>. Questo principio è giustificato, nelle pagine precedenti, ricondotto com'è alla differenza tra *littera* e *anima pacti originari*, ossia, tra la sua lettera e la sua struttura trascendentale, che ne costituisce lo spirito. Così, sarebbe impossibile realizzare «una riforma graduale e senza principi»<sup>30</sup>, se non esistesse una regola sovraempirica in grado di fissare i limiti dell'azione nella sfera pubblica, riattualizzando lo spirito di quel contratto originario che «contiene l'obbligazione per il potere costituente di adattare a quell'idea il modo di governo»<sup>31</sup>, dando la misura di ogni trasformazione possibile. Ma, in realtà, Kant si spinge ben oltre nel configurare l'insindacabilità empirica dell'ordinamento; infatti: «L'origine del potere supremo è per il popolo, che sta sotto di esso, imperscrutabile dal punto di vista pratico, cioè il suddito non deve sofisticare attivamente intorno a quest'origine, come se si trattasse di un diritto dubbio rispetto all'obbedienza, che ad esso si deve (*ius controversum*). Siccome infatti il popolo, per giudicare con forza legale intorno a questo potere supremo dello Stato (*summum imperium*), deve già avere il carattere di una associazione stabilita sotto una volontà legislatrice generale, esso non può e non deve giudica-

<sup>28</sup> I. Kant, *Metafisica dei costumi*, cit., pp. 273-74.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 193.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 195.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 175.

re altrimenti da come vuole il sovrano attuale dello Stato (*summum imperans*). Se in origine un reale contratto di sottomissione al potere (*pactum subiectionis civilis*) sia stato il fatto iniziale oppure se il potere abbia preceduto e la legge sia venuta soltanto in seguito, o in qualsiasi modo esso abbia potuto stabilirsi, questi sono per il popolo, che sta già sotto leggi civili, sofismi affatto privi di scopo, ma che però minacciano di pericolo lo Stato; perché, se il suddito che è venuto a capo dell'origine su questa remota origine, volesse opporsi all'autorità attualmente regnante, sarebbe secondo le leggi di quest'autorità e cioè con pieno diritto punito, messo a morte o (come fuori dalla legge, *ex lege*) colpito di bando. Una legge che è così santa (così inviolabile), da essere già un crimine il metterla dal punto di vista pratico anche soltanto in dubbio epperò sorprendente per gli effetti per un momento solo, è rappresentata come se dovesse derivare non da uomini, bensì da qualche legislatore sommo e incensurabile, e questo è il significato della frase: "Ogni autorità viene da Dio"; la quale esprime non un fondamento storico della costituzione civile, ma un'idea come principio pratico della ragione: si deve obbedire al potere legislativo esistente, qualunque possa esserne l'origine»<sup>32</sup>.

Rimossa la *pudenda origo* dell'ordinamento, umana, troppo umana, giustificata (qui nel senso etimologico di "ricondotta al giusto") la sua costituzione materiale, la filosofia trascendentale conclude il suo sviluppo interno, congiungendosi in armoniosa sintesi con quella sfera ideale, dalla cui noetica sospensione pure aveva preso le mosse; la legalità si costituisce come elemento potente nella costruzione della legittimità del potere; così, nell'obbedienza, ne va della razionalità del soggetto, che deve inquadrare la sua azione nel rispetto delle condizioni a priori della convivenza; in modo del tutto conseguente, la resistenza, che è l'altra faccia dell'obbligo giuridico, non si configura più come opposizione ad un rapporto di forza particolare, quanto, piuttosto, quale negazione dei presupposti razionali dell'esistenza della comunità stessa. Tutta una serie di dogmi dello Stato di diritto vengono riletti alla luce del loro conferimento di una razionalità filosofica: è questo il caso della legge, considerata espressione della volontà generale, della tripartizione dei poteri, della sottoposizione del giudice alla legge, della non-irretroattività della legge penale, dell'autorevolezza e non dell'autorità del precedente<sup>33</sup>. Le condizioni a priori che

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 149.

<sup>33</sup> La sottoposizione del giudice alla legge, che da Montesquieu nello *Spirito delle leggi*, è semplicemente constatata senza essere elevata a regola, è legittimata sulla scorta della considerazione che la volizione del giudice è singolare, mentre la legge, "verbo perfetto di Dio" disciplina la cittadinanza, essendo generale ed astratta. La crisi della legalità, però, impone che la maggior parte delle leggi, pur non essendo nella realtà generali ed astratte, ciò nonostante, mantengono il loro statuto di superiorità. La legge si legittima come generale, ma non ripaga con la stessa moneta: la credenza nella legittimità dell'ordinamento, allora, consente di superare lo iato che si genera nel momento in cui dogmaticamente si sostiene che la legge "è sempre quello che dovrebbe essere", anche quando i fatti evidenziano come manchi del suo requisito 'essenziale'.

rendono possibile la convivenza e la costituzione della comunità sono immaginate come essenziali, senza che di ciò se ne abbia verifica empirica; inoltre, ciò che rileva è che anche l'azione interna ai quadri della legalità è considerata razionale perché rispettosa dei fondamenti del vivere civile. Si tratta della declinazione kantiana dell'identificazione di legalità e legittimità. Dunque, l'azione del politico, del funzionario, del rappresentante delle forze dell'ordine, in quanto legali, sono legittime, in quanto espressione della facoltà attiva di un soggetto razionale, in grado di rendere effettuale un'universalità incarnata. Stante le differenze, il criticismo spiana le porte all'idealismo, che vede nello Stato un momento essenziale del "progresso di Dio nel mondo".

Se la critica si è spesa spesa nel contrapporre il Kant illuministicamente entusiasta della Rivoluzione al Kant assolutista, si avvalorava sempre sempre più quella critica che tende a cogliere il nesso indissolubile tra i due momenti della costruzione kantiana del fenomeno giuridico, in un modo che è esattamente speculare a quanto ha luogo in sede teoretica. La filosofia del trascendentalismo, colta dal punto di vista dei suoi esiti controfattuali, conferisce, con ricadute ideologiche, sostanza e spessore agli atti di percezione e conoscenza la cui esistenza si giustifica per il tramite di strutture razionali, che di fatto conferiscono ai fenomeni statuto di razionalità. L'originaria negazione di ogni accesso conoscitivo alla "Cosa in sé" (*Dinge an sich*) perde progressivamente di spessore, nell'ambito di un generale, seppur indiretto, conferimento di valore alla capacità del soggetto di rendere esperibile, quale soggetto autonomo e libero, il mondo.

L'ossessione kantiana – volta a costruire l'esperienza, giuridica e non, sulla base dell'autonomia del soggetto e della ragione di fronte a quell'inclinare, prodotto dall'interazione del soggetto stesso con la sfera empirica<sup>34</sup> – è tale che il formalismo non resiste al ritorno di quelle forze, ideali e materiali, da cui aveva inteso con determinazione immunizzarsi: la dimensione normativa, inquadrata unilateralmente alla luce di categorie astratte, finisce per scindersi nell'apologia dello stato di fatto, e, conseguentemente, della forza da un lato, e, dall'altro, nel conferimento di valore, squisitamente eticizzante, del diritto esistente: la specificità del fenomeno, in quanto tale, si smarrisce, e la categoria giuridica non viene inquadrata unitariamente.

Ora, non è eccessivo sostenere come questa tendenza a conferire valore a

<sup>34</sup> Assolutamente esplicitativo, sin dal suo esordio, il testo di Kant. L'incipit dell'*Introduzione alla metafisica dei costumi*, infatti, sin dalle prime battute definisce la facoltà di appetire come funzione attiva, virtualmente indipendente dall'oggetto con cui è relazione intenzionale. Il soggetto deve essere concepito alla luce della categoria di attività, quale produttore delle proprie rappresentazioni, nonché conformemente ad esse agente: «La facoltà di appetire è la facoltà di essere, per mezzo delle proprie rappresentazioni, causa degli oggetti di queste rappresentazioni stesse. La facoltà di agire conformemente alle proprie rappresentazioni si chiama la *vita*», I. Kant, *La metafisica dei costumi*, cit., p. 11.

rapporti di fatto trapassi per intero nella dottrina giuspubblicistica dominante nel '900, quella tedesca, che ruota tutta intorno al concetto di *Herrschaft*, di dominazione: il problema che la dottrina del diritto pubblico si pone agli inizi del secolo scorso è quello della giuridificazione dei rapporti di assoggettamento, cui la pletora degli argomenti formalisti offre argomenti importanti. Il contributo di autori come Gerber, Laband e Jellinek consiste, per l'appunto, nel personificare l'istanza dominante, al fine di poter imputare atti tesi all'instaurazione di rapporti impari allo Stato-soggetto di diritto. Nei rapporti di diritto pubblico, in altre parole, pur essendo in opera una volontà particolare, essa deve caratterizzarsi come giuridica per poter distinguere rapporti di diritto pubblico da rapporti di diritto privato. In questo senso, il diritto è concepito come un sistema di "volontà potenziali", nel cui ambito l'ineguaglianza di fatto deve essere sussunta e trasvalutata in eguaglianza di diritto: Gerber, per primo, fa propria la lezione della Pandettistica di Puchta e del costruttivismo, regolando il sistema delle differenze concrete attraverso l'astrazione: compito della giuspubblicistica tedesca è quello di formalizzare giuridicamente il dominio, traducendolo in rapporti di diritto. È poi con Georg Jellinek<sup>35</sup> che que-

<sup>35</sup> L'opera che dà al giurista tedesco Georg Jellinek rapidamente larga fama è il *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892); trad. it., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912, nel quale affronta il problema della natura dei diritti pubblici soggettivi. Tra le altre sue opere: *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878; *Das Recht des modernen Staates*, di cui fu pubblicata solo la *Allgemeine Staatslehre* (1910), la cui terza edizione (Berlino 1914) è tradotta in italiano, con il titolo *La dottrina generale del diritto dello Stato*, a cura di M. Petrozziello, con una *Introduzione generale* di V.E. Orlando, Società Editrice Libreria, Milano, 1949. Per un inquadramento storico-ricostruttivo del testo di Jellinek, cfr., M. Stolleis, *Georg Jellineks Beitrag zu Leben und Werk*, in S.L. Paulson, M. Schulte (a cura di), *G. Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Verlag Mohr-Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 103-116, così come D. Kelly, *Revisiting the rights of man: Georg Jellinek on rights and the State*, in «Law and History Review», XXII-3, 2004, pp. 493-529. Per l'esposizione completa della posizione filosofica di Jellinek nei confronti di Rousseau si consideri come riferimento essenziale il suo *Die Politik des Absolutismus und die Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Verlag von O. Häring, Berlin, 1906, vol. II. Per quanto riguarda la questione del rapporto tra sovranità politica e limitazione giuridica del potere, ci limitiamo a segnalare, circoscrivendo l'indagine alle pubblicazioni in italiano: G. Valera, *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello Stato nel pensiero di Georg Jellinek*, in R. Gherardi, G. Gozzi (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 53-118; C. Roherssen, *Il diritto pubblico verso la «teoria generale»*: G. Jellinek, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», VI, 1976, pp. 293-317; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979; M. La Torre, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XII-1, 1982, pp. 79-116; Id., *La lotta del 'nuovo' contro il 'vecchio': Georg Jellinek pensatore della modernità*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 27, 1998, pp. 117-49; S. Mezzadra, *Dalla necessità all'occasionalità del positivo. Figure della giuspubblicistica tedesca da Savigny a Jellinek*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII-1, 1997, pp. 53-88; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 47 ss.

