I QUADERNI DELLA RIVISTA AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

GENNAIO 2023

COLLATERALIA SCRITTI DI TEORIA DEL DIRITTO

DI GIUSEPPE DI GASPARE



RIVISTA ELETTRONICA DI DIRITTO PUBBLICO, DI DIRITTO DELL'ECONOMIA E DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

A CURADEL

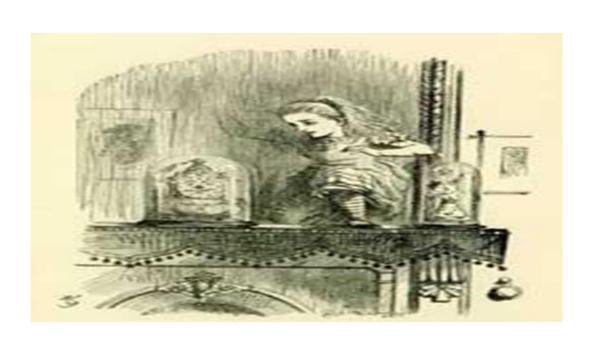
CENTRO DI RICERCA SULLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE "VITTORIO BACHELET"

DIREZIONE: PROF. GIUSEPPE DI GASPARE - PROF. BERNARDO GIORGIO MATTARELLA

RIVISTA REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI ROMA IN DATA 29/12/2005, N. 542/2005 CODICE ISSN 2038-3711

COPYRIGHT 2015 LUISS GUIDO CARLI

VIALE POLA 12 00198 ROMA ITALY



INDICE

Presentazione				• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	2
1. Per una filologia della legge			• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	•••••	4
2. Stato sociale e Stato di diritt	o in Forsthoff e Hab	ermas	•••••	• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	11
3. Scavi al sito (CEE/CE?)					UE 33
4. Suum unicuique tribuere? E	tica e diritto nella gi	ustizia distril	outiva	• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	38
5. Disputa sul metodo nel diri Massimo Brutti, Vittorio Scial		•		_	
6. Solidarietà, un'utopia "g Solidarietà, un'utopia necessar					
7. Metateoria del positivismo g	giuridico				71
8. Il diritto post moderno, dalle	e meta narrazioni alle	o storytelling	<u></u>	•••••	103
9. Orlando, l'enigma del meto "Orlando realoded. Alla ricerc		=			_
10. "Monetacattiva scaccia mo	onetabuona". Favole	tta per econo	misti	• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	120

Presentazione

Ancora non molto tempo fa questa raccolta si sarebbe definita "Miscellanea". Un contenitore di scritti di vario genere non riconducibili allo specifico ambito disciplinare di appartenenza dell'autore. Per assonanza mi è venuto in mente il neologismo "Collateralia" per segnalare piuttosto la loro comune matrice causale e al contempo casuale. Questi scritti sono in effetti conseguenze di inciampi teorici apparsi nel corso di studi e approfondimenti di diritto pubblico e amministrativo. Interrogativi di senso causati dalla scoperta di paradossi, dei quali ho imparato presto ad apprezzare la fondamentale funzione euristica.

Sorprendenti indicatori di percorsi alternativi - "paradossali" appunto - i paradossi aprono, in modalità controintuitiva, prospettive inusitate di senso fino anche a ricondurci ad una visione disincantata dell'oggi. Un discorso prossimo che si allontana però dal sentiero comunemente battuto, come è peraltro nell'etimo della parola. Un punto di vista divergente dal e sul *mainstream* dominante. Attraverso lo specchio, oltre l'immagine riflessa dalla tramandata tradizione.

Un primo gruppo di questi scritti può essere ascritto al genere del divertissement. Una tonalità distopica nella narrazione favolistica percorre: Per una filologia della legge (scritto insieme a Pier Alberto Capotosti) (1988); Scavi al sito archeologico della città stato UE (CEE/CE?) (2005); Suum unicuique tribuere (2012) e Moneta cattiva scaccia Moneta buona (2006).

Stato sociale e Stato di diritto in Forsthoff e Habermas (1994); Metateoria del positivismo giuridico (2017); Il diritto post-moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling (2018); Orlando, l'enigma del metodo e Las Meninas di Velasquez (2020) sono più seriosi ma non meno paradossali. Essi si situano nella zona di frontiera del diritto pubblico con la sociologia, la filosofia e la storia del diritto. Territorio che, per l'indeterminatezza dei confini, potrebbe essere assimilato al legal theory angloamericano.

La loro comune matrice è negli studi di teoria generale di diritto pubblico portati a termine tra la metà degli anni '80 e gli inizi dei '90. Andare controcorrente ha richiesto

una concentrazione ossessivamente riorientata sulla risalita del percorso. Uno sforzo gravoso possibile però in un'età in cui è ottimale il mix di energia, curiosità e propensione al nuovo.

Gli scritti qui selezionati sono nella sostanza puntualizzazioni, delucidazioni e applicazioni dei risultati di due ricerche monografiche di quel periodo. Entrambe ruotano intorno al paradosso dello "stato di diritto" come "produttore e al contempo destinatario delle norme dallo stesso prodotte". Il rintracciamento storico dell'enigma fondativo dello stato di diritto è nella monografia *Atti di governo e atto politico nell'esperienza storica dello stato di diritto in Italia ed in Francia* (1984), la sua soluzione teorica, almeno per me, è nel *Il potere nel diritto pubblico* (1992). Nel disvelamento della metodica messa a punto dagli studiosi di diritto pubblico del finire del XIX secolo, generata dalla sottostante inavvertita crisi dello stato liberale di diritto, si rendono manifeste le aporie delle tramandate ricostruzioni giuspositiviste, nonché l'inadeguatezza del restringimento dell'orizzonte giuridico, escogitato per risolverle, della teoria pura del diritto.

La ricerca sulla genesi e metamorfosi dello stato di diritto ha trovato applicazione e ulteriori sviluppi negli studi di diritto dell'economia, consentendo, oltre il velo del positivismo giuridico, di estendere lo sguardo all'impatto del diritto sull'economia e, dunque, alle dinamiche, anche inintenzionali, di progressiva "de-costituzionalizzazione" degli stati democratici di diritto, in particolare del nostro.

Nello stesso perimetro problematico rientrano Disputa sul metodo nel diritto romano e dominio ideologico nella scienza giuridica: Massimo Brutti, Vittorio Scialoja, Emilio Betti, due visioni del diritto civile (2014) e Solidarietà, un'utopia "giuridica" necessaria (recensione a Stefano Rodotà, Solidarietà, un'utopia necessaria) (2015). Entrambi gli scritti sono derivati dalla partecipazione a seminari di discussione delle due monografie. Una gradita occasione per me di confronto con ambiti di ricerca limitrofi della quale, il loro inserimento nella raccolta, vuole dare atto.

Per una filologia della legge*

di Piero Alberto Capotosti e Giuseppe di Gaspare

Se la crisi rappresenta il momento nel quale l'essenza o l'interna contraddittorietà di un fenomeno viene alla luce, sia consentito al giurista di fronte ad un oggetto come la legge, per lui tanto consueto quanto misterioso, procedere con cautela e quindi più che affrontare di petto un tema così pesante, divagare, secondo recenti suggerimenti, con leggerezza.

Il fatto è che, della legge, è incerta la stessa radice etimologica: *lex* come derivante da *legere* oppure da *ligare*. In questo senso appunto la legge come "ciò che lega" oppure come "ciò che è letto". Questa incertezza in ordine all'origine etimologica del termine è in realtà, a ben vedere, la stessa incertezza in ordine al significato del concetto; in altri termini il quesito etimologico trapassa, ancora oggi, nel quesito epistemologico: la legge come forza oppure come comunicazione? Certo è che il riferimento a questa anfibologia concettuale consente, in una certa misura, di ripercorrere l'itinerario del significato della nozione.

Nel diritto romano arcaico, in particolare, il concetto di *lex* come forza e in questo senso lo stesso concetto di diritto (a questo livello di astrazione legge, diritto oggettivo e norma giuridica costituiscono lo stesso ordine concettuale), ha una radice immediata, un ancoramento diretto con la forza (fisica). Esso è intuibile sulla base dell'originario significato degli stessi istituti più arcaici: il riferimento alla *manus* (*capio*, *teneo*, *habeo*) dimostra l'immediato collegamento della situazione giuridica soggettiva al possesso della *vis*, della forza fisica cioè che la sostanzia. Tale relazione, per altro verso, può essere colta quasi visivamente ove si richiamino alla memoria le statuine bronzee italiche di quel periodo con quella mano enorme, sproporzionata, che si erge minacciosa.

Certo, quando la *manus*, nello stesso diritto romano, si abbassa e si stringe nel gesto pattizio, la originaria dimensione della forza fisica si stempera e si scinde nella

^{*} Scritto pubblicato dagli autori in *Fondamenti*, 12, 1988, pp. 121-127.

¹ R. Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Giappichelli, Torino 1967, pp. 182

voluntas del soggetto e nella forza della sanzione, soprattutto eteroimposta (in questo senso la *lex*, come norma giuridica, come prodotta dal *pactum*).

Ed in questa linea, ovviamente, sono da ricercare gli sviluppi futuri del diritto romano, come fondamento dell'attuale diritto civile, nello *jus commune*, nello *jus gentium*.

Ancora, nella fase poetica della conoscenza, per usare una schematizzazione vichiana, troviamo la legge come comunicazione, come rivelazione, cioè, di un ordine superiore e trascendentale, oppure immanente ma incomprensibile. La legge, qui, si incanala nel flusso di comunicazioni che gli auruspici, gli auguri decifrano a partire dai segni con cui essa si manifesta alle società primitive. Certo qui la legge non è scissa e non è scindibile ancora dalle leggi fisiche e da quelle morali e religiose. Sono, in questo senso, *leges aeternae*, *quibus a deo datur reguntur omnia*; anche la norma (giuridica), il precetto in ordine ai comportamenti sociali, si colloca in questo processo di comunicazione, di rassicurazione di fronte all'ignoto, al terror che pervade l'uomo primitivo.

Legge e diritto, quindi, come forza e legge e diritto, come rivelazione, come comunicazione, sin dagli albori della storia della civiltà.

Apparentemente scissi, anche se interferenti, questi due aspetti diverranno in seguito due facce di uno stesso concetto, di uno stesso ordine sistematico. Un primo punto di contatto è già avvertibile nel tardo diritto romano, Ulpiano recita *Iurisprudentia est divinarum et humanarum notitia, aeque iusti scientia* (Dig. I, I, 10). Il diritto, quindi, assume una propria specificità nell'ordine della produzione della comunicazione metafisica: è l'*imperator* in quanto investito, in quanto "consacrato" che assume il nuovo ruolo di interprete della legge giuridica, distinta da quella morale e religiosa la cui specificazione sarà rimessa al magistero della Chiesa. Si opera così, pur proveniente dalla stessa matrice, una prima partizione di *genus* e *species* tra la legge in generale e quella religiosa o terrena.

L'ideologia del Medioevo è tutta ispirata a questa concezione dei due ordini di manifestazione: dalla città terrena e dalla città divina, ai due soli. È su questa ideologia che poggia la costruzione del Sacro Romano Impero. È a questa visione, infine, che si ispira il pensiero tomistico. È, al fondo, il concetto di "bene comune" alla cui tutela

presiede l'autorità dell'imperatore, ma che per la fonte da cui deriva, sovrasta la volontà dello stesso.