sta linea giunge a maturazione, trovando traduzione formale la superiorità giuridica dello Stato sulla sua costituzione empirica – superiorità che si esercita all'interno della sfera legale – per il tramite di una struttura di qualificazione valoriale, le cui coordinate coincidono con l'esistenza materiale dell'ordinamento stesso, che finisce per assumere i connotati di una struttura di qualificazione, tale da vincolare, contemporaneamente, gli organi dello Stato e i cittadini. Si tratta di rendere possibile l'identificazione tra sovranità ed assoggettamento: in questo senso, la dottrina dell'autolimitazione della sovranità dello Stato va inquadrata come un'ulteriore figura di quello Stato di diritto. Per il suo tramite, la sua legittimazione riposa sulla subordinazione dell'ordinamento giuridico allo Stato, quale prodotto di un suo gesto di autolimitazione, movimento ancora di ascendenza teologica, del tutto simile al conferimento di statuto di autonomia al creato, in virtù di un'onnipotente espressione di volontà del creatore. Lo Stato, prodotto di un processo di qualificazione di cui è investito in virtù di quell'ordinamento giuridico che è, a tutti gli effetti, suo prodotto, è considerato dal giurista tedesco alla stregua di una persona giuridica, soggetto della potenza pubblica, che si costituisce come un vero e proprio diritto soggettivo.

Lo Stato, dunque, in Jellinek è in posizione tanto di sovrano che di soggetto, anzi, diremo meglio, è sovranamente in posizione di soggetto: innanzitutto, è pienamente titolare del diritto di determinarsi sempre sulla base della sua stessa volontà, determinando, in tal modo, l'estensione della sua azione e quella dei soggetti subordinati, creando un diritto oggettivo, senza che la sua volontà possa essere diretta, dall'esterno, da nessun'altra volontà. Questo stesso Stato-sovrano, detentore della *Herrschaft* come diritto soggettivo, ha il potere di imporre a se stesso una limitazione, il cui fondamento ultimo riposa, in ultima istanza, sulla sua stessa volontà. Nell'atto di sottomettersi al proprio ordinamento oggettivo, non è limitato che da se stesso; in tal senso, lo Stato liberale di fine '800-inizi '900 è figura del *Rechtsstaat*, in quanto limitato dall'ordinamento giuridico, la cui struttura doveristica qualifica l'azione del soggetto, denaturalizzandone forme e contenuti, iscrivendola in quello spirito vivente, che non è esagerato paragonare all'ombra di Dio, proiettata sulle umane vicende.

È alla luce di questa struttura formale, che sottrae il singolo all'apparente domesticità della sua dimensione privata per porlo a contatto con quell'universale dispiegato che è lo Stato, che la dimensione legalistica costituisce momento di legittimazione dello *Staatsrecht*. Nella misura in cui il rapporto tra Stato e diritto finisce per coincidere con quello, di natura schiettamente teologica, tra l'onnipotenza di Dio e la potenza delle leggi che ordinano il mondo, rendendo quest'ultimo intellegibile, la dottrina giuspubblicistica tedesca si allinea alle posizioni dello *Staatsrecht*, sostenendo la necessaria sottomissione della sovranità all'ordinamento oggettivo che da essa promana. Lo Stato stes-

so, in questo senso, diviene, quale soggetto della pubblica potestà, giustiziabile di fronte a terzi, in linea di principio al pari di un semplice cittadino: e se è vero che, di fatto, lo Stato ha il potere di modificare l'ordinamento oggettivo, modificandolo tanto dal punto di vista formale quanto dal punto di vista sostanziale, è altrettanto vero che l'esercizio legale del potere è legittimato, dall'esterno, da un atto (si badi bene, volontario), di sottomissione del potere a se stesso.

L'esercizio della legalità, dunque, nella giuspubblicistica tedesca, ma soprattutto in Jellinek, non può non essere inquadrato in quella particolare declinazione della legittimità sulla cui scorta, da un lato, l'efficacia è mediata dalla normatività quale dimensione qualificante i comportamenti, in grado di sottrarli cioè alla dimensione materiale dell'interesse<sup>36</sup>, mentre, dall'altro, la volontà dello Stato non si determina se non per se stessa, ragion per cui la sua limitazione rafforza e non limita la sua sovranità. L'autolimitazione dello Stato, quale declinazione della categoria di autonomia in sede giuspubblicistica, allora, si configura come l'approdo della scienza giuridica moderna, laddove essa perviene alla fissazione di nuclei di valore astratti da una dimensione empirica che, nonostante le intenzioni degli autori, lungi dal svuotarsi di senso, si sostanzializza attraverso l'astrazione formalizzante.

Il movimento di costruzione della sfera legale all'interno di un meccanismo di legittimazione più complessivo giunge a piena maturazione con Max Weber: sarebbe un errore considerare il rapporto tra legalità e legittimità, per l'enunciazione del quale il sociologo tedesco è passato alla storia, un truismo<sup>37</sup>, un'ingenua identificazione. Visto dal punto di vista del valore ideale, colto il diritto dal punto di vista del dover-essere ideale, la legalità, semplicemente, assorbe solo apparentemente in sé la problematica della legittimità, in virtù del quale la dimensione normativa diviene, nella sua immediatezza, fatto<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Il predominio dell'ideologia statualistica è tale che per Jellinek la sociologia come *corpus* disciplinare riposa sulla teoria dello Stato; lo stesso Weber risulta profondamente influenzato da quest'impostazione, riconoscendone l'ispirazione rispetto ad una serie di problemi che il giurista tedesco aveva affrontato nella sua opera: «il ripudio del pensiero naturalistico e dogmatico per i problemi di metodo nel *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, la formulazione del concetto di dottrina sociale dello stato per la chiarificazione dei fluttuanti compiti della sociologia, la dimostrazione dell'esistenza di influssi religiosi nella genesi dei "diritti dell'uomo" per l'investigazione del fattore religioso in ambiti dove, in prima istanza non se ne supporrebbe la presenza», Marianne Weber, *Max Weber. Una Biografia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 484.

<sup>37</sup> È questa la posizione di Passerin D'Entreves, secondo il quale la legalità «apertamente o copertamente finisce per assolvere proprio a quella funzione alla quale assolveva, in passato, il principio di legittimità», *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 1307-08.

<sup>38</sup> Va in questa direzione la lettura di Carl Schmitt, per il quale (*Legalität und Legitimität*, Leipzig-München, 1932, trad. it., *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 218): «La 'legalità' ha qui proprio il senso e il compito di rendere superflua e di eliminare tanto la legittimità (del monarca come anche della

Còlto dal punto di vista dell'essere, però, quella stessa dimensione normativa finisce per elevarsi al livello e alla dignità di valore, costituendosi come legittima, indipendentemente dai suoi contenuti<sup>39</sup>. In Weber, quest'ultima dimensione è assolutamente presente: lo studioso tedesco impenna la sua trattazione, centrandola sulla legittimità quale struttura qualificativa dei comportamenti, propria del diritto investito di una struttura qualificativa, come *Sollen*, che situa la sua riflessione in una posizione che, per questo come per molti altri versi, è in stretta continuità con Kant da un lato, con Jellinek dall'altro<sup>40</sup>. In Weber, la dimensione legalistica del potere non può essere che considerata contestualmente alla legittimazione complessiva dell'ordinamento<sup>41</sup>, se è vero che la razionalità borghese tende a ridurre la legittimità a legalità, ciò ha luogo anche nella misura in cui quest'ultima, assicurata ad un movimento com-

volontà popolare) quanto ogni autorità fondata su se stessa o su un'autorità superiore. Se in questo sistema vengono ancora impiegati termini come 'legittimo' o 'autorità', essi valgono solo come espressione della legalità o derivano da essa».

<sup>39</sup> «Da qui l'ambiguità del fenomeno giuridico, come suol dirsi: visto dalla sfera morale o ideale appare come un che di positivo e solo come una positività può da quella durevolmente separarsi, visto invece dalla sfera economico-materiale appare come un ordinamento del reale e dunque come una sfera ideale. Si può ben dire – con le parole di Kelsen – che, osservato dal punto di vista della eticità il diritto opera come un *essere*, osservato dalla sfera della materialità esso opera come un *dover-essere*», U. Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1962, cit., p. 39.

<sup>40</sup> Pertinente l'osservazione di Ciaramelli (*Dal consenso alla legittimazione. Le vicissitudini della servitù volontaria di ieri e oggi*, in F. Ciaramelli, U.M. Oliveri, *Il fascino dell'obbedienza. Servitù volontaria e società depressa*, Mimesis, Milano, 2013, p. 58): «Alla stregua della moralità kantiana, la nozione weberiana di obbedienza si radica nell'interiorità delle convinzioni ideali dell'agente, mentre la disciplina o sottomissione differiscono dall'obbedienza perché si limitano all'orizzonte puramente esteriore dell'osservanza giuridica».

<sup>41</sup> Sulla definizione del rapporto tra legalità e legittimità in Weber, cfr. W. Lübke, *Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und seiner Kritik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991; J. Winkelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Mohr, Tübingen, 1922; W.J. Mommsen, *Max Weber und die deutsche Politik 1890-1920*, (1974), trad. it., *Max Weber e la politica tedesca*, Il Mulino, Bologna, 1993; F. Loos, *Zur Wert und Rechtslehre Max Webers*, Mohr, Tübingen, 1970; F. W. Stallberg, *Herrschaft und Legitimität*, Meisenheim am Glan, Anton Hain, Meisenheim, 1975; D. Käsler, *Revolution und Veralltäglicung*, Nymphenburger Verlagshandlung, München, 1977. Così, il principio dello Stato di diritto, imperniato sul primato politico della volontà generale, intesa come costante, se non perpetua «[...] non solo costituisce un ulteriore legame con la legalità nella sua valenza democratica, ma proprio questa costanza di rapporto può impedire alla legalità (in funzione legittimante) di ridursi a valore vuoto. Il che risulta del resto già in Weber, la cui legalità non si connette ad un sistema qualsiasi, ma a quello specifico dello Stato di diritto "caratterizzato da certi requisiti giuridico-formali atti a limitare l'arbitrio e a garantire una sfera di libertà individuale. Non si tratta allora di rinvio ad una formula vuota che può riempirsi di qualsiasi contenuto (o addirittura di nessun contenuto) ma ad un concetto che è già in sé valore e come tale può fungere da criterio di legittimazione», L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, cit., p. 2. Sul punto in questione, stimolanti le riflessioni di S. Castignone, *Legalità, legittimità, legittimazione*, cit., pp. 23-26.

plexivo che è intrinseco alla razionalizzazione borghese, assume valore di vettore di qualificazione dei comportamenti<sup>42</sup>.