Tutt'altra cosa, quindi, dal principio quod principi placuit legis habet vigorem che, come è noto, riassume la ideologia dei nascenti Stati assoluti.² S'inquina, in qualche modo, la derivazione sacrale del diritto e questo tende, nuovamente, a fondarsi essenzialmente sulla forza: sulla volontà sovrana a prescindere, anche dalla eventuale "investitura". Questo diritto statuale, "innovativo", entra così in conflitto con lo jus commune dando luogo, nei diversi ordinamenti positivi, a varie forme di sovrapposizione e separazione: lo jus mercatorum, lo jus fisci, ad esempio. Rimane, comunque, anche di fronte a questo riapparire di una concezione del diritto come forza, una visione universale e trascendentale dello stesso, che si esprime all'epoca nelle categorie, che permangono, della lex terrae o del Landrecht, come fonti legislative non disponibili neppure dal sovrano ed in particolare dello jus gentium.³

Questa dicotomia avrà una sua ricomposizione nell'età dei lumi. In fondo, il giusnaturalismo rappresenta proprio questo: la individuazione di un fondamento trascendente ed unificante del diritto e della legge come forza e come rivelazione. L'ideologia dell'interesse generale viene ormai a sostituire, definitivamente, la precedente idea del bene comune. L'interesse generale determinato dalla legge come astrazione e sintesi dell'interesse comune ai singoli individui riunifica il diritto comune con il diritto dello Stato, il diritto soggettivo con quello oggettivo ed il diritto come forza con il diritto come rivelazione. Perché ancora di questo si tratta: il diritto collegato alla natura del soggetto giuridico ha un attributo di immanenza e di eternità.⁴ In questo senso il diritto, come diritto naturale, è sempre esistito, sta alla ragione umana riconoscerlo, ma una volta rivelatosi, esso ha vigenza eterna ed universale. Questa concezione è evidente nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino ed è ancora alla base dell'età della codificazione: la norma che prescrive il principio della completezza del codice civile è il punto terminale di questa "rivelazione", chiude il cerchio di questo ragionamento. Ed in effetti, questa ricomposizione atemporale tra diritto come volontà e come forza e diritto come manifestazione di un ordine immanente

² J. Caillet, *L'administration en France sous le ministère du cardinal de Richelieu*, Hachette, Paris 1857, pp. 14 ss.

È dallo studio di quest'ultimo che, come è noto, si diparte il giusnaturalismo (U. Grozio, *De iure belli ac pacis*, Paris 1625).

⁴ La ricomposizione di questo dualismo è già nel Contratto sociale di J.J. Rousseau.

e razionale, tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, sembra dar luogo alla costruzione di un'impalcatura sistematica logicamente inattaccabile e sottratta all'usura del tempo che fa perno sulla funzione di interpretazione di questo diritto «naturale» ad opera dello Stato.⁵

Tuttavia, anche questa ideologia giuridica durerà assai meno delle precedenti.⁶

Chi si porrà a valutare nel prossimo millennio l'idea che il fondamento della legge riposi sulla determinazione di un gruppo di soggetti scelti per individuare l'interesse generale, oppure l'idea che la legge sia una specificazione terrena di una volontà superiore ad opera di un soggetto a ciò deputato, probabilmente riconoscerà, in entrambe le concezioni, un fondamento metafisico non molto diverso.

Ad ogni modo è in questa crisi della concezione della legge, come manifestazione dell'interesse generale, che si inquadra ancora l'attuale crisi, anche tecnica, della legislazione.

Come è noto, il pensiero giuridico ha opposto una forte linea di resistenza sul piano della riflessione teorica all'avanzare di tale processo critico.⁷

La concezione della generalità e dell'astrattezza della legge costituisce il riflesso teorico di questa ideologia della universalità e razionalità del diritto. Già, però, nei trattatisti della prima metà del secolo viene meno, progressivamente, l'attributo della immutabilità della norma di legge. Successivamente, a cavallo del secolo, l'affermarsi della teoria della novità e poi il superamento della concezione della legge come regolante esclusivamente rapporti intersoggettivi ed, infine, la scissione tra il concetto di norma giuridica e quello di norma legislativa e il riapparire di una concezione della norma come "forza giuridica", come potere, denotano il progressivo venir meno della ideologia dell'interesse generale.

Ancora in Kelsen, comunque, ripugna l'idea che la legge possa essere espressione del prevalere dell'interesse partigiano: la dialettica parlamentare tra maggioranza e minoranza, è vista ancora al fondo come dialettica in ordine alla migliore

⁵ Cfr. F. Galgano, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Zanichelli, Bologna 1983, p. 13.

⁶ E già R. von Jhering avvertiva come "persino la logica si subordina all'interesse", in *Der Geist des romischen Rechts*, Hanse, Leipzig 1858, III, p. 465.

⁷ Si possono ricordare, come espressione, da ultimo, di questa tendenza, le nobili pagine di F. Lopez De Onate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968.

⁸ Ancora, ad esempio, in L.A. Macarel, *Droit administratif*, Paris 1844, p. 50.

individuazione dell'interesse generale. Sul piano della riflessione giuridica tale contrapposizione è colta nel contrasto tra "decisionismo" e "formalismo". 10

Ma se volgiamo lo sguardo dalle sistematizzazioni ideologiche alla realtà della legislazione è facile a vedersi come il processo di trasformazione è assai più avanti della riflessione, tendenzialmente razionalizzante e sistematizzante, dei giuristi: l'impressione è che, mentre la riflessione teorica è tutt'ora attardata a ricucire le lacerazioni alle trame di una sistematica ormai sfaldata, il diritto positivo procede, anche se in modo non chiaramente percepibile, verso nuovi assetti e, forse, possibili sistematizzazioni.

Il precipitare del contenuto di interessi particolari nella legge, l'affermarsi cioè della prassi delle leggi provvedimento e della legislazione speciale ha di fatto introdotto, ma forse per quello che prima si diceva reintrodotto, la forza della politica nella "neutralità" della norma legislativa: aberrazione somma, questa, per la coscienza giuridica liberale.¹¹

Leggi provvedimento, perciò, che assorbono il contenuto decisionale tipico del provvedimento amministrativo e leggi speciali, inoltre, che prefigurano e condizionano la libera scelta delle parti nel negozio di diritto privato.¹²

Il potere, essenza tipica delle situazioni o delle posizioni soggettive (le potestà dell'autorità e il diritto soggettivo, rispettivamente nel diritto pubblico e in quello privato), viene così ricondotto alla norma di legge. Il diritto, quindi, come forza e disancorato dall'interesse generale può esser percepito anche in un approccio ideologico diverso, come sovrastruttura imposta dalla classe dominante.¹³

Ma in realtà, l'estrema varietà degli interessi nella società pluralistica e il loro vario combinarsi e scombinarsi, hanno avuto definitivamente ragione anche di questa schematica concettualizzazione classista.

Il fatto è che, venendo meno nella prassi l'idea dell'interesse generale, la legge perde sempre più la propria forza simbolica e, quindi, la capacità aggregante di un consenso sociale diffuso. Le forme del consenso, pertanto, si parcellizzano, come si

 10 C. Schmitt, I tre tipi di pensiero giuridico, in Id., Le categorie del politico, Il Mulino, Torino 1972, p. 251 ss.

⁹ H. Kelsen, *Il primato del Parlamento*, Giuffrè, Milano 1962, p. 30.

¹¹ G. Burdeau, "Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1939, p. 17. F.A. von Hayek, *La società libera*, Rubbettino, Firenze 1969.

¹² Sulla destrutturazione e marginalizzazione del codice civile ad opera della legislazione speciale, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979, in particolare pp. 18 ss.

¹³ Per la concezione marxista della legge, cfr. P. Stucka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Einaudi, Torino 1967, pp. 73 ss.

frantuma la stessa mediazione politica e conseguentemente la determinazione degli interessi assunti come pubblici. È in questo contesto che la crisi della legge si manifesta anche nei suoi aspetti tecnici, relativi cioè alla tecnica giuridica come metodo sostanzialmente geometrico-matematico di sistematizzazione dei concetti e del linguaggio legislativo. ¹⁴ Il linguaggio ridondante e prolisso, da sempre prerogativa dell'atto amministrativo – le "grida" manzoniane – trapassa, in questo giuoco di contaminazione, nella norma di legge; la estrema varietà contenutistica della volontà dei soggetti privati si riverbera, ora, nella varietà e nella ambiguità dei contenuti della norma legislativa. ¹⁵

Il continuo comporsi e ricomporsi della mediazione politica, della aggregazione degli interessi dei singoli e soprattutto dei gruppi mina la stabilità della norma legislativa che di questo precario equilibrio è espressione. E così si accentua quel processo, già rilevato da Crisafulli, per cui la legge perderebbe sempre più il carattere della "sovranità" per divenire viceversa progressivamente "policentrica" e "speciale". Le varie forme di "negoziazione" legislativa tendono infatti a canonizzare interessi sempre meno generali e sempre più settoriali, mostrando altresì come le pressioni "neocorporative" si inseriscano nel processo di formazione del diritto, erodendo il momento autoritativo ed espandendosi in un indistinto e confuso modello "neocontrattualistico".

In sintesi, la legge sembra sempre di più lo strumento attraverso il quale la mediazione politica aderisce a tutte le pieghe della realtà sociale e, plasmandosi sulle stesse, si evolve seguendone le interne evoluzioni. Da qui, forse, un ultimo ed ulteriore passaggio: questo processo di adesione sembra finire progressivamente per annullare anche il momento della mediazione politica, il momento, cioè, della sintesi che si opera tra gli interessi tramite la forza della legge. Questa sembra sempre più divenire registrazione e riproposizione, in un linguaggio tendenzialmente neutrale, non solo dei punti di sintesi effettiva degli interessi, ma anche semplice riproposizione dello stesso processo continuo ed aperto di tale assestamento. In questo senso la legge, non più come frutto di una volontà "decisionista", ma come rappresentazione simbolica e linguistica,

¹⁴ Un'analisi di questi aspetti è svolta da Irti, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 18 ss.

¹⁵ In sintesi si osserva come "i linguaggi delle leggi, molteplici e discordi, prolissi e ambigui declamatori e programmatici, rendono ormai impossibile un linguaggio unitario del diritto civile", *ivi*, p. 17.

in un linguaggio che perde sempre più i caratteri tecnico-giuridici tradizionali, di questo processo reale.

La legge, quindi, in sintesi, intesa non come "decisione" ma come "opzione", come rinvio della decisione e come riproposizione della mediazione su un altro piano: un piano, cioè, ancora aperto agli interessati dalla assunzione non risolta ma solo sublimata della contrapposizione degli interessi nella norma. In questo modo, però, il conflitto "sublimato" si stempera o quanto meno può stemperarsi in una attività di interpretazione della norma che ritagli la decisione in modo da adattarla a circostanze e situazioni diverse nei rapporti di forza e nei luoghi e nelle modalità di manifestazione. In questa evoluzione della norma come rinvio della decisione (la legge come norma programmatica) ecco riapparire, ancora una volta, l'antico dilemma tra forza e comunicazione: la teoria giuridica, questa antica "musa" senza memoria, è pronta a riproporcelo nella nuova veste del diritto come "agire comunicativo".

¹⁶ Sintomatico di questo processo è la contraddittorietà sempre più evidente delle, una volta univoche, pronunce di legittimità della stessa Corte di Cassazione.

Stato sociale e stato di diritto in Forsthoff e Habermas*

di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Un nucleo problematico comune: l'indisponibilità del diritto alla politica.

− 2. Un luogo critico comune: Weimar. − 3. Il programma giuridico liberale: la tecnicizzazione dello Stato di diritto. − 4. Tecnicizzazione dello Stato di diritto e Legge Fondamentale. − 5. Il nuovo programma riformista: oltre lo Stato sociale di diritto. − 6. Il nuovo fondamento universale: il diritto tra principio di statuizione e principio di giustificazione. − 7. Qualche interrogativo sull'esperienza costituzionale italiana.

1. Un nucleo problematico comune: l'indisponibilità del diritto alla politica

C'è un nucleo problematico comune, nella riflessione di Forsthoff e di Habermas intorno allo Stato sociale e allo Stato di diritto, costituito dalla ricerca teorica del fondamento della "indisponibilità" del diritto alla forza del potere politico.¹⁷

Questa ricerca di un *ubi consistam* del diritto rispetto alla politica è chiaramente il tema centrale del recente saggio di Habermas, *Morale, diritto e politica.* ¹⁸ Essa è al contempo il motivo conduttore dei saggi raccolti dallo stesso Forsthoff in *Stato di diritto in trasformazione.* ¹⁹ I due punti di vista sono però radicalmente diversi. Essi, infatti, sono focalizzati su due diversi aspetti del problema, offrendo, in tal modo, soluzioni non immediatamente confrontabili.

Il punto di vista di Forsthoff è un punto di vista "interno" al diritto, nel senso e non solo, ovviamente, dell'assunzione di un punto di vista interno alla scienza del diritto, ma nel senso, più caratterizzante, che individua la soluzione del problema della indisponibilità del diritto alla politica in una qualificazione strutturale e formale del

^{*} Scritto pubblicato in Jus, 1, 1994, pp. 145 ss.

¹⁷ J. Habermas, *Morale, diritto e politica*, a cura di Leonardo Ceppa, Einaudi, Torino 1992, p. 56.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano 1973.

giuridico, il quale, in sé e per sé considerato, è in grado di assicurare l'effettiva ed autonoma sussistenza di tale neutralità.

Il punto di vista di Habermas è, invece, "esterno", non solo per l'approccio sociologico e per l'implicito disconoscimento della scientificità della "dottrina" giuridica e della giurisprudenza, ma anche perché il suo ragionamento parte proprio dal rifiuto della possibile sussistenza di "una razionalità *intrinseca* alla forma del diritto che conferisce legittimità al potere esercitato in forme legali".²⁰

È proprio la contestazione di questo assunto "formale" che porterà Habermas, nel prosieguo del saggio, a rigettare le possibili varianti in cui questa formulazione dell'autonomia della neutralità del giuridico può essere svolta. In questo senso, secondo Habermas, una linea di continuità negativa accomuna tutti quegli autori – a partire da M. Weber per arrivare a N. Luhmann, passando appunto per Forsthoff – che da un punto di vista interno alla scienza giuridica ricercano una propria autonomia sistemica.

Nei riguardi di Forsthoff la polemica di Habermas è piuttosto accesa in ragione del tentativo di questi di ricondurre la costituzione della Repubblica Federale Tedesca alla tradizionale concezione liberale dello Stato di diritto. Non interessa, però, in questa sede sottolineare la differenza di approccio sul piano ideologico, anche se quest'atteggiamento di fondo va tenuto presente per comprendere il senso generale del ruolo assegnato allo Stato.

La contrapposizione interno-esterno non si risolve, dunque, in quella tra l'approccio sociologico e quello giuridico, né nel contrasto di ispirazioni ideologiche, ma in una diversa concezione giuridica della natura dello Stato di diritto. Mentre Forsthoff, partendo da una concezione strutturale, arriva ad una formulazione "formale" dello Stato di diritto, Habermas risolve comunque il fondamento dello Stato e dello Stato di diritto *aliunde*, in un qualcosa di preesistente e costituente la dimensione giuridica. In questa prospettiva il dualismo formale-informale, su cui si regge la relazione "interna" tra Stato di diritto e Stato sociale, è, come si vedrà meglio in seguito per Forsthoff, dissolta *ab origine* da Habermas: "diritto formale e diritto informale appaiono, *fin dall'inizio*, semplici varianti interne al diritto positivo".²¹

Negata qualsiasi autentica originaria autonomia del diritto, per Habermas, come più in generale per la concezione decisionista, è il potere politico che fonda e sorregge il

12

²⁰ Habermas, *Morale*, *diritto e politica*, cit., p. 5.

²¹*Ivi*, p. 17.

diritto dello Stato. La fondamentale relazione dualista politico-giuridico si risolve, dunque, in un prima e in un poi: il potere politico appare come genesi e momento costitutivo del diritto.

Se si assume questo punto di vista, il problema della "indisponibilità" del diritto alla politica non può essere rappresentato in termini di equilibrio dualistico tra i due termini. Esso va ricondotto e risolto nelle modalità costitutive dello Stato e del diritto. La neutralità del diritto viene così considerata, all'interno di un processo continuo di formazione, collegata al momento della trasformazione del potere sub specie iuris.

Se si parte dal punto di vista interno, invece, il punto focale non è quello della formazione ma, piuttosto, quello della *applicazione* del diritto. È l'assenza di discriminazione nella sua applicazione che assicura la neutralità della norma. In quest'altra prospettiva il dualismo politico-giuridico non si ordina in una successione diacronica, ma si dispone in una relazione cronologica di coesistenza oppositiva dei due termini. Da questo punto di vista, allora, la neutralità si costituisce e si difende mantenendo la tensione oppositiva tra le due sfere, evitando interferenze, impedendo che l'*intrinseca* neutralità del diritto possa essere corrotta e contaminata dalla intrusione della dimensione politica.

Su queste due immagini della relazione politico-giuridico riposano, alla base, la diversa concezione della relazione tra Stato di diritto e Stato sociale: per Habermas lo Stato sociale è una forma evolutiva dello Stato di diritto borghese, e cioè lo "Stato sociale di diritto"; per Forsthoff, invece, quest'ultima formula è un'aberrazione. Lo Stato sociale si contrappone concettualmente allo Stato di diritto condividendo con esso la stessa esperienza storica costituzionale. Per Forsthoff, a differenza di Habermas, lo Stato sociale non è una fase evolutiva dello Stato di diritto borghese ma costituisce, insieme allo Stato di diritto, l'altra faccia, alla prima subordinata, degli attuali ordinamenti costituzionali. Ma sono due facce diverse destinate necessariamente a rimanere distinte pena il dissolvimento dello Stato di diritto.

La commistione degli elementi dello Stato sociale con quelli dello Stato di diritto, in altri termini, non produce una nuova forma di Stato di diritto, ma semplicemente il suo interno dissolvimento. Non solo non è possibile dunque ridurre l'uno all'altro teoricamente, ma è ancor più rischioso confonderli: "Stato di diritto e Stato sociale sono due componenti determinanti della vita del nostro Stato, *che si sono sviluppate su due*

piani diversi di formulazione giuridica". Ne consegue che "il compito di riunire in un ordinamento giuridico unitario le limitazioni amministrative e la cura dei bisogni essenziali dei cittadini è irrisolto – lo è forse perché in effetti è insolubile. Forse è proprio così: il moderno diritto amministrativo è dualistico e rimarrà dualistico non in conseguenza di una incapacità della scienza ma per la logica delle cose".²²

Vedremo meglio tra un po', quando affronteremo più da vicino la nozione di Stato sociale, in cosa consistente, secondo Forsthoff, "questa logica delle cose" che tiene necessariamente e strutturalmente distinte le limitazioni amministrative, tipiche dello Stato di diritto, dalla cura dei bisogni essenziali, quale finalità propria dello Stato sociale. Qui interessava indicare subito questa diversità di approcci, vorremmo dire metodologica, al comune problema della neutralità del diritto e della sua indisponibilità alla politica.

Così in una logica "interna" la ricerca della neutralità si traduce in un equilibrio tra politico e giuridico e nel mantenimento della loro formale separazione. In una logica esterna, invece, la neutralizzazione appare piuttosto come esigenza connessa alla trasformazione del potere politico nel diritto. È in questo passaggio che si cerca di individuare nella "morale", come vedremo meglio in seguito, quel *quid* di indisponibilità che possa assicurare l'eteronomo fondamento di una relativa autonomia del diritto rispetto alla politica.

2. Un luogo critico comune: Weimar

Un altro punto di contatto tra le due riflessioni è rappresentato dalla crisi di Weimar. Questo scenario storico di fondo incombe con più immediatezza in Forsthoff, la cui riflessione è, anche cronologicamente, più vicina e personalmente più condizionata da quella esperienza. Esso, invece, è meno evidente in Habermas, per il quale costituisce piuttosto un punto problematico di ritorno: è la dissoluzione della prospettiva del superamento dello Stato democratico nello Stato socialista, che spinge ad una nuova riconsiderazione di quel passaggio storico cruciale.

Un punto di crisi comune, dunque, ma interpretato secondo due diversi approcci problematici. Nella prospettiva di Habermas, Weimar segna infatti la crisi del pensiero teorico democratico: dell'illusoria convinzione che la volontà democraticamente

²² Forsthoff, Stato di diritto in trasformazione, cit., p. 39.

formata dello Stato sia garanzia, comunque, della neutralità del suo diritto. È proprio la constatazione teorico-pratica di questo fallimento che spinge Habermas a cercare l'indisponibilità del diritto alla forza della politica in una inerenza della dimensione morale al fenomeno giuridico.

Per Forsthoff, Weimar segna invece la caduta dello Stato di diritto, a causa del venir meno del principio di legalità formale. È questa caduta che occupa e preoccupa la riflessione teorica dei giuristi liberali. Con Weimar infatti, secondo Forsthoff, vengono meno "naturalmente" quei presupposti che assicuravano l'autonomia della società civile dallo Stato²³.

Un identico luogo critico colto però da due diverse prospettive. Quello che preoccupa Habermas, infatti, è il *venir meno* di Weimar, la sua caduta di fronte al regime nazista; all'opposto quello che inquieta Forsthoff è piuttosto l'inizio che la fine, *il suo venir in essere*, in quanto comportando il superamento della monarchia liberale ha provocato la caduta del modello originario di Stato di diritto. Diversa è dunque, ripensando Weimar, l'angolazione dalla quale vengono visti anche i possibili correttivi: mentre per Habermas si tratta di ricercare un qualche limite al principio democratico ed un correttivo al principio di integrale derivazione del diritto dal potere politico, per quanto democratico, per Forsthoff si tratta, su di un altro piano, di ripristinare la distinzione "formale" tra politico e giuridico poiché la loro commistione, avvenuta nella costituzione della Repubblica di Weimar, aveva segnato la fine della neutralità della legge e del diritto.