Vediamo in che termini: innanzitutto, va ribadito come il processo di razionalizzazione complessiva del mondo giuridico occidentale sia còlto da Weber sulla base di una distinzione fondamentale, quella tra potere personale e impersonale da un lato, tradizionale e razionale dall'altro, nel cui ambito il principio di legalità soppianta, progressivamente, il principio di reverenza<sup>43</sup>. Sarebbe, però, un errore dedurre da questa costruzione teorica che procede per successioni tipologiche, che la legalità borghese si sviluppa erodendo la legittimità del potere, la quale resta sempre elemento fondamentale nella caratterizzazione sociologica del potere. Ciò che si contrappone al concetto di legalità non è il concetto di legalità materiale dell'attività dello Stato; i limiti imposti dall'ordinamento all'attività legislativa, i limiti che la legislazione pone all'amministrazione, il carattere generale della legge e la divisione costituzionale dei poteri sono di pertinenza del principio formale dello Stato di diritto<sup>44</sup>, opponendosi al principio materiale dello Stato di diritto stesso, inclusivo, a sua volta, della libertà come autodeterminazione dei popoli, nonché dell'uguaglianza come valutazione uguale, non arbitraria dell'interesse di tutti. Definito lo Stato razionale «un'associazione istituzionale di detentori – scelti secondo regole determinate – di determinati imperia parimenti delimitati all'esterno da regole generali di divisione dei poteri, i quali, nello stesso tempo, incontrano tutti i limiti interni alla legittimità del loro potere di comando, per effetto di una limitazione di poteri statuita»<sup>45</sup>, appare con chiarezza che le limitazioni interne non si palesano in modo esclusivo nel fatto che il detentore del potere può esercitarlo solo entro i limiti della statuizione. Nell'ambito della statuizione positiva, però, si pongono limiti legati a principi fondamentali anche materialmente connotati, in virtù dei quali si può creare la credibilità della sua legalità, che sola ne fonda la legittimità.

<sup>42</sup> Ci sentiamo in questo senso di non condividere la posizione di Cotta, per il quale, dall'opera di Weber si dovrebbe dedurre come (*Phénoménologie de la Légitimité*, cit., p. 63): «Autrement dit, le terme de légitimité sert à caractériser certains phénomènes politiques et sociologiques d'un passé révolu – et par là donc il peut être encore utilisé en tout discours historique et sociologique se référant à ce passé. Mais il n'a plus de signification propre et autonome dans tout discours se référant à la situation actuelle de notre civilisation, qui ne connaît que la notion de légalité».

<sup>43</sup> In questo senso, il potere burocratico è investito di una precisa funzione storica, quella di mettere in discussione quanto di personalistico vive nelle concezioni tradizionali, fondate sull'autorità.

<sup>44</sup> Per una ricostruzione delle coordinate storiche dello Stato di diritto, cfr. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 89-170.

<sup>45</sup> M. Weber, *Economia e società*, vol II, cit., p. 11.

### 3. La legalità alla prova della "rivolta contro il formalismo"

La dimensione legalistica dell'obbligo rileva solo ed esclusivamente alla luce del conferimento di senso, prodotto dalla comprensione del fenomeno normativo, alla luce della convinzione dei soggetti nella legittimità: la legalità, in questo senso, risulta a tutti gli effetti fondativa di una dimensione di assoluto rilievo nella definizione del potere, chiamando in causa il diritto come struttura di valorizzazione, nel cui alveo si riprende la concettualizzazione kantiana, in virtù della quale il dover-essere è struttura qualificativa e i comportamenti, e l'obbligo è fenomeno sottratto ad ogni caratterizzazione empirica. Alla luce della persuasione soggettiva nella legittimità del potere, di natura inequivocabilmente psicologica, l'obbedienza in uno Stato di diritto attesterà non dell'asservimento interessato, quanto dell'autonomia del soggetto: che poi la legittimità stessa negli stati liberali coevi al sociologo si strutturò come ottemperamento della legalità, ciò non inficia il tenore complessivo del discorso. «La 'legittimità' di un potere può naturalmente essere considerata soltanto come la possibilità che esso sia ritenuto tale in una misura rilevante, e che da ciò derivi una corrispondente azione pratica. Non è affatto vero che ogni disposizione a obbedire a un potere sia orientata in modo primario (o soltanto anche generalmente) in base a questa credenza. La disposizione a obbedire può essere simulata dal singolo o da interi gruppi soltanto per motivi di opportunità, può essere assunta inevitabile per debolezza e bisogno di protezione. Tutto questo non è però decisivo per la classificazione di un potere. È decisivo invece il fatto che la sua propria pretesa di legittimità 'valga' a seconda del 'tipo' in una misura rilevante, garantendo la sua sussistenza e insieme determinando la specie dei mezzi di potere prescelti. Un potere può inoltre – e questo è un caso frequente in pratica – essere assicurato in modo così assoluto dalla evidente comunità di interessi tra il signore e il suo apparato amministrativo, (guardie del corpo, pretoriani, guardie 'rosse' o 'bianche') nei confronti dei sudditi, e dalla mancanza di difesa di questi, che esso può perfino fare a meno della pretesa di 'legittimità'»<sup>46</sup>. Questo importante e per certi versi celebre passaggio, non manca di una sua precisa struttura interna: non solo si declinano contenuti e modi, ma obbedienza e potere vengono specularmente caratterizzati per la possibilità di sollevarsi da una dimensione caratterizzata empiricamente, per qualificarsi come fenomeni investiti di un processo di significazione, che in qualche modo li sublima, facendoli partecipare di una dimensione che, a tutti gli effetti, è quella di un rapporto in cui è in gioco la dimensione del valore: assistiamo, in altri termini, ad una spiritualizzazione tanto del potere quanto dell'obbedienza. È dunque in questi termini che Weber, da sociologo, definisce nella loro relazione alla legittimità il potere e l'ob-

<sup>46</sup> *Ivi*, vol. I, p. 209.

bligazione giuridica e politica alla stregua di fenomeni strutturati in un rapporto che non è di natura empirico-fattuale, in grado, quindi, di rispondere ad un'interrogazione che investa la questione della loro *quidditas* giuridica.

Per Weber, infatti, la sociologia non è osservazione semplicemente 'esterna' di realtà colte dal punto di vista empirico, quanto, piuttosto, analisi di un agire che si qualifica per il suo essere intenzionato, e che, in questo caso, si orienta nella direzione della giuridicità del potere: in questo senso, il semplice punto di vista fenomenico non rileva, rivestendo, piuttosto, importanza la modalità soggettiva, per il tramite della quale un qualsivoglia atto di significato soggettivo viene riportato alla dimensione del significato, situandosi così rispetto alla dimensione del valore. Potere e obbedienza non sono, in sé, altro che vuoti segni, privi di connotazione, se visti indipendentemente dal significato loro attribuito dagli attori sociali, qualificandosi in modo radicalmente diverso ove colti o meno intenzionalmente e inquadrati alla luce della dimensione della legittimità. In particolare, è valorizzato quel potere che si differenzia significativamente dall'uso della bruta forza in virtù della sua capacità di sollevarsi da una dimensione fattuale, e quindi di rispondere del suo apparato normativo non solo sul piano della fattualità, del *quid facti*, ma anche del *quid juris*, e che, per questo è percepito psicologicamente come legittimo. Allo stesso e identico modo, l'obbedienza finisce per iscriversi nell'eticità, ponendo se stessa in una significativa distanza dalla tendenza mimetica al gregarismo, ove in grado di porsi in relazione non fattuale, orientata dall'interesse, bensì intenzionata sotto le coordinate della credenza – si badi bene, pur sempre soggettiva e quindi confinata ad una dimensione che è empirica – nella legittimità di quel potere. In altri termini, in questa costruzione, che è di stampo squisitamente formalistico-trascendentale, dal momento che l'attenzione è rivolta alla esistenza del requisito formale della dimensione legittimante del potere indipendentemente dai suoi contenuti, un elemento di natura empirica (la credenza nella legittimità di un potere) ha la funzione di sollevare un certo fenomeno, di per sé empirico, dall'essere ancorato ad una dimensione spregiativamente qualificata come materiale, segnata cioè dall'interesse.

Una volta laicizzata la sovranità, la legittimazione dell'ordinamento giuridico, così come il suo fondamento stesso, finiscono per riposare sulla capacità della sfera politica di porsi in relazione con la società civile, ossia di razionalizzare e subordinare, in virtù di quel processo di inveroamento-immanentizzazione-estinzione che riguarda la sfera ideale, che passa generalmente sotto il nome di secolarizzazione. Nell'ottica adottata nel presente saggio, legittimazione non coincide con la percezione soggettiva che i singoli hanno della capacità dell'ordinamento a qualificarsi dal punto di vista valoriale. Si tratterebbe di un criterio quanto mai empirico; la legittimazione dei regimi politici secolarizzati piuttosto, riposa sulla capacità dell'ordinamento giuridico da lui prodotto di garantire un grado sufficiente di connessione con le spinte provenienti dalla

società. Lo Stato moderno, la cui sovranità non proviene più "a Deo", riposando piuttosto sulla volontà popolare, finisce per strutturarsi – da qui il rifiuto del diritto naturale e di ogni sottoposizione della legislazione a valori etici trascendenti – in una dimensione squisitamente 'mondana'<sup>47</sup>; nell'ambito dello stesso movimento, però, proponendosi come ordinamento completo, unicizzante e totalizzante di sé stesso e della società, definisce i propri quadri di riferimento in una modalità che è quella dell'astrazione, il cui precipitato è la legalità, la quale vanifica la garanzia su cui lo Stato, sostanzialmente, si legittima. È proprio la tanto rivendicata autonomia del *Rechtsstaat* a tenere in piedi la separazione tra Stato e società civile, che costituisce, per eccellenza, il problema politico della modernità, cui la rappresentanza ha cercato, assai inadeguatamente, di rispondere. Ricapitolando possiamo dire che la legalità contribuisce alla costruzione della legittimazione in quanto è garante della capacità di ordinare materialmente la società: nella misura in cui però realizza quest'obiettivo solo tramite un conferimento di sostanza razionale all'elemento formale, mina le basi stesse di questo movimento.

Ci chiediamo in che misura sia possibile però declinare con strumenti diversi quella garanzia di connessione-ordinamento con le forze vitali, che funzionalizza la legalità al monismo dello Stato, sottraendola alla fagocitazione operata dalla sovranità e dalla pleora di strumenti formalistici con la quale si è andata declinando: si tratta di un risultato da perseguire, anzitutto, attraverso una serrata critica dell'autonomia della dimensione doveristica. È propria del formalismo, infatti, la considerazione sulla cui scorta entità situabili in una linea di confine tra empiria e costruzione trascendentale hanno poi la capacità di sollevare determinati fenomeni dalla sfera materiale, trasvalutandoli, ossia conferendo loro particolare significato, in definitiva, spiritualizzandoli<sup>48</sup>. La

<sup>47</sup> Che, in fondo, la legittimazione 'democratica' faccia rivivere, *mutatis mutandis*, una problematica squisitamente medioevale, è una considerazione che non è appartenuta solo ad alcuni antiformalisti come Duguit (cfr. ...), essendo stata opportunamente riattualizzata. Infatti: «Sebbene il termine *Rechtsstaat* abbia avuto fortuna, per i giuristi dell'Impero germanico il modello è quello francese nel quale confluiscono due fondamentali istanze. La prima, che l'amministrazione, come i tribunali, sia sottoposta alla legge, corrisponde ad un'esigenza avvertita da tempo nella monarchia assoluta dove gli intendenti del re erano "en dehors de la loi", o, addirittura "au dessus de la loi". La seconda, l'idea della sovranità popolare, conduce, per altra via al medesimo risultato: il popolo esercita la sovranità ponendo le regole generali cui tutti, giudici, funzionari e lo stesso Capo dello Stato dovranno conformarsi. L'equazione legge-volontà generale fornisce così le basi per ricondurre la legalità ad uno dei cardini dell'ideologia vittoriosa: il principio democratico. E ritornano, precisandosi meglio, le due valenze della legalità medioevale», L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, cit., p. 2.

<sup>48</sup> Nietzsche riduce e analizza con grande efficacia quella che egli considera, in termini psicologici, una semplice credenza, sconfinante nell'illusione, mediante la quale una diversa cornice formale, un diverso atteggiamento del pensiero abbiano il potere di stravolgere entità in posizione esterna all'attività riflessiva, creando una discontinuità tra atteggiamenti 'interessati' e atteggiamenti al di là della dimensione dell'interesse, l'arte e la filosofia prime tra questi. Così

matrice culturale di quest'atteggiarsi in sede epistemica ha una derivazione strettamente kantiana, trovando nella riflessione del pensatore di Königsberg, e, in particolare nella sua partizione tra moralità e legalità, una non casuale anticipazione, di cui è necessaria una severa decostruzione critica. È Nietzsche che, avendo fatta sua la critica di Schopenhauer<sup>49</sup> al trascendentalismo kantiano, preconizza tanto la crisi della dimensione doveristica, anticipando la crisi dell'autonomia del *Sollen*, nonché il correlativo dilagare di modalità di forme di obbligo assai vicine all'asservimento volontario, intendendo con questo aggettivo che quello che si sarebbe dispiegato era null'altro che il precipitato realistico della costruzione trascendentale del fenomeno del potere, ossia della sua legittimità. Sottolineare la volontarietà dell'asservimento significa legare a doppio filo la critica delle illusioni moderne con l'ideologia di un soggetto libero, autonomo, proprietario di se stesso, della sua forza lavoro, e, perfino, della sua capacità di alienarsi, soggetto di cui la critica genealogizzante mostra l'impostura. In questo senso, un Nietzsche ancora imbevuto di spirito illuminista, in *Umano troppo Umano*, ci consegna questo profetico aforisma: «La subordinazione, che è tanto apprezzata nello Stato, militarista e burocratico, ci diverrà tosto incredibile, come già lo è diventata la tattica compatta dei gesuiti; e quando questa subordinazione non sarà più possibile, una quantità dei più stupefacenti effetti non potrà più essere raggiunta, e il mondo sarà assai più povero. Essa è destinata a sparire, perché sparisce il suo fondamento: la fede nell'autorità assoluta e nella verità definitiva; persino negli Stati militaristi, non la costrizione fisica è sufficiente a produrla, bensì l'ereditaria adorazione davanti a ciò che è sovrano come davanti a qualcosa di sovrumano. In condizioni più libere, ci si subordinerà solo a condizione, in seguito a contratto reciproco, cioè con tutte le riserve del proprio interesse». Notiamo, innanzitutto, come, nell'agire 'interessato', il singolo non si libera, ma al contrario assume, vera e propria maschera, quella soggettività, per il cui tramite l'individualismo giuridico aveva inteso formalisticamente, trasvalutare il servilismo in eticità. Il soggetto giuridico novecentesco, vero e proprio inveramento dell'"ultimo uomo" nietzschiano, non agisce al di fuori dello schema formale per il cui tramite si è costituito come soggetto, preferendo, piuttosto, svuotare dall'interno uno schema di cui si è appropriato e di cui non cessa di far valere, a

(*Illusione degli idealisti*, in *Umano troppo Umano*, 490, Adelphi, Milano, 1984, p. 272): «Tutti gli idealisti s'immaginano che le cose che essi servono siano sostanzialmente migliori delle altre cose del mondo, e non vogliono credere che, se la loro causa deve prosperare, abbisogna dello stesso concime maleodorante che è necessario a tutte le imprese umane».

<sup>49</sup> Ai fini della demistificazione degli eccessi in virtù dei quali Kant si allontana dalla sua ispirazione originaria, piegando il suo sistema in direzione idealistica, si tenga presente, soprattutto, l'attualissima *Appendice* dal titolo *Critica della filosofia kantiana*, in A. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, trad. it., *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Mondadori, Milano, 1989, pp. 579-732.

suo preteso vantaggio, le istanze formali. È nei seguenti termini che Nietzsche riporta ai termini della critica genealogica la pretesa kantiana di assolutezza del dover-essere: «Stante il fatto che in ogni tempo, da quando è esistita l'umanità, sono esistiti anche gli armenti umani (gruppi familiari, comunità, stirpi, popoli, Stati, Chiese) e c'è sempre stata una enorme massa di gente che obbedisce, in rapporto ad un piccolo numero di persone che comandano – in considerazione, dunque, della circostanza che fino ad oggi l'ubbedienza è stata esercitata e coltivata più di ogni altra cosa e più a lungo tra gli uomini, si può giustamente ammettere che, in media, oggi, ne è innata in ognuno l'esigenza, quasi una specie di coscienza formale, la quale prescrive: "qualsiasi cosa devi farla incondizionatamente, o sempre incondizionatamente devi tralasciarla", insomma, "tu devi"»<sup>50</sup>.

Demistificata la declinazione formalista della dimensione doveristica e la sua pretesa autonomia, è possibile tornare a parlare della legalità e del nesso che la lega alle dimensioni della sfera ideale e di quella materiale secondo altre coordinate, non coincidenti col trascendentalismo di cui un certo Stato di diritto si è imbevuto. In questo senso, possiamo dire che la legittimazione può aiutarci ad inquadrare la dimensione legale e considerarsi costitutiva del concetto di potere solo nella misura in cui il suo concetto sia parte integrante dell'effettività di un ordinamento giuridico, in quanto, a sua volta, inclusiva della sua qualificazione materiale. Contro le tendenze formalistiche, diremo dunque che la legalità rileverà come idea-forza solo alla luce di un ordinamento di cui si può predicare la legittimità in senso materiale; la stessa effettività, a sua volta, deve considerarsi, a tutti gli effetti, inclusiva e di una rappresentazione della finalità e degli scopi del rapporto organizzativo posto in essere, nonché di una qualificazione ideale dell'uso della forza<sup>51</sup>. In quest'ottica, della legalità si deve predicare *in un senso* materialmente connotato; lo stesso carattere dell'adesione popolare e quindi della rappresentanza, deve, necessariamente, essere relativizzato rispetto alla sua capacità di garantire un rapporto di connes-

<sup>50</sup> F. Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse, Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, Leipzig, 1886, trad. it. a cura di F. Masini, *Al di là del bene e del male*, Adelphi, Milano, 1986, p. 96.

<sup>51</sup> Per Meneghelli se la scienza giuridica (*Il problema dell'effettività nella teoria giuridica*, Padova, 1964, pp. 131-32): «considera la normatività giuridica solo in senso logico-formale e perciò necessariamente ipotetico, essa non è più scienza del diritto positivo, cioè delle condizioni che, sul piano empirico, consentono al diritto di esistere positivamente, ma solo scienza delle condizioni che, sul piano logico-formale, possono consentire alla normatività di essere eventualmente diritto positivo esistente». In questo senso, una considerazione puramente logico-formale della legalità è produttiva, dal punto di vista psico-sociale, di una regressione della coscienza sociale ad una concezione magica della connessione tra momento logico e ordinamento delle forze materiali in campo, ancora una volta in piena simmetria con quanto accade nell'ambito del culto religioso. Sul principio di effettività, a parte il classico ed ancora attualissimo lavoro di Piovani (*Il significato del principio di effettività*, Milano 1953), si vedano le voci, ancora di P. Piovani, *Effettività (principio di)*, in «Enciclopedia del diritto», XIV, cit. pp. 430-31, nonché G. Gavazzi, *Effettività (principio di)*, in «Enciclopedia giuridica», XII, cit.

sione-organizzazione con le forze sociali sottostanti la sfera politica: la referenza ultima di quella legittimità alla cui luce solo si può inquadrare il più o meno regolare funzionamento dell'ordinamento nei quadri della legalità deve essere connotata in senso materiale<sup>52</sup>.

Si tratta, in questo senso, di superare le difficoltà della scienza giuridica moderna, la quale deve costituirsi come oggetto autonomo di riflessione scindendosi dall'etica, ma, al tempo stesso deve garantire l'"intelleggibilità" e la "messa in forma" delle forze materiali che è chiamata a disciplinare, ragion per cui la sfera normativa finisce per mancare ogni requisito di unitarietà. Così il diritto, secondo una nota espressione di Kelsen, osservato dal punto di vista della eticità, opera come un essere, osservato dalla sfera della materialità, esso opera come un dover essere.

Accertata questa prima *impasse* della scienza giuridica, c'è da sottolineare come la crisi della legalità di uno Stato che non è quello liberale di fine '800, ma che è quello policratico, caratterizzante lo Stato sociale di diritto, nel quale gli interessi parziali corrodono l'omogeneità della rappresentanza popolare riducendola a somma non integrata di elementi eterogenei, non ha quale esito necessario quello preconizzato dalla dottrina dominante, legato all'integrazione dei principi materiali tramite la costituzione. In verità, l'opposizione tra costituzione e legge ordinaria sembra proporre in termini sorprendentemente simili quelli tra legge e fonti consuetudinarie, che ha caratterizzato l'ottocentesca legittimazione tramite legalità: i limiti del presente lavoro, però, sono tali da rendere impossibile indagare in questa sede i profili di legittimità costituzionale, con i quali la dottrina oggi dominante ritiene di poter risolvere le aporie in cui si involge la legalità nello Stato di diritto.