3. Il programma giuridico liberale: la tecnicizzazione dello Stato di diritto

Si è già accennato che l'approccio di Forsthoff si basa su una contrapposizione "interna" tra un potere politico-giuridico e un potere giuridico che si collocano entrambi all'interno della sfera statuale. Quest'aspetto teorico si desume chiaramente nella rivendicazione dell'autonomia concettuale del potere statuale rispetto alla forza politica. Riprendendo la formulazione di Hobbes "auctoritas non veritas facit legem", Forsthoff opera una distinzione tra potestas ed auctoritas, riconoscendo solo a quest'ultima "cittadinanza nel campo del diritto". Non è la pretesa di potere dello Stato – afferma – che crea il diritto, l'autorità è tutt'altra cosa. Quest'autorità è qualcosa di genuinamente

²³*Ivi*, p. 105.

statale, addirittura il "nucleo essenziale dello Stato". ²⁴ Cosa sia quest'altra cosa in sé considerata, Forsthoff non lo spiega, ma è importante sottolineare che l'auctoritas in quanto genuinamente statale, in quanto "altra cosa" rispetto alla potestas politica, fonda il campo di rivelazione teorica del giuridico a prescindere da quest'ultima. Questa esclusione consente, dal punto di vista della scienza giuridica, di occultare il problema, che è invece centrale nella riflessione di Habermas, del fondamento politico dell'auctoritas dello Stato.

Rimane così fuori quadro, per Forsthoff, il problema della relazione tra *potestas* ed *auctoritas*, della trasformazione del potere politico nell'autorità dello Stato, la quale ultima si dà per presupposta nel discorso giuridico, *sibi sufficiens*. Escludendo il problema della genesi e dando per presupposta l'esistenza di un autonomo potere dello Stato, si porta l'attenzione immediatamente sulla delimitazione interna di quel potere, su quella scissione dualistica che, nello Stato liberale, ha contrapposto l'autorità dello Stato al potere legislativo. È un nuovo equilibrio tra poteri che fonda lo Stato di diritto: con lo Stato borghese "vive la coscienza che l'ampia assolutizzazione della legge come norma generale abbia i suoi limiti accanto ad essa in una autorità del sovrano".²⁵

All'originaria *auctoritas* dello Stato si contrappone, dunque, un potere giuridicolegale che la limita e ne è limitato. L'*auctoritas* appare ora come un potere sovrano
residuale, interno all'amministrazione dello Stato, se esorbita la relazione con la legge e
ne segna chiaramente i limiti esterni stabilendone le limitazioni amministrative:
"l'attività politica dello Stato diviene rilevante per lo Stato di diritto se interviene sulla
libertà e proprietà". ²⁶ L'*auctoritas*, come potere che conforma l'amministrazione, è
volta, si potrebbe dire, alla cura dei bisogni essenziali della comunità. Appare così una
linea di continuità: dalla amministrazione dello Stato di polizia, allo Stato
amministrativo, allo Stato sociale.

Così delimitata dalla legge, l'auctoritas dello Stato si manifesta come potere ordinato ed ordinante nello Stato di diritto. È su questo equilibrio dualistico tra potere del sovrano e potere del Parlamento che si basa "l'intera struttura della costituzione

²⁴*Ivi*, p. 129.

²⁵*Ivi*, p. 132.

²⁶ *Ivi*, p. 291.

dello Stato di diritto, che in parte esclude del tutto tali interventi, in parte li limita in determinato modo, in parte li regola in modo giuridico formale".²⁷

Questa relazione dualistica tra *auctoritas* e potere legislativo appare, dunque, la relazione che fonda lo Stato di diritto. Si spiega così la ragione della particolare attenzione del Forsthoff nel ricercare l'esistenza di tale equilibrio dualistico anche nell'attuale costituzione della Repubblica federale di Germania.

Ed in effetti, questa cesura dualistica tra una congenita *auctoritas* pubblica ed un potere legale ad essa sovraordinato è presupposta dalla stessa Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca. A questo originario dualismo possono, infatti, essere ancora ricondotti, per Forsthoff, "tutti i problemi di metodo e di interpretazione della Legge fondamentale".²⁸

Questa separazione consente il libero ed autonomo autoregolarsi della società civile. Lo Stato sociale, come svolgimento di attività attinenti ai bisogni essenziali della collettività, trova nel rispetto dell'autonomia della società civile, che lo Stato di diritto garantisce, un limite invalicabile.²⁹

Questo rapporto tra Stato e società civile è il frutto di una evoluzione storica. Esso si trova originariamente in una posizione di equilibrio naturale nello "Stato di diritto monarchico del XIX secolo", considerato dal Forsthoff come "forse l'unico vero Stato di diritto che abbiamo avuto".³⁰

Questo equilibrio, raggiunto con le rivoluzioni liberali, si rompe, come abbiamo accennato, a seguito della prima guerra mondiale con la Repubblica di Weimar.

È allora compito della scienza giuridica del diritto pubblico ricostruire quell'equilibrio nella (e con la) nuova Costituzione federale della Repubblica tedesca. Lo Stato di diritto non solo rappresenta un insuperabile ed insuperato modello storico, ma è soprattutto, ed ancora oggi, il miglior modello tecnico giuridico di organizzazione dello Stato.³¹

L'autonomia della società civile è dunque un fatto "naturale" nello stato monarchico costituzionale, ma essa è al contempo un "valore" che è possibile e

²⁷ Ivi, p. 292.

²⁸ *Ivi*, p. 296.

²⁹ Solo se la società è autonoma, cioè se fa affidamento su se stessa ed è mossa da forze immanenti, lo Stato è libero di limitarsi alla determinazione normativa di regole generali e facendo sì che le attività sociali si svolgano nell'ambito della legge, cfr., *ivi*, p. 105.

³⁰ *Ivi*, p. 84.

³¹ Sul punto cfr., da ultimo, G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova 1992.

doveroso salvaguardare, al di là delle condizioni storiche che l'hanno generata, attraverso un processo che Forsthoff definisce di "tecnicizzazione delle istituzioni":³² "l'autonomia delle istituzioni dello Stato di diritto di fronte al *mutamento ambientale* fu raggiungibile solo attraverso la tecnicizzazione delle istituzioni". Ed ancora, "gli *elementi strutturali* della costituzione dello Stato di diritto acquistano necessariamente un carattere tecnico".

Quale sia questa mutazione ambientale che ha reso necessario tradurre gli elementi strutturali dello Stato di diritto monarchico in statuizioni tecnico-giuridiche non è espressamente considerato da Forsthoff, il quale, però, ne richiama i tratti essenziali: "l'ordinamento costituzionale tipico dello Stato borghese di diritto fu in grado di contribuire a questo splendido sviluppo del sistema giuridico pratico, oltre che dando sicurezza alla libertà e alla proprietà, solo con un elemento formale, benché importantissimo: l'ordine sistematico delle fonti". 33

La supremazia della legge limita il contrapposto potere statale e questa contrapposizione fa sì che, da un punto di vista soggettivo, "tutti i diritti fondamentali classici sono delimitazioni perché creano settori di fronte ai quali il potere dello Stato deve fermarsi".

Si tocca qui con mano il punto di frattura con l'iniziale modello dello Stato liberale monarchico del XIX secolo; aggiunge infatti Forsthoff "la delimitazione definisce solo l'aspetto tecnico-normativo del fenomeno, ma non viene detto per quale motivo e con quale intensità esso avvenga.³⁴

Intensità e motivo vanno ricercati nella su accennata relazione tra Stato e società civile nell'originario modello delle monarchie costituzionali, ove all'auctoritas del sovrano si contrappone un potere della società civile, che si esprime nella legge. Il motivo di quella originaria delimitazione è in questa tensione dualistica tra Parlamento, espressione del potere della società civile, e l'auctoritas dello Stato. Con il passaggio allo Stato parlamentare questa originaria tensione dualistica viene meno: il Parlamento da organo della società civile diviene organo dello Stato, la tensione naturale che si reggeva sulla contrapposizione bipolare precipita, "con la soppressione della monarchia

18

³² Forsthoff, Stato di diritto in trasformazione, cit., p. 62.

³³ *Ivi*, p. 15.

³⁴ *Ivi*, p. 44.

e con la fine dell'autonomia della società borghese si è determinato quanto segue: Stato e società si sono intrecciati".

Forsthoff ha piena consapevolezza dell'impossibilità di ripristinare quell'equilibrio naturale tra poteri. Venuto meno il dualismo tra Stato e società civile non è più possibile distinguere, geneticamente, il potere politico del governo dal potere legale del Parlamento. Al *dualismo* si è sostituito il *monismo* del potere, il potere politico si è posto a fondamento dello stesso potere legislativo: la norma di legge non è più un limite al potere politico, ma diviene strumento di quello. Vien così meno quella indisponibilità del diritto all'*auctoritas* politica che fondava in precedenza lo Stato di diritto e garantiva i diritti fondamentali.

È in questo passaggio che si nasconde quella mutazione ambientale che distrugge gli elementi strutturali dello Stato di diritto borghese e mette a repentaglio quei valori giuridici universali che esso ha saputo quasi inconsapevolmente esprimere.

È la consapevolezza di questa mutazione e la volontà di preservare quei valori che spinge alla tecnicizzazione istituzionale della forma dello Stato di diritto.

Il compito della scienza giuridica è, dunque, quello di restaurare quell'iniziale dualismo, riproponendo, nelle costituzioni postweimariane, quella distinzione tra Stato di diritto e Stato sociale, tra i diritti fondamentali e i cosiddetti diritti sociali poiché "lo sforzo di proiettare all'interno della costituzione dello Stato di diritto situazioni politiche e sociali mutevoli, dando così ad essa un contenuto conforme alle diverse situazioni, porta in realtà al suo *interno dissolvimento*".³⁵

In questo sforzo, infatti, la legge finisce con il perdere la sua caratteristica di limite connesso agli attributi della generalità ed astrattezza, viene così meno il presupposto della delimitazione tecnica dello Stato di diritto dallo Stato sociale: "lo Stato di diritto nasce e muore con il predominio della legge intesa come norma astratta e generale". ³⁶

È la contrapposizione dualistica che genera l'equilibrio dei poteri ed essa può essere salvaguardata solo preservando il carattere di generalità ed astrattezza della norma di legge. Il monismo del potere è infatti sempre sinonimo di assolutismo: "la vecchia tesi (dello Stato di diritto) che l'assolutismo non è superato quando il suo

³⁵ *Ivi*, p. 42.

³⁶ *Ivi*, p. 46.

titolare, il monarca, viene sostituito dal parlamento dovrebbe essere di nuovo in grande onore".³⁷

È l'attaccamento a questa concezione della legge che spinge alla critica del positivismo giuridico. Critica che Forsthoff riallaccia al mutamento costituzionale del 1918, quando ricorda come, di fronte alla nuova onnipotenza parlamentare, fu coniata la celebre espressione di "crepuscolo della legge". ³⁸

Si torna così a quella congiunzione critica (teorica, storica e pragmatica) rappresentata dalla Repubblica di Weimar. Viene meno l'antica fiducia nella legge: "sacra non è la legge, sacro è il solo diritto. E la legge è subordinata al diritto". In questo brusco mutamento – è sempre Forsthoff che parla – apparve una sfiducia verso il legislatore.