La legittimità nel cui ambito deve essere correttamente inquadrata la legalità, ossia, per chi scrive, quello dello spirito della modernità, deve fare riferimento, ineludibilmente, alle sincroniche dimensioni dell'autonomia di tutti i rapporti normativi dalla sfera ideale, della connessione-ordinamento con le

<sup>52</sup> Così: «Mais si nous admettons le critère de l'adhésion populaire comme fondement de la légitimité formelle, le problème dans la plupart des cas ne se pose plus, car le suffrage universel est peu enclin à avaliser l'oppression s'il est librement consulté. Il ne disparaît pas tout à fait néanmoins dans des cas limites. Non seulement il est bien évident que la consultation peut être entachée de vices qui en détruisent la valeur; mais il faut tenir compte parfois du gregarisme aveugle des foules. Il n'est pas sûr que le nombreux plébiscites massifs du régime hitlérien n'aient été déterminés que par la pression artificielle du pouvoir. L'autosuggestion des masses y a joué, semble-t-il, un grand rôle. Cela revient à dire que, si désireux que l'on soit de ne pas trop s'écarter de la légitimité formelle, on est contraint éventuellement de faire appel à un autre critère pour justifier ou contester le respect dû au pouvoir. Ce critère ne pourra être que d'ordre moral», R. Polin, *L'idée de légitimité*, in *L'idée de légitimité. Annales de philosophie politique*, cit., p. 11. In questo senso, saremmo tentati di distinguere tra legittimità come adesione, anche morale, ai criteri di costituzione razionale del corpo politico, dalla legittimazione, funzione invece prettamente ideologica, confinante con la fede, tesa a colmare il divario tra le aspirazioni dei sottoposti e l'effettivo esercizio del potere nei quadri del potere legale.

forze materiali e, infine, della limitazione dall'esterno del potere politico. La dottrina neo-costituzionalista risponde solo debolmente, questo il punto di vista di chi scrive, alle istanze di integrazione che l'irrompere delle forze materiali e della "questione sociale" ha posto al formalismo legalistico.

La referenza ultima di questo movimento, spinozianamente, sarà rinvenibile in una dimensione che è quella relativa ad una conservazione che si voglia razionale del corpo politico. Per definizione razionale del corpo politico intendiamo quel regime normativo in grado di creare, tramite il lavoro della scienza giuridica, il rapporto più corretto possibile di mediazione-rappresentazione-organizzazione tra sfera sociale e sfera normativa, ossia, tra 'dato' materiale e 'costruito' normativo, unico elemento in grado di accertare la virtuosità di un ordinamento giuridico.

#### 4. Autonomia o autocrazia dell'ordinamento giuridico? Elementi per una ridefinizione del paradigma legalistico

Garantire l'ordinamento normativo della società vuol dire, dunque, presupporre ambiti reali oltre l'ordinamento giuridico, a partire dai quali coniugare etero-limitazione del potere dello Stato e legittimità dell'ordinamento, spostando la questione dalla costruzione-costituzione interna dell'ordinamento alla sua capacità di disciplinare nel modo meno coercitivo possibile, rapporti concreti.

In questo senso, non c'è coppia concettuale più di quella scienza-tecnica in grado di rendere la necessità di tradurre il dato sociale in costruito normativo, al fine di garantire l'ordinabilità del reale. Scienza-tecnica, allora, è coppia concettuale in grado di tradurre tanto un certo grado di separazione (e di relativa autonomia) tra socialità e normatività, quanto di riattualizzare la questione della loro connessione, che nel formalismo (legalistico e critico) è data come una variabile indipendente, esterna al sistema stesso. È stata la dottrina oggettivistica francese quella che, più di tutte, ha cercato di inquadrare il fenomeno della legalità, e quindi del formalismo, nell'ambito di una più profonda connessione con le forze materiali e con i dati, razionali e ideali, in essa inclusi. Tra i protagonisti di un'avventura intellettuale che non ha avuto il seguito che pure avrebbe meritato a causa di un ulteriore potente ritorno delle dottrine giuspositivistiche, sicuramente François Gén<sup>33</sup>, per il quale, in con-

<sup>33</sup> François Gén<sup>y</sup> (1861-1959) è figura centrale nella ricostruzione della scienza giuridica in Francia dopo gli eccessi formalistici indotti dal Codice Napoleone (1804) e dalla Scuola dell'Es<sup>e</sup>gesi. Autore di due opere di cardinale importanza nel dibattito a cavallo tra la fine dell'800 e i primi decenni del '900, quali *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, Paris, 1899, nonché *Science et technique en droit privé positif*, 4 voll., Sirey, Paris, 1913-24. Per

tinuità con un certo eclettismo non privo di una vena scettica, la scienza non si dà nell'astratto, ma sul terreno dell'esperienza. Nell'ambito di quest'orientamento dottrinario, ma soprattutto per il giurista lorenese, la giurisprudenza è sempre attività 'artistica', ossia traduzione positiva di istanze normative, proprie della realtà sociale, al cui ordinamento essa è funzionale: così, l'attività della giurisprudenza è considerata intrinsecamente ermeneutica, nel senso che essa si qualifica intrinsecamente per essere un processo di recezione e traduzione dei dati sociali sottostanti. Così, se da un lato Gén<sup>y</sup> riconosce l'assoluta centralità della questione del metodo e di una razionalità che si rende autonoma rispetto ad ogni suo assorbimento nella sfera dei rapporti logico-metafisici, apre dall'altro ad una giurisprudenza 'sentimentale' in cui al centro dell'attenzione vi è la questione delle modalità di connessione tra metodo giuridico e realtà sociale.

Già gli esponenti del "movimento del diritto libero"<sup>34</sup> mettono in discussione il primato della legge, mirando criticamente alla costruzione teologico-dommatica della sovranità statale. Essenziale in questa corrente che la più parte dei giuristi tradizionali considera 'eretica' è la dimensione necessariamente irrazionale degli atti di volontà sottesi all'espressione del legislatore<sup>35</sup>: la legge sarebbe lacunosa, innanzitutto, perché ogni termine in essa impiegato

un inquadramento generale della sua opera, di recente oggetto di una significativa rivisitazione, cfr. A. Tanzi, *François Gén<sup>y</sup> tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 1990, nonché V. Petrucci, *François Gén<sup>y</sup> "l'irriducibile diritto naturale"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1995, nonché il numero monografico *Ripensare Gén<sup>y</sup>*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991. Mi sia concesso di rimandare anche a V. Rapone, *Logique ou réalité? Una lettura di Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Aracne, Roma, 2004.

<sup>34</sup> Per una ricostruzione non meramente filologico-documentaria del movimento della *Freirechtsbewegung*, cfr. F. Gén<sup>y</sup> *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. II, cit.; per quanto riguarda la sola dottrina francese, cfr., ancora, F. Gén<sup>y</sup>, *La notion de droit en France*, in «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique», 1931, I, pp. 9-41. A dir poco prezioso, ai fini di un'articolata ricostruzione del giusliberismo, lo studio di L. Lombardi-Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975.

<sup>35</sup> *Contra* Flavio Lopez de Oñate, il quale, nell'ambito di un saggio chiaramente polemico nei confronti del c.d. movimento del diritto libero scandisce i modi della volontà del legislatore, fondandola non sul dispositivo della "volontà generale", ma sulla tomistica sottoposizione dell'elemento volontaristico alla ragione (*La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 70): «È ben chiaro che le leggi devono poter essere mutate ed anzi che sono per loro natura mutevoli, poiché il diritto è profondamente legato alla storia ed al suo inquietante processo. Ma è la *lex humana semper mutanda, quando occurrit aliquid melius*? È questo il titolo di un articolo di una *quaestio* tomistica, quella del *de mutatione legum*, in cui l'argomento è trattato; ed è risolto nel senso che solo in tre casi deve esservi mutazione, e cioè quando *maxima et evidentissima utilitas ex novo statuto provenit*, o quando vi è *maxima necessitas* (caso che veramente si potrebbe sussumere sotto la categoria precedente), o quando la legge vigente *aut manifestam iniquitatem continet, aut eius observatio est plurimum nociva*». Sulla problematica del rapporto tra certezza e legalità, con particolare riferimento a de Oñate, cfr. G. Acocella, *Paradigmi della legalità*, cit., pp. 65-77.

non ha un univoco significato. Inoltre, l'esistenza di concetti-valvola, interni ed esterni alla legge positiva, affiancati da principi assai più labili, non del tutto sistematizzabili (il buon costume, la forza maggiore, lo stato di necessità), sarebbe da leggere in relazione al vuoto che, di per sé, è generato dall'esistenza di principi generali dell'ordinamento e, ancora più in generale, del diritto.

Per i teorici del "movimento del diritto libero" sarebbe da aborrire ogni sforzo teso alla logicizzazione dell'ordinamento, teso a riaffermarne la coerenza, la completezza, l'unicità, essendo invece essenziale circoscrivere l'attenzione sulla necessaria lacunosità della legge, sulla parzialità dei processi di codificazione-costituzionalizzazione. La pretesa del legislatore di regolare armonicamente la realtà sociale è pesantemente messa in discussione. Per gli esponenti della *Freirechtsbewegung*, la mitologia tutta moderna dell'onnipotenza del legislatore è da svuotare integralmente, lì dove presuppone formalisticamente, tanto l'omogeneità e la coerenza tra tutte le volizioni puntuali, e, quindi, tra la legislazione presente e quella passata, quanto la capacità di orientare in modo inequivoco, regolandone il senso, il voluto e le finalità dell'attività di legislazione. Alla costruzione ideologica di un legislatore nomoteta e artefice di rapporti sociali mai eccentrici per definizione alla regolazione statutale in virtù del principio dell'impossibilità che il voluto si autonomizzi di fronte al volente, il movimento del libero diritto oppone la funzione creativa di un giudice capace di decidere *contra legem*, violando il principio di legalità.

In un senso che è profondamente diverso, la critica di Gény non è tanto rivolta al principio di legalità, né al 'dogma' della certezza del diritto, quanto, piuttosto, agli eccessi di quella logica che eleva il culto della legalità a vero e proprio feticismo, logica caratterizzata per la tendenza a privilegiare le dimensioni della generalità e dell'astrattezza a fronte di quelle dell'individualità, supportata dalla referenza, tutt'altro che logica, alla capacità "panottica" del legislatore di pre-vedere tutte le situazioni concrete da normare, in virtù della sua capacità di forgiare la società a partire dalla sua attività legiferante. In questo senso, la "lotta per le lacune" non è funzionale, come molti hanno sostenuto, alla messa in discussione del principio di legalità, alla c.d. riserva di legge, al dogma della certezza del diritto: a differenza degli esponenti della *Freirechtsbewegung*, Gény non opera all'interno di un paradigma di svuotamento del mito della sovranità del legislatore, come se questa designificanzizzazione appartenesse all'"ordine stesso delle cose", riguardando allo stesso modo la autonomia della volontà dei soggetti di diritto privato. Già autori del peso di Charmont, Cruet, Leroy, Morin, avevano quale oggetto la critica delle istanze 'moniste' proprie del culto della sovranità politico-statutale e della legge quale "espressione della volontà generale", tematizzando in modo chiaro la necessità di un'apertura efficace a quelle istanze solidaristiche e cooperativistiche, oggetto a loro volta di un socialismo che faceva del pluralismo e della limitazione efficace del potere l'istanza principale da difendere.

Se Gény si oppone agli estremismi del giusliberismo e alla sua critica radicale, ribadisce, al tempo stesso, la sua posizione di contrapposizione netta agli eccessi del legalismo formalistico, e la necessaria apertura ad una dimensione interpretativa attenta, nel pieno rispetto delle conquiste dello Stato di diritto, a superare il legalismo, affiancando alla dottrina tradizionale quella che lui stesso definisce "libera ricerca scientifica", centrata su una ridefinizione delle fonti formali, sul diritto giurisprudenziale e sull'idea, palesemente trasgressiva del criterio della "fallacia naturalistica", di una traduzione in quadri normativi della "natura delle cose", che orientano nella direzione di un diritto naturale "ben temperato" la sua riflessione. La posizione di François Gény nei confronti dell'abuso di metodologie di stampo formalistico trova un primo momento di sintesi a partire dalla trattazione relativa alla legge, nonché alle sue modalità d'interpretazione; ad emergere, nelle pagine di *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, è una posizione che tende a conciliare, alla luce di una chiara coscienza metodologica, decostruzione e ricostruzione del testo normativo: quest'aspetto 'ricostruttivo' – importante nella misura in cui apre ad una connessione che definiremmo disgiuntiva tra lavoro ermeneutico ed istanze provenienti dalla socialità – non sarebbe stato possibile, a sua volta, senza il precedente duro lavoro di rimozione degli "ostacoli epistemologici", propri del formalismo legalistico.

La posizione di Gény è quella, certamente, del paladino della supremazia della legge quale fonte formale, ma è proprio, per così dire, dall'alto di questa sua rigidità, che riesce a preservare la sua posizione di giurista 'positivo', difendendola tanto dagli eccessi del legalismo, quanto di quelli di un sociologismo involuto, acriticamente confusivo delle sfere fattuale e normativa. Nell'ambito di uno sforzo bifronte, che lo vede teso a ri-istituire il metodo tradizionale, ripensandolo criticamente, per delinearne poi i limiti nell'ambito di una più generale ristrutturazione del sistema delle fonti, la questione della legge e della sua interpretazione acquista, allora, rilevanza specifica nel questionare la disposizione gerarchica delle fonti. In questo senso, per il giurista di Nancy: «*Les éléments positifs de l'organisation sociale, tel qu'ils existent en fait, et se manifestent pour ainsi dire à l'état statique, ne suffiront pas toujours à suggérer les règlements juridiques désirable. Il faudra, parfois, dépasser les résultats acquis, et, sans se contenter des apparences d'un équilibre incertain ou trompeur, scruter, en elle-même, et dans son essence dynamique, la nature individuelle et sociale de l'humanité, pour lui arracher le secret des règles, qui la doivent diriger, sous la sanction sociale*»<sup>36</sup>. È possibile sintetizzare in tre momenti la critica portata dal giurista allo statuto di onnipotenza della legge: in tal senso, innanzitutto, quella che rileva è la non congruenza tra diritto positivo e legge dello Stato. Positivizzazione del diritto non coincide dunque con statua-

<sup>36</sup> F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., pp. 136-137.

lità dello stesso, al punto che la stessa sanzionabilità della norma potrebbe, ad un certo punto, non essere monopolio esclusivo della sfera politico-statuale. Se con la “libera ricerca scientifica”, Gény si fa interprete della critica alle metodologie interpretative classiche, il suo sforzo è tutto proteso a dimostrare come le esigenze della vita siano più articolate della rigidità della legge, che resta, in sostanza, incapace a soddisfarle nella sua essenza. Sarebbe errato, però, dedurre da quest’ultima affermazione, che la “libera ricerca” si involva nelle spire di una “cattiva infinità”, hegelianamente intesa, in sede di interpretazione. Sulla scorta di questo preliminare lavoro di decostruzione-riscrittura della gerarchia delle fonti formali, Gény rovescia il rapporto gerarchico precedentemente istituito tra momento formale e “libera ricerca”, nel senso che, nella sua seconda grande opera, la ricognizione relativa al ‘dato’ precede assiologicamente la sua elaborazione tecnica: così, in *Science et Technique*<sup>57</sup>, si distinguono le sfere del ‘dato’ e quelle del ‘costruito’. La riflessione di Gény evolve in una direzione squisitamente istituzionalistica, che situa la dimensione legalistica all’interno di un rapporto che è di traduzione in quadri formali del dato. Come sottolinea, argutamente, Greco: «Per comprendere il richiamo di Gény bisogna ricordare che il suo discorso muoveva dalla distinzione di due poli entro i quali oscilla l’attività del giurista: il ‘dato’ (*donné*) e il ‘costruito’ (*construit*): da un lato la necessità – e la capacità – di cogliere la regola che emerge dalla vita sociale, dai fatti e dalla “natura delle cose”; dall’altro lato la necessità – e la capacità – di modellare la regola, artificialmente e arbitrariamente, cioè, in base ai bisogni degli individui e alle necessità dell’ordine sociale»<sup>58</sup>.

Sarebbe, però, un errore considerare la dialettica tra “dato” e “costruito” una questione puramente tecnica, investendo un ambito più ampio, in cui la legalità è funzione della capacità ordinante della scienza giuridica, il cui ruolo è rivendicato come essenziale. In Gény, la questione della legalità, lungi dall’essere fine a se stessa, rileva dunque in un profilo generale in cui è in gioco la legittimità intesa come efficace azione di ordinamento e formalizzazione del dato, e, in un senso più ristretto, rispetto a due profili essenziali. Da un lato, la preminenza della legge come fonte formale vive in un sistema in cui l’elemento formale si struttura in modo artificiale, ispirato, cioè ad una referenza concettuale pragmatista e non realista, sulla scorta della semplice efficacia. Inoltre, la sua riflessione si impenna sul carattere sociale della sanzione: l’afferenza della coazione alla sfera politico-statuale sarebbe una semplice declinazione di una più ampia funzione, di natura sociale, considerata primaria logicamente e anteriore storicamente rispetto a quella statuale, che è letta alla stregua di una semplice formalizzazione. Stringendo sul punto, in Gény, dun-

<sup>57</sup> Id., *Science et technique en droit privé positif*, cit.

<sup>58</sup> T. Greco, *Le teorie antiformalistiche e l’istituzionalismo giuridico*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 203.

que, di legalità è lecito parlare in rapporto esclusivo ad una legittimità che non equivale a consenso, strutturandosi, invece, come capacità di organizzare il vivente in costrutti formali, conferendo capacità di autoregolazione normativa alle formazioni sociali: è la teoria dei “fatti normativi”, il cui archetipo concettuale è elaborato da Durkheim.

Sulla scorta della medesima referenza, un altro importante teorico dell’oggettivismo francese, Léon Duguit<sup>59</sup>, giunge a risultati che stringono ancor più efficacemente, se possibile, la dimensione legale alla sua capacità di garantire l’ordinamento-connessione con le forze materiali situate oltre l’ordinamento inteso come insieme di norme. Nella riflessione del giuspubblicista bordolese, il diritto, in ultima analisi, è considerato alla stregua di un fatto la cui connessione con la realtà sociale è empiricamente constatabile, affermazione che va letta nel senso che l’attività di formalizzazione del diritto è misurabile, attraverso la risposta sociale che un qualsiasi atto giuridico produce. Atti, difformi alla “regola sociale di diritto”, produrrebbero reazioni formali o informali: in questo senso, l’attività di formalizzazione, quello che Duguit definisce diritto soggettivo, pure fondamentale, non avrebbe una sua autonomia, se non relativa. Piuttosto, la validità stessa delle singole norme sarebbe vincolata ad un ordine più ampio, in cui l’efficacia gioca come un elemento di legittimazione dell’ordinamento, elemento non privo di riflessi sulla legalità stessa<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Léon Duguit (1859-1928), rappresentante tra i più autorevoli della tradizione giuspubblicistica francese, è stato Docente di Diritto Pubblico, nonché Decano dell’Università di Bordeaux. Pensatore prolifico e originale, lega il suo nome tanto alla riflessione sociologica di Comte e Durkheim, quanto alla tradizione solidarista e associazionista, che vive in quegli anni una grande affermazione, politica e scientifica, in opposizione tanto all’individualismo borghese, quanto al monismo marxista. Pensatore prolifico e originale, ha saputo prendere le distanze dall’iniziale, pedissequa trasposizione normativa di ricerche empiriche, per impegnarsi in un lavoro di radicale ripensamento delle categorie della scienza giuridica, nonché nell’elaborazione di un metodo proprio, di ispirazione realista, fortemente segnato in senso metodologico. Autore estremamente prolifico, tra le sue opere ci limitiamo a citare quelle più sistematiche: *L’État, le droit objectif et la loi positive* (1901); *L’État, les gouvernants et les agents* (1903), nonché le tre edizioni del suo *Traité de droit constitutionnel* (1911, 1921, 1927). Per ciò che concerne l’opera di questo giurista così caratterizzante il dibattito del suo tempo, si faccia innanzitutto riferimento al *Dossier personnel* a lui dedicato presso gli *Archives nationales*, n. 17/26737. Per gli aspetti biografici relativi alla sua figura, cfr. M. Laborde-Lacoste, *La vie et la personnalité de Léon Duguit*, Atti del *Congrès commémoratif du centenaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, numero monografico della «Revue juridique et économique du sud-ouest», nn. 3-4, 1959, pp. 93-114, nonché M.A.-J. Boyé, *Souvenirs personnels sur Léon Duguit*, *ivi*, pp. 115-128. *La vie de Bordeaux* ha pubblicato una sintesi dell’intervento di Marcel Laborde-Lacoste nel convegno dedicato al centenario della nascita di Duguit, dal titolo *Le centenaire d’un grand juriste et d’un homme de bien*, pubblicato il 6 giugno 1959, pp. 2 ss. Un rigoroso necrologio di Duguit è quello di A. Pagano, *Léon Duguit (1859-1928)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1929, pp. 470-473.