In questo passaggio appaiono, dunque, i nuovi termini del "rompicapo" del nuovo Stato di diritto: se si rompe l'equazione diritto=legge, come si fa a subordinare la legge al diritto, rimanendo nei limiti della positività della norma?

4. Tecnicizzazione dello Stato di diritto e Legge Fondamentale

Fondare lo Stato di diritto implica ricostruire una gerarchia delle fonti cui affidare quella difesa dei diritti fondamentali che non può più essere assicurata dalla legge ordinaria. È la costituzione rigida la nuova fonte sovraordinata che permette di recuperare un equilibrio dualistico, rimettendo nuovamente in tensione società civile e Stato. In questo senso si spiega la tesi di Forsthoff secondo cui la Legge Fondamentale tedesca "postula una opzione per lo Stato di diritto". Questa scelta di modello costituzionale verrebbe ad essere attestata innanzitutto dalla previsione contenuta nell'art. 20 della Legge Fondamentale e rafforzata con la massima efficacia nell'art. 79 della stessa. La Costituzione, assicurando la «indisponibilità» dei diritti fondamentali alla legge, recupera la funzione di delimitazione e garanzia della società civile che altrimenti la legge, fagocitata dal potere politico, non è più in grado di assicurare. È la costituzione che consente di ristabilire quell'autonomia della società civile "intrecciatasi" con lo Stato ai tempi di Weimar.

³⁸ *Ivi*, p. 13.

³⁷ *Ivi*, p. 104.

³⁹ *Ivi*, p. 40.

Quest'opera di restaurazione e di ricerca dell'antico equilibrio spiega l'interpretazione costituzionale di Forsthoff della Legge Fondamentale della Repubblica federale: affermare l'autonomia della società civile significa affermare l'indifferenza dello Stato ai rapporti giuridici che in essa si instaurano in un continuo processo di autoregolazione. Non è compito dello Stato intervenire o peggio sovvertire la dinamica naturale di quei rapporti ed in questo senso "la Legge Fondamentale fissa lo *status quo* in modo straordinariamente più rigido e immutabile della costituzione di Weimar". ⁴⁰

Sotto altra angolazione si ribadisce che "la Legge Fondamentale non ha specifico contenuto sociale". La Costituzione dunque non ha "valori" da realizzare che si impongano alla società civile, non ha uno specifico contenuto sociale, non ha obiettivi da perseguire, e, soprattutto, non si pone come obiettivo la modifica dello *status quo*. Anzi, si fa notare come, dal punto di vista del diritto costituzionale, nessuno dei significati che il termine "sociale" può avere in altri campi del diritto assuma una qualche rilevanza.⁴¹

Sotto il profilo formale, dunque, le costituzioni intervenute dopo il 1945 hanno restaurato il concetto di legalità che si era trasformato. Ma se "restaurare il concetto di legge dello Stato di diritto" comporta il recupero della generalità ed astrattezza della norma, della bisogna allora contrastare, teoricamente, le leggi provvedimento qualificandole su un altro piano: affermare la loro diversa natura di atti sostanzialmente amministrativi. È essenziale, inoltre, che questo recupero avvenga pienamente per i diritti fondamentali: "la struttura fondamentale della legge che deve limitare i diritti fondamentali [...] tale legge deve essere generale e non valere solo nel caso concreto". Le libertà dei singoli, come valori negativi, si configurano pertanto al centro dell'interpretazione costituzionale in quanto essi si pongono, in base alla Legge Fondamentale, come limiti e vincoli direttamente alla legislazione, della giurisdizione e all'amministrazione.

⁴⁰ *Ivi*, p. 51.

⁴¹ *Ivi*, p. 53.

⁴² *Ivi*, p. 23.

⁴³ *l*vi n 105

⁴⁴ Si pensi al controllo costituzionale a tutela dei diritti fondamentali operato dalla Corte costituzionale sulla discrezionalità amministrativa delle leggi provvedimento. Cfr., *ivi*, pp. 48, 117, e in particolare pp. 124, 128

⁴⁵ Ma anche la giurisdizione è limite alla potestà legislativa (*ivi*, p. 108), non privo di una sua attualità per noi il seguente passo (*ivi*, p. 126): "Una legge di amnistia che persegua lo scopo di sottrarre un determinato gruppo di persone alla condanna per una determinata azione è inconciliabile con la legge fondamentale se il trattamento individuale di questo gruppo di persone appaia secondo il canone di un

Affiora qui, nella difesa dell'intangibilità dei diritti fondamentali, quasi un residuo di giusnaturalismo: se infatti i diritti fondamentali assicurano il nucleo di indisponibilità giuridica alla stessa legge dello Stato "resta incerto se i diritti fondamentali siano diritti *pre-esistenti* allo Stato o diritti garantiti solo dallo Stato". Siamo al limite, come si vede, della positività; riemerge il fondamentale dilemma giusnaturalistico sulla natura del diritto. 48

D'altra parte questa pre-esistenza dei diritti fondamentali è in sintonia con la funzione che essi svolgono di restaurazione dello schema dualistico tra società civile e Stato. In questa prospettiva i diritti fondamentali (libertà e proprietà) dunque, in quanto congeniti alla società civile, trovano nella costituzione, più che il loro fondamento, il positivo riconoscimento della loro naturale intangibilità.

Lo schema teorico dualistico così restaurato consente di porre in tensione nuovamente diritto e politica, costituzione e realtà: "l'interpretazione costituzionale non può far scomparire dietro artificiose schematizzazioni gli effettivi contrasti tra costituzione e realtà". ⁴⁹ Questo "momento di tensione" determina l'irriducibilità dello Stato di diritto allo Stato sociale all'interno dello stesso ordinamento costituzionale ed – afferma Forsthoff – "è bene che sia così". Si constata anzi, con evidente soddisfazione, "una straordinaria resistenza dello Stato di diritto di fronte ai tentativi di riempirlo di contenuti sociali". ⁵⁰

I due termini dunque, per quanto relazionabili, rimangono su piani diversi: "lo Stato di diritto dunque è determinato, da un punto di vista contenutistico, in un certo senso dal riconoscimento dello Stato sociale".⁵¹ Ma si tratta di un collegamento "contenutistico", non "formale". Ad ogni buon fine, per non equivocare la portata di tale riconoscimento si aggiunge che "non ha significato istituzionale".

comportamento improntato all'idea di giustizia un trattamento arbitrario e quindi in contrasto con il principio di eguaglianza".

⁴⁶ *Ivi*, p. 37.

⁴⁷ *Ivi*, p. 41.

⁴⁸ Una lettura dualistica della stessa costituzione di Weimar, basata sulla intangibilità dei diritti fondamentali individualistici (libertà e proprietà) rispetto ai diritti democratici o socialistici conferiti dallo Stato, era già stata avanzata dal maestro di Forsthoff, Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano 1984, p. 227.

⁴⁹ Forsthoff, Stato di diritto in trasformazione, cit., p. 32.

⁵⁰ *Ivi*, p. 37.

⁵¹ *Ivi*, p. 60.

In sintesi, "il legame tra Stato di diritto e Stato sociale è *un fatto*" ⁵² e il concetto di Stato sociale *non è un concetto giuridico*. ⁵³

Lo Stato sociale appare, nella legge fondamentale, come una versione aggiornata dello Stato amministrativo e dello Stato di polizia. Una variabile dipendente, subordinata allo Stato di diritto, inidonea a fondersi con il primo, sempre in tensione rispetto allo stesso ma non in effettivo conflitto. Il nesso di subordinazione fa sì che il significato di Stato sociale che si può ricavare dalla costituzione non ha infatti un contenuto "polemico" verso lo Stato di diritto, non si pone come antagonista allo stesso, non è eversivo della costituzione dello Stato di diritto e dello *status quo* che essa garantisce. La sua realizzazione si inscrive in questi limiti di compatibilità, in particolare il nesso di subordinazione vige nel rispetto del diritto fondamentale di proprietà.⁵⁴

Questa assolutizzazione della tutela della proprietà come diritto fondamentale che limita lo Stato sociale emerge, secondo Forsthoff, oltre che nella tradizionale necessità della previsione legislativa della espropriazione, nell'interpretazione di fondamentali disposizioni costituzionali. Si ritrova nella generale limitazione della potestà impositiva dello Stato, per cui l'ablazione tributaria può inibire solo parzialmente il godimento del bene e la percezione degli utili. Appare a fondamento della stabilità della moneta e del risparmio privato. La svalutazione e l'inflazione infatti comportano uno "spossessamento" del ceto medio ed una surrettizia ridistribuzione del reddito. Logica conseguenza è un forte limite costituzionale alla politica finanziaria e di bilancio: un limite strutturale all'indebitamento dello Stato il cui rispetto è assicurato dalla attività della Banca centrale.

La tutela del diritto di proprietà delimita, dunque, il quadro di compatibilità finanziarie entro il quale può operare legittimamente il principio redistributivo che ispira lo Stato sociale. Si tocca qui con mano, nell'interpretazione di Forsthoff delle norme costituzionali, finanziarie e di bilancio, quella traduzione di elementi strutturali

⁵³ *Ivi*, p. 70.

⁵² *Ivi*, p. 66.

⁵⁴ *Ivi*, pp. 33, 90.

⁵⁵ *Ivi*, p. 91.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 93, 136.

dello Stato di diritto ottocentesco in norme tecniche costituzionali.⁵⁷ Quell'equilibrio naturale, messo in discussione nella costituzione di Weimar, è ora restaurato nella tecnicizzazione degli antichi elementi strutturali operata dalla Legge Fondamentale. Il rispetto di questo restaurato equilibrio si impone così nuovamente alla attività sociale del nuovo Stato federale tedesco.

In questo quadro di compatibilità giuridica e finanziaria si colloca lo Stato sociale, nell'ambito del diritto amministrativo, in una compatibilità strumentale e complementare con lo Stato di diritto. "La parola sociale va dunque al di là della Legge Fondamentale e potrebbe ricevere un contenuto specifico solo da settori che si trovano fuori dal diritto costituzionale>".58

Una subordinazione logico-giuridica dello Stato sociale allo Stato di diritto, una diversa valenza nella gerarchia delle fonti e nella rilevanza giuridica (di diritto costituzionale il primo, esclusivamente di diritto amministrativo il secondo). Se la realizzazione delle politiche sociali è condizionata al rispetto dell'equilibrio finanziario che, a sua volta, tutela il diritto fondamentale di proprietà ne consegue come logico corollario l'assenza di "diritti soggettivi" dei cittadini a prestazioni amministrative da parte dello Stato. Il rapporto giuridico caratterizzante lo Stato sociale è piuttosto la "partecipazione" che non appare però una situazione di aspettativa, una specie di interesse legittimo, essa, infatti, implica l'adempimento di un obbligo sociale. La realizzazione dello Stato sociale riposa pertanto sulla "virtù" dei funzionari (dei giuristi) ma anche, ed in primo luogo, dei cittadini, sul loro sentimento di partecipazione alla collettività.