<sup>60</sup> È nell’ambito di un’eccellente chiarificazione concettuale dell’oggettivismo giuridico di Duguit che Jean-Marc Trigeaud sottolinea come (*L’argument anti-subjectiviste de Duguit et la philosophie du droit moderne*, in *Autour de Duguit. Colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire*

Ipotizzando un meccanismo di azione-reazione tra normatività e socialità, per Duguit l'ordinamento che si conserva (e lo fa nella misura in cui i fatti non gli si ribellano<sup>61</sup>) è il solo ordinamento legittimo: la singola norma non ha la forma dell'imperativo, né, tantomeno, quella del legame formale di imputazione tra norma e sanzione, strutturandosi piuttosto come espressione teleologicamente connotata, il cui fine è "rispondere", nella forma e nel contenuto, alla "regola sociale di diritto". Al mito napoleonico e, in fin dei conti, borghese, del legislatore nomoteta, in grado di forgiare strutture sociali mai in grado di valorizzarsi, né, tantomeno, di esprimere una propria autonomia normativa, questi giuristi si fanno promotori della centralità della dimensione giurisprudenziale e di un socialismo che altro non è, se non traduzione normativa del 'dato' sociale, in un'ottica che intende costruire i quadri di un'eterolimitazione del potere dello Stato.

La differenza tra norma sociale e norma giuridica risulta essere di natura quantitativa e non qualitativa: nel caso di norma giuridica, infatti, la reazione sociale ad una norma non conforme all'ordinamento oggettivo è formalizzata e comminata da un organo predisposto in modo apposito. Si tratta, però, solo di una variante di un ambito più complesso, di cui partecipano sanzioni formalizzate e sanzioni che trovano nella socialità il loro ambito di espressione, essendo in entrambi i casi in gioco la coscienza della necessità con cui il rispetto di una norma è percepito dalla "maggior parte delle coscienze".

Già in Durkheim, la sanzionabilità della norma corrisponde all'acquisizione, nelle coscienze dell'obbligatorietà di un dato comportamento, che può essere garantito anche senza questa presa di coscienza, tramite le sanzioni 'secondarie', tese a garantire l'equilibrio della società sul piano di un'immanenza extra-coscienziale: lo Stato, lungi dall'essere l'agente etico monopolista dell'uso della forza, è solo il luogo istituzionale del rivestimento formale di questa coscienza. Ciò implica, però, ad un livello più generale, che, se la sanzione diventa elemento qualificante della scienza giuridica, ciò non ha luogo in virtù degli argomenti addotti dai formalisti, ma perché la solidarietà, da fattore regolante in modo implicito la società, si esteriorizza, elevandosi ad autoco-

*de la naissance du doyen Léon Duguit*, a cura di F. Melleray Bordeaux, 29/30 maggio 2009, p. 311): «Le procès que Duguit engage contre toute forme de subjectivisme donne pris à une réflexion de philosophie de droit: il suppose en effet un fondement inconditionné du droit et une référence de valeur capable de justifier le remplacement du sujet par un autre terme. Quand Duguit oppose ainsi un argument anti-subjectiviste, le subjectivisme dont il s'agit ne s'entend nullement du recours à un vocabulaire consacré dans le langage des sources et qu'il conviendrait de réviser à un plan doctrinal et technique; il soulève le problème philosophique de savoir si c'est dans le sujet même que le droit doit trouver l'assise de ses valeurs ou s'il ne faut pas remonter plutôt à la considération de 'choses' dans leur extériorité à tout sujet».

<sup>61</sup> Paradigma teorico di queste riflessioni è costituito da un'opera in questo senso di riferimento, quella, già citata in precedenza, di Gaston Morin, che pubblica la sua celeberrima opera *La révolte des faits contre le code* (Paris, 1920).

scienza. Da qui, la chiara presa di coscienza del giuspubblicista francese che: «L'intelligence de ce fait n'est pas une découverte; mais notre époque gardera le mérite dans l'histoire d'en avoir eu, la première, claire, vision»<sup>62</sup>. Il nesso tra legalità e legittimità è stretto allora nel seguente senso: solo nella misura in cui la scienza del diritto è in grado di elevare la massima giuridica di una società allo stato reale dell'evoluzione normativa di una società, il regime della legalità potrà funzionare come 'normale'. Dal momento che, nell'ipotesi di Duguit, al contrario di quanto sostenuto da Durkheim, solidarietà meccanica e solidarietà organica non si succedono temporalmente, ma convivono diacronicamente, l'individualismo giuridico dovrà essere riletto, una volta smantellato della sua pretesa di autonomia, alla luce delle categorie solidaristiche<sup>63</sup>. Nell'approccio 'oggettivistico' di Duguit, il funzionamento 'normale' della sfera della legge e dell'obbligatorietà non è sganciato da un aut-aut che sta a monte di ogni riflessione e di ogni pratica del diritto: sovranità o libertà<sup>64</sup>? Ossia, *mutatis mutandis*, individualismo statualista o solidarismo?

Stretto organicamente, sulla scorta dell'insegnamento di Durkheim<sup>65</sup>, il legame tra normatività e sanzione, considerata quest'ultima simbolo esterno dell'esistenza, se non dell'efficacia della norma stessa, ciò che Duguit intende sottolineare è come ogni atto giuridico posto in essere, ma non conforme con la "regola sociale di diritto"<sup>66</sup>, possa generare due tipi di reazione; la prima non

<sup>62</sup> L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), Dalloz, Paris, 2005, p. 24.

<sup>63</sup> Ed è questo il senso di un importante contributo di Duguit, pubblicato integralmente in inglese (*The Law and the State*, in «Harvard Law Review», 1917, p. 40 ss.), e, successivamente, in francese, nella versione originale, sebbene decurtata di alcune parti, in più riprese (J.-J. Rousseau, *Kant et Hegel*, in «Revue de droit public», 1918, pp. 173-211; pp. 325-377, nonché *La doctrine allemande de l'autolimitation*, in «Revue du droit public», 1919, pp. 161-190. Per l'edizione italiana di questo contributo, cfr. Léon Duguit, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, a cura e con un Saggio introduttivo di V. Rapone, Soveria Mannelli, 2012.

<sup>64</sup> Cfr. Léon Duguit, *Souveraineté et liberté: Leçons faites à l'Université Columbia (New York), 1920-1921, (1922)*, trad. it. a cura di V. Rapone, *Sovranità e libertà*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>65</sup> Nell'ottica di Durkheim, il diritto simbolizza la solidarietà e la sanzione simbolizza il diritto, costituendosi organicamente con esso: resta, però, il fatto che «il potere di reazione proprio dello Stato deve avere la medesima natura di quello che è diffuso nella società», Émile Durkheim, *De la division du travail social* (1893), trad. it., *La divisione del lavoro sociale*, Ed. Comunità, Milano, 1973, p. 106.

<sup>66</sup> Con la dottrina della *règle de droit*, Duguit sferra un attacco alle sino ad allora imperanti dottrine di diritto pubblico, mettendo in discussione il paradigma teorico della teoria del rapporto giuridico che, a partire da Savigny, costituiva l'insuperabile orizzonte della dottrina giuspubblicistica tedesca. In questo senso (Olivier Jouanin, *Duguit et les allemands*, in *Autour de Léon Duguit*, cit., p. 209): «Pour penser juridiquement une situation ou une relation, penser une situation ou un rapport juridiques, il faut sans doute appliquer à la réalité une catégorie normative fondamentale. Appliquer celle des droits subjectifs, à laquelle s'oppose absolument celle de la règle de droit objective, c'est supposer, explicitement ou non, que le fondement ultime du droit est dans une qualité propre de l'individu ou, plus particulièrement, de sa volonté (le droit comme système

formalizzata, la seconda dotata di sanzione i cui quadri restano regolati all'interno dell'ordinamento. La reazione altro non è che l'effetto della maturazione nelle coscienze della percezione che un determinato atto o fatto siano obbligatori, e che atti o fatti che se ne distanzino siano da reprimere. In definitiva, il fatto che un atto, un fatto, un comportamento siano difformi o in contrasto con le istanze normative intrinseche alla forma che la socialità si dà in un determinato momento storico, e quindi all'ordinamento oggettivo, comporta una reazione solo spontanea se e nella misura in cui la norma prodotta giunge ad autocoscienza nella percezione dei più (che non coincide con la coscienza collettiva). In tal modo, Duguit traduce in termini antiformalistici la preminenza della sanzione nella qualificazione della norma giuridica: il fatto che un comportamento, posto in essere o omesso che sia, sia suscettibile di sanzione esplicita e formalizzata, e che si sia costituito un organo *ad hoc* per comminarla, sarebbe il prodotto di una percezione ormai cosciente dell'obbligatorietà della norma, di cui, semplicemente, lo Stato si fa carico.

Lo stesso criterio solidaristico, inteso come fatto generale, in grado di strutturare formalmente e materialmente la "regola di diritto", non va inteso alla stregua di un imperativo assoluto, ma va considerato vincolante solo nella misura in cui la massa delle coscienze ne ha contezza: ciò vuol dire che tra la solidarietà strutturante l'ordinamento sociale e la produzione normativa può crearsi una sfasatura che riguarda il rapporto tra sfera normativa e aspettative normative, inerenti all'ordinamento oggettivo. Questo non vuol dire che la legalità della singola norma è, in un certo senso, sospesa alla sua legittimità: in caso di mancata conformità all'ordinamento oggettivo, però, vi sarà o una sanzione esplicita, o manifestazioni esplicite di dissenso, riguardanti quella sfera della normatività che è sommersa, non pienamente formalizzata.

Così: «*Si donc la loi positive s'impose au respect, ce n'est pas parce qu'elle émane de tel ou tel organe, de tel ou tel individu, de tel ou tel groupe d'individus, mais seulement parce et quand elle est l'expression d'une règle de droit. Tout acte qui n'est pas la constatation d'une règle de droit, et qui crée une prétendue règle de droit positif, est théoriquement un acte arbitraire, sans valeur; nul n'est tenu d'y obtempérer. Le gouvernant est sorti de son pouvoir, et l'acte qu'il a fait, il l'a fait sans pouvoir juridique; il pourra en imposer l'obéissance par la force matérielle dont il dispose, mais cette force sera illégitime, et toute force qui y sera opposée sera au contraire légitime*»<sup>67</sup>. La lettura della sfera normativa operata da Duguit è tale che la legalità della norma va colta in una dialettica

*de possibilités de la volonté), c'est – qu'on se l'avoue ou non – renouer avec "l'affirmation que l'homme parce qu'il est homme, pris isolément et en soi, séparé des autres hommes, à l'état de nature, suivant l'expression du XVIII<sup>e</sup> siècle, est titulaire de certains droits propres à sa nature d'homme».*

<sup>67</sup> L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), cit., p. 424.

più articolata, nella quale giocano un ruolo preciso le dimensioni dell'efficacia e della legittimità, a loro volta strettamente intrecciate.