È il tradizionale "spirito di armento" che fonda la "lealtà" sociale e che ispira la reciprocità dei rapporti e la moralità fiscale. Sulla partecipazione, come condivisione dei problemi della collettività, su queste virtù collettive, sulla loro tutela e formazione si sposta l'accento critico di Forsthoff nel contemplare l'evoluzione moderna dell'amministrazione verso una, non sempre condivisa, tecnicizzazione che sembra avanzare a scapito delle tradizionali qualità dell'amministrazione tedesca.⁵⁹ È sulla efficienza e senso di responsabilità di questa che, in ultima analisi, riposa la

⁵⁹ *Ivi*, p. 188.

⁵⁷ Ivi, p. 37. Nelle monarchie costituzionali la legge di autorizzazione di bilancio in effetti aveva questo duplice compito di definire i limiti delle entrate tributarie e di condizionare la tipologia della spesa a tutela degli interessi delle classi borghesi egemoni in Parlamento.

⁵⁸ *Ivi*, p. 53.

realizzazione dello Stato sociale, piuttosto che sulla impossibile giuridicizzazione, in termini di diritti sociali, delle pretese amministrative.

In questo contesto, la stessa nozione di *bisogni essenziali*, posta alla base della costituzione giuridica dei servizi pubblici, non assurge mai a concetto di diritto individuale, attiene sempre e solo all'ambiente collettivo.

5. Il nuovo programma riformista: oltre lo Stato sociale di diritto

C'è un aspetto decisivo nell'approccio di Habermas alla critica delle teorie autosufficienti del diritto che è connesso ad una visione di fondo del ruolo dello Stato e della norma giuridica che lo porta a rifiutare le concezioni liberali, come quella appena considerata di Forsthoff, senza peraltro aderire in pieno alle concezioni positivistiche democratiche. Nei confronti del pensiero giuridico liberale il punto critico è costituito essenzialmente dal rifiuto della concezione della razionalità giuridica strumentale che esclude l'universo dei valori dal diritto. La critica è svolta, nel corso del lavoro, con riferimento in particolare alle tesi di M. Weber, ma, in considerazione del punto di vista da cui muovono, coinvolgono anche impostazioni similari come quella di Forsthoff.⁶⁰ Al fondo, una diversa concezione del rapporto tra Stato e società civile, nel senso cioè che è convinzione di Habermas che spetta allo Stato operare per un processo di trasformazione dello status quo sociale piuttosto che garantirne l'assoluto rispetto. Sotto questo profilo, Habermas dunque condivide il punto di partenza dei giuristi democratici per cui "solo come progetto storico lo Stato di diritto democratico contiene un senso normativo [...]".61 La moderna idea di Stato implica necessariamente l'affermazione di strategie di sviluppo sociale e politico tramite l'azione dei pubblici poteri. È quest'impostazione – si può qui notarlo solo di sfuggita – che porta Habermas a criticare tutti i tentativi di recupero interno del dualismo politico-giuridico che si basano sulla separazione tra diritti fondamentali e diritti sociali, sulla subordinazione dello Stato sociale allo Stato di diritto e sulla difesa dello status quo.

Egli taccia, in questo ordine di idee, di "irrealismo", la proposta di Forsthoff di tecnicizzare le "strutture" dello Stato di diritto.⁶² Nega, in definitiva, la plausibilità del

⁶⁰ Habermas, *Morale*, cit., p. 50.

⁶¹ *Ivi*, p. 82.

⁶² *Ivi*, p. 22.

postulato secondo il quale "la legittimità dello Stato di diritto non sia separabile dalla forma semantica della legge". ⁶³

Habermas, come accennato in precedenza, rifiuta dunque la concezione avalutativa formale della legge a favore di una concezione deformalizzata. D'altra parte è ben consapevole del rischio, che si corre con la "deformalizzazione", di perdere il senso dell'*ubi consistam* del diritto rispetto alla politica. È avvertito, in particolare, della difficoltà di impiantare una stabilizzazione del diritto su basi meramente endogene, una volta che si affermi la natura meramente derivata della forza politica della legge, per quanto democraticamente formata. Rifiutato l'equilibrio dualistico "interno" della tradizione liberale, giocato sulla separazione tra diritto e politica, tra Stato e società civile,64 Habermas rimane comunque inappagato della risposta "monista" del positivismo democratico, che identifica il diritto con la politica, riconducendo il diritto alla genesi politica attraverso la procedura democratica ed esclusivamente ai valori che questa esprime. Anche la variante ultima e raffinata di quest'impostazione, ossia l'idea di un diritto come modo di apparire depotenziato e depotenziante della forza politica in una autonoma logica sottosistemica in grado di promuovere il consenso o l'accettazione dei consociati, gli sembra in definitiva "moralmente" inaccettabile. In questo senso la critica a Luhumann non è meno aspra di quella riservata ai più tradizionali giuristi liberali. 65 Si tocca qui, con l'ingresso in campo della questione morale, del diritto, l'originalità della riflessione di Habermas, il quale, nella ricerca dell'indisponibilità del diritto alla politica tende a riproporre un nuovo equilibrio dualistico per certi aspetti più vicino a quella dei giuristi liberali. Il suo tentativo è, a ben vedere, quello di porre la razionalità del diritto su di una piattaforma "esogena" rispetto a quella tradizionale "endogena" tipica del pensiero giuridico. 66 Questo atteggiamento si traduce, come si è visto, in una svalutazione dell'approccio giuridico, da un punto di vista scientifico, nell'affermazione di un nuovo dualismo "esogeno" in cui il diritto si viene a trovare in

-

⁶³ Ibid

⁶⁴ *Ivi*, p. 27: "la barriera che divideva un tempo la sfera statale del bene comune dall'ambito sociale di un perseguimento privato del bene individuale appare infranta".

⁶⁵ *Ivi.* p. 44 ss.

⁶⁶ Ivi, p. 54: "ma Max Weber aveva ragione, solo tutelando una razionalità intrinseca al diritto in quanto tale si può garantire l'indipendenza del sistema giuridico. Tuttavia giacché il diritto è collegato internamente sia con la politica che con la morale, la razionalità del diritto non sarà mai faccenda esclusiva dei diritti".

posizione di equilibrio tra morale e politica.⁶⁷ Quest'impostazione gli consente, senza escludere l'inerenza del diritto al sistema dei valori, di formularne quel valore di universalità semantica, che la concezione liberale aveva cercato di affermare, tramite la concezione della norma di legge come generale ed astratta; è la morale, dunque, il fondamento esogeno della neutralità del diritto.

Da un punto di vista metodologico questa impostazione si riflette nella consapevole contrapposizione del suo punto di vista "esterno" a quello "interno" della "dottrina" e della "giurisprudenza". Per cui, ripercorsa la parte destruens seguendo il filo interno dell'elaborazione dottrinaria, Habermas passa poi a formulare la propria tesi del fondamento morale del diritto a partire da un punto di vista "esterno" a quello della scienza giuridica.⁶⁸

Possiamo ripercorrere brevemente i punti di passaggio della sua strategia. Si è detto della critica alla "forma classica della legge astratta ed universale" come legittimazione occulta di un potere politico "solo per il fatto di soddisfare requisiti che sono funzionali al privato perseguimento di interessi particolari". ⁶⁹ D'altra parte nella concezione tradizionale della norma, osserva Habermas, c'è un fondamento morale. Con riferimento a M. Weber osserva come questi non abbia mai voluto riconoscere quel nucleo morale del diritto formale borghese, in quanto forviato da una concezione individualistica della morale, "giacché egli ha sempre inteso le cognizioni morali nei termini di gratuiti orientamenti soggettivi al valore". ⁷⁰

La dichiarata ispirazione riformista porta Habermas quasi naturalmente ad assumere il punto di vista del positivismo democratico, a condividerne l'accennato approccio "monista", evidente nel richiamo ad Abendroth che "intende salvare sia il principio dello Stato sociale sia le garanzie dello Stato di diritto portandole sotto l'unico tetto dell'auto-determinazione democratica". Superando la forma semantica universale ed avalutativa del diritto, la concezione democratica consente, infatti, di porre "lo Stato democratico come il centro di una società che determina e trasforma se stessa" e di costituire il diritto come strumento di questo progetto: da questo punto di vista "la forma del diritto serve soltanto a tradurre i programmi di riforma in decisioni obbligatorie".⁷¹

⁶⁷ Ivi, p. 35: "in questo senso il diritto si colloca a metà strada tra la morale e la politica".

⁶⁸ *Ivi*, p. 43.

⁶⁹ *Ivi*, p. 12.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ *Ivi*, p. 23.

Ma la condivisione di questa coessenzialità dell'universo di valori al diritto deve incontrare nella ricerca dell'*indisponibilità* del diritto alla politica un limite che sia geneticamente altro dal fondamento politico dello stesso. È qui che la riflessione di Habermas si stacca dal decisionismo democratico che risolve interamente la legittimità della legge nella procedura.⁷² Prende le distanze anche dai più recenti tentativi di ricostruire un equilibrio nei confronti della politica nella proposizione di un "dualismo tra ordinamento giuridico da un lato e principi di legittimazione dall'altro".⁷³ Questa doppia legalità, per così dire, finisce, ad avviso di Habermas, per basare la legittimità del potere legale sul suo riconoscimento a posteriori in sede giudiziaria.⁷⁴

Una soluzione insoddisfacente, cui non sembra porre riparo, neppure pragmaticamente, la giurisprudenza della corte costituzionale.⁷⁵

6. Il nuovo fondamento universale: il diritto tra principio di statuizione e principio di giustificazione

Si torna così a M. Weber, alla sua concezione di una necessaria razionalità del diritto, consegnata, però, in quell'universo giuridico avalutativo, alla difesa della forma generale e semantica della legge. Questa ricerca di un'universalità del diritto non va però sottovalutata per Habermas, in quanto essa rimane fondamentale per il diritto. Si tratta, però, di cambiare prospettiva, di prendere sul serio – a differenza del pensiero giuridico liberale – il formalismo etico. Bisogna cogliere il senso di quel nucleo morale inerente al diritto su cui fondare la sua legittimità.⁷⁶

La proceduralità democratica, isolatamente considerata, non basta, infatti, a fondare la legittimità del potere legale, anzi si osserva come, con la deformalizzazione della legge "viene meno quella cinghia di trasmissione" che in passato provvedeva a trasferire la razionalità della procedura legislativa alle altre procedure della giustizia e dell'amministrazione, garantendone la generale ed intrinsecamente neutrale

28

⁷² *Ivi*, p. 23: "Abendroth affida le garanzie dello Stato di diritto alla speranza rousseauiana che un legislatore democratico non possa [...] prendere decisioni che non incontrino l'approvazione di tutti".

⁷⁴ Ma così facendo si entra in un universo di "inconciliabili – perché intrinsecamente irrazionali – orientamenti materiali di valore", cfr., *ivi*, p. 28.

⁷⁵ *Ivi*, p. 28: "E' fin troppo fondato sospetto che in questo scontro tra scelte di valore non ulteriormente razionalizzabili, finisca per affermarsi nella realtà proprio l'interesse più sopraffattorio". Paradossalmente, ma non tanto, in questa ricerca di valori procedurali la critica di Habermas si avvicina a quella di Forsthoff, quando dal suo punto di vista ribadisce il contenuto avalutativo della tecnica giuridica e critica le concezioni della costituzione come sistema di valori (cfr., Forsthoff, *Stato di diritto*, cit., pp. 219, 290).