In conclusione, nell'ambito di una "connessione disgiuntiva" tra diritto positivo e sfera politico-statuale, resta il dato che la legalità va valutata in un contesto più ampio, che è quello della conformità della produzione normativa alle istanze materiali e ideali, interne all'ordinamento oggettivo. In questo modo, Duguit opera allo stesso tempo nel senso dell'eterolimitazione della sovranità dello Stato e della subordinazione della legalità ad una legittimità che non ha i modi di un "appello al cielo", essendo, piuttosto, strettamente vincolata alle dinamiche sociali. Profondamente differente nel metodo, l'opera di Duguit è in un certo senso in continuità con quella di Gény: opposti in una disputa che vede opposte le ispirazioni di un realista impregnato dallo spirito positivista e di un pragmatista attento alle suggestioni moderniste, i due giuristi convergono su una prospettiva in cui il culto della legalità ha senso nell'ottica della migliore connessione possibile tra socialità e normatività. Connessione che non deve essere declinata come identità, pena il regresso ad uno stadio pre-moderno, imbevuto di quello spirito metafisico da cui la scienza moderna ha inteso separarsi per darsi autonoma, ma la cui lezione su alcuni punti è ancor oggi imprescindibile.

## 5. Conclusioni

La riflessione antiformalista, dunque, giunge ad una precisa riduzione del valore formale della legalità, ricondotta nell'ambito di una legittimità che si differenzia dalla necessità psicosociale di legittimazione. Una legittimità, in definitiva, eccentrica rispetto alle dinamiche di potere, in grado di sottrarsi a quell'appello fideistico alle coscienze, necessario affinché si possa considerare la legalità comunque operante, anche in patente contraddizione con i fatti.

In un momento così grave per la nostra vita pubblica, nel quale la distinzione tra uno Stato ed una "banda di ladri", cui Tommaso d'Aquino tanto tiene è di fatto impossibile, la lezione dell'antiformalismo ci appare di drammatica attualità. L'imperativo più urgente non consiste nella "cattiva infinità" di colmare le falle della legalità attraverso altra legalità, magari aggettivabile come 'buona' a-priori, quanto, piuttosto, slegare la legittimità dal semplice uso legalistico del potere, rafforzato dai *diktat* formalistici, per connetterlo non all'ennesimo appello al cielo e ai valori, quanto alla dimensione effettiva della conservazione razionale del corpo politico, affinché l'azione individuale e collettiva si possa sempre situare, senza supplenze fideistiche, in una ragionevole differenza tra una "res publica" e una "cosa nostra", nella quale le ragioni del trascendimento dell'interesse individuale sono sottoposte agli interessi parti-

giani dei singoli ed arbitrariamente, quanto impropriamente elevati al rango di "universale concreto".

Nonostante la coerenza della critica realista, il semplice smascheramento della logica interna all'edificazione della sovranità politico-statuale sembra insufficiente ai fini di un agire politico che si voglia correttamente orientato: nella misura in cui le democrazie novecentesche si sono impiantate sulla totalità compiuta che è lo Stato-persona, la critica dovrà assumere su di sé almeno una parte di questa costruzione, che non va rifiutata *a-priori*, non potendo ridurre in assoluto lo Stato alla più generale delle associazioni operanti su un determinato territorio, pena la ricaduta in uno stato di acrisia, di impossibilità di agire secondo valori. Nonostante l'erosività e gli argomenti, la critica realista chiarisce come la legalità, come valore formale, avulsa dalla razionalità complessiva del corpo politico, non ha senso. Purtuttavia, essa non è riuscita nel compito politico di estinguere il nucleo quintessenziale della sovranità dello Stato, presenza comunque effettiva ed operante, materializzantesi nel dogma della personalità giuridica dello Stato come nella costruzione del *moi commun*. Qualsi voglia considerazione 'realista' del fenomeno politico-statuale rivela un tratto di unilateralità.

Lo stesso, però, non può non valere per l'approccio idealista al problema. Entrambi, assunti nella loro unilateralità, obbligano il soggetto a scindersi, non riuscendo a tenere l'oggetto in una posizione unitaria, finendo per considerarne solo ed esclusivamente una delle due componenti in gioco, quella approcciata idealisticamente talora, quella criticata realisticamente talaltra, considerando nel primo caso, la costruzione formale dello Stato-persona come epifenomeno dello spirito divino calato sul mondo, mentre, nel secondo, al contrario, alla stregua di coacervo "umano, troppo umano" di interessi parziali.

Per motivi rinvenibili nell'ordine dell'empiria, il soggetto cosciente, per tenersi in una posizione unitaria nei confronti dell'oggetto, per preservarsi dalla sua stessa scissione, coglierà così dell'oggetto in sé diviso che gli si para innanzi solo ed esclusivamente un aspetto: sarà idealista se considererà dogmaticamente lo Stato entità in grado di trasvalutare in guisa mediata l'elemento naturale in valore, sarà realista, se e nella misura in cui prenderà in considerazione il puro elemento materiale, constatandone la mancata metamorfosi in valore. Diviso in se stesso, potendo essere colto tanto come oggetto dominato, *a parte subjecti*, da una logica necessaria da un punto di vista trascendentale, cioè come l'effetto di qualcosa che è nell'ordine della logica, quanto *a parte objecti*, realisticamente sottoposto al dominio empirico e naturalistico dei sensi, la vita istituzionale è di quelle entità che, *sub specie necessitatis*, scindono il soggetto che epistemicamente vi si relaziona: per ritrovarsi come 'uno' di fronte ad esso, questi è obbligato a sua volta a un lavoro che confina con la negazione, divisione funzionale al superamento della duplicità dell'ente col quale si

relaziona. Idealismo e realismo obbligano dunque il soggetto ad una scissione, finalizzata al potersi ancora situare in modo illusoriamente unitario nei confronti dell'oggetto della loro riflessione, generando, in entrambi i casi, una forma di passività nell'interprete, di "servitù volontaria", per dirla con La Boétie<sup>66</sup>: più il soggetto si situa in una posizione unitaria nei suoi confronti, più il fenomeno gli sfugge nella sua totalità, rendendolo 'passivo' di fronte ad esso.

*Mutatis mutandis*, chi non scorgerebbe nella massa indisciplinata delle odierne adunanze parlamentari della nostra Repubblica qualcosa nell'ordine della litigiosità, della volgarità, del trionfo dell'interesse personale? Se ciò non accade, è perché, come si detto, tutta una serie di *topoi* della vita sociale sono sottoposti, sospesi ad un vero e proprio "atto di fede", che paralizza i sensi, a favore di una considerazione necessariamente "altra" del fenomeno stesso, che in ultima analisi coincide con la credenza nella legittimità dell'ordinamento. Occorre 'credere' nella legittimità dell'ordinamento, supplire con la fede personale alle sue mancanze, a quella forma di 'scambio ineguale' alla quale i soggetti sono sottoposti quando la volontà generale con cui legittimano le istituzioni torna loro indietro in forma di interesse particolare (è questo il caso di leggi che regolano singole classi di cittadini, se non addirittura individui veri e propri, che altro non sono, in senso materiale, che atti amministrativi). Ritorna, a dispetto di ogni pretesa emancipazione dello Stato dalla sfera teologica, un tratto che finisce per accomunare l'esercizio del cittadino a quello del fedele; la Chiesa; in quanto istituzione anche terrena, potrà svilirsi moralmente, in quanto umana, solo a patto che il fedele possa rinvenire ancora in essa ciò che la lega in modo non accidentale, sulla scorta dell'insegnamento paolino, al sacrificio di Cristo. Lo stesso vale per il cittadino: deve poter continuare a cogliere le istituzioni alla luce dello spirito in atto, anche in flagrante contraddizione con le evidenze.

Ci chiediamo, e questo è l'aspetto più inquietante di questa questione, fino a che punto e in che misura questo stesso atto di fede, che investe il singolo in una dimensione che è quella della donazione gratuita e disinteressata, debba essere 'tenuto in conto' anche dal filosofo, chiamato a sostenere il suo sguardo su un oggetto che ne sancirebbe la scissione, conferendo ad esso valore (è questa, in ultima analisi, la legittimazione come espressione di consenso e come relazione al valore) al solo fine mantenersi 'uno' in posizione di soggetto cosciente. Tutto ciò, a discapito della constatazione che la vita istituzionale, intesa quale 'puro' fenomeno empirico, non meriterebbe, altrimenti, la benché minima attenzione, nella misura in cui, come troppo spesso è accaduto, è espressione di dinamiche profondamente avulse dalla razionalità

<sup>66</sup> É. de La Boétie, *Discours de la servitude volontaire ou le Contr'un*, trad. it., a cura di F. Ciaramelli, *Discorso sulla servitù volontaria*, La Rosa, Torino, 1995.

del corpo politico. È questo un ulteriore profilo, rispetto al quale non è possibile sottrarsi alla constatazione che la legalità, più che fenomeno polisemicamente equivoco ed ermeneuticamente aperto, non cessa di interrogarci nella sua ineffabile ambiguità di fenomeno che non può essere indagato per se stesso.

Francesco Alicino

## *Il sistema della legalità nell'età della diversità cultural-religiosa*

### **Sommario:**

1. Introduzione. Le due epoche del sistema della legalità e la società multiculturale. – 2. Il fattore religioso e il paradigma della sovranità nel principio di legalità. – 3. La doppia vocazione del sistema della legalità e il fenomeno religioso. Il “credo” dei diritti umani. – 4. L'intrinseca ragionevolezza della legalità costituzionale nell'età della diversità. – 5. Gli interessi “superindividuali” e il sistema della legalità costituzionale. Il principio di sussidiarietà. – 6. La *lex mercatoria* nell'età della diversità. – 7. Il sistema della legalità costituzionale e le dinamiche multiculturali. – 8. La concezione pragmatica della legalità costituzionale. – 9. L'esempio del matrimonio islamico in Italia. – 10. L'esempio delle *Shari'a Councils* in Canada e in Gran Bretagna. – 11. Prospettive.

### *1. Introduzione. Le due epoche del sistema della legalità e la società multiculturale*

Quale posto occupa il principio di legalità nei sistemi giuridici contemporanei? È ancora l'archetipo su cui si incardina la struttura degli attuali fenomeni giuspolitici occidentali, informati ai modelli dello Stato costituzionale e dello Stato sociale di diritto? Continua la legalità ad assolvere il ruolo essenziale che gli fu riconosciuto nella modernità, e in particolare durante il processo di spersonalizzazione del potere politico, che culminò nell'affermazione di una nuova idea di sovranità e, di conseguenza, nella nuova concezione degli ordinamenti sovrani? <sup>1</sup> Se sì, con quali meccanismi? E com'è mutato, sempre che sia mutato, il suo modo di operare negli attuali assetti normativi statali? <sup>2</sup>

L'ultimo dei quesiti dà, io credo, il senso a tutti gli altri. La valenza teorica e pratica di queste domande può in effetti essere testata mediante il loro raf-

<sup>1</sup> *Infra*, par. 1.

<sup>2</sup> A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 3-10.