⁷⁶ Habermas, *Morale*, cit., 14.

applicazione. Senza "l'automatismo operativo di quel nodo rigoroso", formale, che nel modello liberale era dato per scontato, diventa infatti ineludibile la questione di *come* la razionalità procedurale di una parte possa riflettersi sull'altra.⁷⁷

Scartata la possibilità che si possa ricercare un contenuto etico del diritto, basato su di un'etica dei valori in quanto inevitabilmente "isolano dei *particolari contenuti* [...] troppo forti per servire da base a decisioni *universalmente vincolanti*", ⁷⁸ la ricerca di una razionalità morale-procedurale, porta dunque Habermas a scoprire, da un *moral point of view* "il nucleo razionale delle procedure giuridiche [...] a partire da un'idea di *imparzialità* operante sia nella fondazione delle norme sia nell'applicazione delle regole". Ne consegue che "diritto proceduralizzato e giustificazione morale dei principi si implicano necessariamente a vicenda". ⁷⁹

Ma mettersi su questa strada significa affermare "l'istituzionalizzazione di procedimenti che restino permeabili a discorsi morali". Solo che questi procedimenti non possono essere colti, come già detto, in una prospettiva interna: "ogni indagine normativa che analizzi lo Stato di diritto democratico a partire da una prospettiva interna, prendendolo per così dire in parola, sembra cadere vittima di una idealistica impotenza, perciò [...] cambierò la mia prospettiva passando dalla teoria normativa alla teoria della società". Solo in questo modo è possibile cogliere quel duplice fondamento di validità del diritto moderno poggiante, al contempo, sia sul principio di statuizione sia sul principio di giustificazione. Se

Su questa strada, alla ricerca di un "momento di indisponibilità"⁸³ del diritto nei confronti del diritto positivo "statuito", Habermas incontra il diritto nel suo farsi storico, nella sua sedimentazione legittimantesi nella tradizione su base endogena, che, a partire dal diritto sacrale e dalla consuetudine, arriva alla moderna idea di Stato di diritto come momento di innesto della morale universale giusnaturalistica all'interno delle procedure di fondazione e applicazione del diritto positivo.⁸⁴

⁷⁸ *Ivi*, p. 30.

⁷⁷ *Ivi*, p. 26.

⁷⁹ *Ivi*, p. 32.

⁸⁰ *Ivi*, p. 33.

⁸¹ *Ivi*, p. 39.

⁸² *Ivi*, p. 75.

⁸³ *Ivi*, p. 63.

⁸⁴ *Ivi*, p. 71.

Non si tratta però di un innesto *materiale*, nel diritto positivo, di principi derivanti dal giusnaturalismo e soggetti quindi all'alea dell'interpretazione giuridica in termini di valori, bensì "la moralità che si innesta all'interno del diritto positivo possiede la forza di trascendimento tipica di una procedura autoregolantesi, cioè capace di controllare la propria razionalità". ⁸⁵

La cultura giuridica nella quale è più evidente questo naturale innestarsi di argomentazioni morali universaleggianti all'interno delle procedure giuridiche, sia sul lato della formazione che dell'applicazione della legge, è quella di *common law*: "Nei paesi anglosassoni, dove fin dall'inizio l'idea di Stato di diritto si sviluppò democraticamente come *rule of law*, l'equa procedura giudiziaria – *due process* – si prestò subito come modello unitario da applicarsi sia alla legislazione sia alla giurisdizione".⁸⁶

È su questa strada che Habermas, riprendendo il filo della tradizione kantiana, abbozza infine l'idea attuale di "Stato di diritto", all'interno del quale "*la ragion pratica* si fa valere secondo due modalità diverse: nell'ambito della giustificazione delle norme, esaminando quali interessi *siano suscettibili di generalizzazione*, invece, nell'ambito dell'applicazione delle norme, individuando in modo *pertinente ed esauriente* [...] quali siano le connessioni importanti".⁸⁷

Una concezione procedurale del diritto, ma una procedura che garantisce l'argomentazione morale, "formativa dell'opinione pubblica e della volontà che tramite i diritti generali di comunicazione e partecipazione assicura libertà uguali".⁸⁸

In sintesi "unificazione di ragion pratica e volontà sovrana, diritti dell'uomo e democrazia". 89

7. Qualche interrogativo sull'esperienza costituzionale italiana

Due letture quindi postweimariane dello Stato sociale e dello Stato di diritto. Non è facile in conclusione sottrarsi ad alcune considerazioni.

La possibilità, ad esempio, di una lettura postweimariana della nostra stessa Carta costituzionale in senso liberale sembra riemergere dietro il compromesso

⁸⁵ *Ivi*, p. 72.

⁸⁶ *Ivi*, p. 70.

⁸⁷ *Ivi*, p. 75.

⁸⁸ *Ivi*, p. 87.

⁸⁹ *Ivi*, p. 83.

liberaldemocratico finora dominante. La riproposta dicotomia diritti fondamentali — diritti sociali, fornisce una chiave ordinante ed apparentemente ordinata. Certo che le considerazioni di Forsthoff che collegano il diritto di proprietà, come diritto fondamentale, alla tutela della moneta e del risparmio privato, al controllo della spesa e la sua necessaria correlazione alla politica delle entrate sembrano spiegare assai bene quella che è stata la "costituzione materiale" della Repubblica federale tedesca, mentre sembrano oggi cogliere particolarmente nel segno di una bruciante attualità e aprono inquietanti interrogativi se riferiti alla nostra ultima esperienza costituzionale ma al contempo contribuiscono a delineare una diversa possibilità di lettura. Così l'enfatizzazione della libertà d'iniziativa privata, costruita come diritto fondamentale, sembra suscettibile di avvicinare la lettura dell'art. 41 della nostra Costituzione alla vigente costituzione economica comunitaria. L'iniziativa privata si appalesa, in questa prospettiva, intrinsecamente dotata di una capacità di resistenza alla penetrazione e subordinazione ai valori sociali della Costituzione comunque intavolabili.

Più in generale, il richiamo ai limiti del potere legislativo, in particolare nei confronti della giurisdizione, per cui si afferma, ad esempio, che "una legge di amnistia che persegua lo scopo di sottrarre un determinato gruppo di persone alla condanna, per una determinata azione, è inconciliabile con la legge fondamentale se il trattamento individuale di questo gruppo di persone, appaia, secondo il canone di un comportamento improntato all'idea di giustizia, come trattamento preferenziale ed arbitrario e quindi in contrasto con il principio di uguaglianza". ⁹⁰

Si può forse osservare come, al di là delle indubbie diversità metodologiche, il richiamato "canone di un comportamento improntato all'idea di giustizia" non sia molto lontano dalla riferita imparzialità dell'argomentazione morale di Habermas. La critica all'onnipotenza del potere politico, *sub specie* legislativo, accomuna, è il caso di ripeterlo in chiusura, entrambe le impostazioni: la comune convinzione che il potere legislativo "non deve assolutamente recare ingiustizia a qualcuno con le sue leggi". Basti ricordare in questo senso la chiara presa di posizione di Habermas contro questa degenerazione dello Stato sociale in Stato amministrativo. ⁹² La prospettiva di

⁹⁰ Forsthoff, Stato di diritto, cit., p. 126.

⁹¹ Habermas, *Morale*, cit., p. 83.

⁹² *Ivi*, p. 90: "i partiti vengono risucchiati dall'espansione dell'apparato statale. La statalizzazione dei partiti fa sì che la formazione politica della volontà diventi infine un sistema politico che sempre più si riduce a programmare se stesso".

Habermas, ottimisticamente volta al futuro, in una consapevolezza che "si libera dal tradizionalismo di irriflesse continuità" contribuisce a gettare il seme, nell'intenzione dell'autore, di un nuovo progetto storico dello Stato democratico basato su di "una procedura formativa dell'opinione e della volontà che, tramite diritti generali di comunicazione e di partecipazione, assicura libertà eguali". ⁹³

Non si tratta però di una riedizione a tutto campo di una procedura di formazione della volontà generale e della legge, la logica nuova è quella della "auto-organizzazione"; la nostra idea normativa di auto-organizzazione democratica deve essere aggiornata:⁹⁴ articolazione dei centri decisionali pubblici nella società, loro recupero in termini di potere nella sfera dei diritti politici attivi dei cittadini⁹⁵ ed, infine, "dal momento che la responsabilità delle decisioni esige sempre una chiara imputabilità istituzionale, il potere comunicativo viene esercitato secondo le modalità di un assedio".⁹⁶

Possiamo chiudere su questa suggestiva immagine dell'*assedio*, come prospettiva utile anche per comprendere il peso morale dell'opinione pubblica – per tornare alle cose di casa nostra – nelle recenti vicende giudiziarie sulla degenerazione del costume politico.

Ma al di là dell'autorganizzazione sociale e dell'assedio, val la pena di ribadire, per non gettare uno sguardo immemore oltre lo Stato sociale, la persistente attualità, indicataci da Forsthoff, di consolidare preliminarmente le incerte fondamenta del nostro Stato di diritto: *natura non facit saltus*.

⁹³ Ivi, p. 87.

⁹⁴ *Ivi*, p. 93.

⁹⁵ *Ivi*, p. 99: "occorre che la sostanza morale dell'autoregolazione – compattamente concentrata in Rousseau in un unico atto – si disarticoli attraverso numerosi gradi del proceduralizzato processo formativo dell'opinione pubblica, diventando così accreditabile o incassabile anche in monete di piccolo taglio".

⁹⁶ Ibid.

Scavi al sito archeologico della città stato UE (CEE/CE?)*

di Giuseppe Di Gaspare

...anche se ne è stata riportata alla luce l'intera pianta, non è stato possibile rispondere agli interrogativi, lasciati irrisolti dalla prima spedizione, sulla reale denominazione e civiltà di appartenenza della città-stato UE (CEE/CE?). La città presenta una complessa struttura architettonica con edifici pubblici e spazi di aggregazione o di culto, tra loro variamente comunicanti. La struttura viaria appare tortuosa, con circonvoluzioni e dedali di budelli estranei alla tipica pianta viaria delle *urbs quadrata* greco romane. Sebbene le ricerche condotte abbiano recato molti indizi utili a sostegno di questa tesi, tale conclusione non è unanime e bisogna pertanto dar conto anche del diverso avviso della minoranza, secondo la quale saremmo, invece, al cospetto di una megalopoli orientale e, precisamente, della mitologica Babele.

A sostegno di questa tesi si indica la ampiezza della città. La UE (CEE/CE?) si distende infatti con una struttura lassa su di un territorio molto più esteso di quello tipico della città stato. Verrebbe così a mancare quel canone – indicato da Aristotele come fondamentale per le città stato – della percorribilità a piedi da un araldo nell'arco di un solo giorno.

La minoranza fa leva essenzialmente sulla scoperta dei resti di una imponente struttura a forma di torre. La "Torre" non si erge però a sfidare il cielo ma, all'opposto, sprofonda verso le viscere della terra; posta, come è, al centro di un complesso di edifici di pari livello, non è visibile dall'esterno. Costruita su cinque piani, con colonnati che affacciano su di una piazza esterna, essa appare, ai più, anche per la larghezza del basamento, qualcosa di simile alle arene greco-romane.

La "Torre" – come comunque convenzionalmente si è deciso di chiamarla – si pone al margine di una più vasta e complessa struttura urbanistica costituita da edifici pubblici, basiliche, piazze e templi, tra loro variamente connessi, nella quale spiccano, in ubicazione centrale, un insieme di *agorà* poste su diversi piani in modo tale da far

33

^{*} Scritto pubblicato in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli 2005, pp. 420 e ss.

ritenere che tale sistema sia stato il centro architettonico e quindi politico della città, a riprova piuttosto dell'appartenenza della città stato UE (CEE/CE?) al genere della *polis*.

La minoranza, invece, ritiene che non si possa derivare dalla centralità urbanistica la preminenza politica delle *agorà*. Si osserva, al contrario, come la tortuosa rete viaria della città la trapassi per convergere verso edifici più interni, costituenti la corona esterna, e prospicienti i loggiati della Torre. Sarebbero questi tortuosi ed involuti percorsi e i più ristretti spazi cui accedono, che affacciano finalmente sulla corte esterna alla Torre, i luoghi sacri destinati ai culti iniziatici ed esoterici per l'accesso alla Torre.

Lo strato più antico, di assai più ridotte dimensioni rispetto al secondo strato e a quello finale, è costituito da due primitivi insediamenti, denominati uno CECA e l'altro EURATOM, entrambi successivamente inglobati nel secondo strato, più vasto, denominato CEE, che nelle parti più recenti presenta anche la denominazione CE, innestandosi senza soluzioni di continuità nel terzo e ultimo strato CE/UE.

Le scarse vestigia del primitivo nucleo CECA testimoniano comunque il possesso di una progredita tecnica di lavorazione dell'acciaio, realizzato probabilmente con l'energia termica ricavata dalla fusione del carbone. Gli archeologi concordano sul fatto che il secondo insediamento EURATOM possa derivare il nome dalla scuola filosofica atomistica del filosofo greco Eraclito, successivamente soppiantata negli altri strati, ad avviso della minoranza, da culti iniziatici ed esoterici di chiara matrice orientale.

Anche la pianta dello strato CEE presenta un assetto relativamente semplice.

L'edifico più importante – facilmente riconoscibile benché incorporato nelle successive sopraelevazioni – sembrerebbe essere stato originariamente sede delle tipiche magistrature delle città stato. Contigua alla sala del Consiglio, organo deliberativo, si situa quella del governo della città, "la Commissione". Più distanziata e di modeste proporzioni la sala del Tribunale, con la classica disposizione sopraelevata e a raggiera degli scranni dei giudici. Questa chiara testimonianza della cultura grecoromana è disconosciuta dalla minoranza che sposta lo sguardo sull'adiacente unico mercato di straordinarie proporzioni per affermare che l'iniziale complesso architettonico sia un insieme di strutture destinate alla assegnazione degli accampamenti e dei bivacchi delle tribù nomadi e a dirimerne le controversie in occasione delle rituali fiere stagionali.

Il completamento degli scavi ha mostrato come il recinto del mercato coincida sovente con le mura di cinta della città stato. All'interno del mercato sono ancora visibili tracce di primitive recinzioni, probabilmente delle diverse *gentes* fondatrici. La tesi pro Babele trae sostegno dal fatto che all'interno delle recinzioni si rinvengano frammenti di iscrizioni in lingue diverse per sostenere il nomadismo anche di ritorno delle tribù coinvolte nella costruzione della Torre. Per la maggioranza la diversità linguistica testimonia una capacità di attrazione di un mercato probabilmente non inferiore a quello di Atene e di Roma, con traffici estesi a diverse etnie.

Nei sigilli, negli strumenti di peso, di punzonatura e di misurazione si rinviene il marchio CEE e in seguito anche il sincopato CE. Quest'ultimo, accanto alla sigla UE, si trova anche fuori dalla zona del mercato. Nella fase finale, poi, le denominazioni CE ed UE risultano contemporaneamente e promiscuamente impiegate.

E' possibile che alle diverse denominazioni corrispondessero diverse funzioni della città? Il termine UE, più squillante, potrebbe essere il nome grido di battaglia della città. La minoranza ritiene invece che UE indichi la città nella sua dimensione collettiva mistica e religiosa; nella fase finale, a partire dai luoghi di culto, la zona dei templi, l'appellativo UE si sarebbe esteso a tutta la città a riprova del carattere teocratico-autocratico assunto al suo tramonto.

Del declino della città nel periodo UE/CE la minoranza offre una lettura catastrofica, conforme del resto al mito di Babele. Sebbene il periodo precedente CEE/CE appare come quello di maggiore splendore, non ci sono elementi, ad avviso della maggioranza degli archeologi, che consentano di suffragare la tesi di una rapida, improvvisa caduta della città e conseguente diaspora.

Le tracce di devastazione rinvenute sono precedenti e sembrano imputabili piuttosto ad eventi sismici. I terremoti appaiono causati dalla "faglia del dollaro" che attraversa per la sua lunghezza e centralmente tutta la città stato. L'esistenza della faglia, sfuggita agli auguri fondatori, si è rivelata nel periodo CEE con un terremoto avente epicentro nella zona del mercato. La fusione di una imponente statua metallica a forma di Serpente (detto "monetario" perché realizzato con la fusione delle monete donate dai mercanti) avrebbe dovuto esorcizzare, con la sacra allegoria del moto immobile che esso rappresenta, il demone tellurico. Al fallimento del Serpente, abbattuto da un successivo sisma, si è reagito, con successo, costruendo una piattaforma

metallica antisismica denominata ECU, "scudo", posta a protezione delle fondamenta della città e rafforzata con colate di una particolare lega detta EURO, che ha definitivamente consolidato il territorio della città.

È comune convinzione che l'apparente messa sotto controllo del rischio sismico abbia determinato l'esplosione della intensa attività edificatoria, cui si assiste nel periodo CE/UE. La sigla UE contrassegna tre enormi pilastri costruiti all'esterno e quasi a ridosso delle mura della città stato. I templi, costruiti su ognuno di quei pilastri, non appaiono completati. In quello della Guerra e della Pace, l'altare centrale è appena sbozzato; tracce di riti sacrificali presentano invece gli altari delle navate laterali dedicati alle divinità delle diverse *gentes*. Secondo la minoranza, invece, nella misura in cui la costruzione della Torre si complicava, prendeva avvio la bellicosa diaspora delle tribù nomadi che, ultimati i sacrifici propiziatori, rimuovevano i loro tabernacoli dai templi comuni. Anche gli altri due templi della Solidarietà Sociale e della Sicurezza Interna non sono completati. La loro costruzione, secondo la minoranza, ha come movente il panico.

Il mancato perfezionamento del progetto urbanistico ed architettonico troverebbe il culmine nella stupefacente complessa architettura della Torre, concepita per ricondurre "le parti ad unità e ridurre l'unità alle sue parti" in un armonioso disegno ricorsivo a spirale in cui l'inizio e la fine di ogni percorso avrebbero dovuto coincidere ovunque nella Torre. Frugando tra i segni incisi sui metalli e nelle pietre abbandonate il progetto sarebbe da attribuire all'ordine sacerdotale dei conventuali (convenzionali?) che avrebbe sostituito il testo sacro, sotteso alla pianta dei primitivi insediamenti, con un cifrario esoterico non più decifrabile dagli stessi artefici. Si riscontrerebbe, in conclusione, lo stesso demoniaco tentativo di spezzare e ricapitolare il tempo, come eternità, all'interno della Torre che provocò, secondo la tradizione, la divina maledizione e la confusa diaspora.

La centralità del sistema delle *agorà*, così capillarmente diffuso e interconnesso alla Torre, denota, invece, ad avviso della maggioranza degli archeologi, il permanere della struttura politica della *polis*: anche se il disegno complessivo dei raccordi appare oltremodo complesso, con gli edifici variamente disposti in cerchi concentrici e degradanti che attorniano, con porticati e logge, il pozzo in cui tenta di ergersi la Torre. All'interno di questa i raccordi, mai lineari, e i passaggi presentano biforcazioni senza

sbocchi, ritorni e continui pentimenti dei percorsi; i tracciati per labirintiche deambulazioni e le strade senza uscite, in cui appaiono improvvisi slarghi e vertiginosi precipizi, trovano spiegazione, ad avviso della maggioranza, nella funzione difensiva che la Torre assicurava, confondendo il cammino dei non iniziati in modo da depistarli, sorprenderli e sopraffarli.

E' questa logica difensiva che spiega l'apparente irrazionalità del disegno e le violazioni necessarie dello schema geometrico della città stato. Essa ispira il complessivo disegno urbanistico: le opere di interconnessione infrastrutturali per incorporare la città templare nel sistema architettonico dei palazzi e delle *agorà* pubbliche con imperscrutabili collegamenti reticolari variamente convergenti nella Torre. In questa grande invenzione architettonica le *agorà* testimoniano comunque la permanenza del carattere democratico della *polis*. Disposte sui cinque piani, crescono di numero in modo esponenziale ad ogni discesa di livello, a partire dall'apicale unica *agorà* CE/UE. Il colonnato interno, posto su ogni livello, affaccia sulla vasta "arena comune" prospiciente e circolare alla Torre, dando modo alle diverse *gentes* sui diversi piani di dialogare costantemente tra loro e con le civili magistrature insediate nella Torre.

E come spiegare altrimenti, se non come testimonianza del loro insediamento, le rasserenanti toponomastiche che nella Torre si rinvengono: i levigati corridori delle competenze che si biforcano, i meandri delle "cooperazioni rafforzate", i sali scendi delle "competenze concorrenti", i falsi piani della sussidiarietà orizzontale, i vertiginosi trompe l'oeil della sussidiarietà verticale...

Suum unicuique tribuere? Etica e diritto nella giustizia distributiva*

di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Dono, scambio e spartizione nell'Iliade. – 2. Moneta scambio e giustizia distributiva nell'Etica Nicomachea. – 3. *Jus e res judicata*, la funzione spartitoria del giudizio. – 4. Il bilanciamento dei diritti e dei doveri di cittadinanza nello *Jus publicum.* – 5. *Suum unicuique tribuere*, una vuota formula? – 6. Etica e giustizia distributiva nella Costituzione della Repubblica italiana.

1. All'origine troviamo il dono

Scambiato con la massima reciproca diffidenza in modo da evitare il contatto diretto e il rischio di aggressione. I Fenici lasciavano i loro "doni" prima del calare del sole sulla spiaggia e ritiravano la mattina dopo quelli ricevuti in cambio. Niente contatti ravvicinati con le popolazioni indigene.

La cosa donata è la forma primitiva di scambio. L'alternativa è l'appropriazione violenta.

Il *Timeo Danaos et dona ferentes*, nell'Eneide, testimonia ancora la consapevolezza dell'insidia insita nel gesto del dono.

Per mettere al riparo lo scambio dei doni dai latenti rischi predatori soccorrerà la sacralità del luogo ove lo scambio si realizza. Il mancato rispetto delle modalità dello scambio, nel perimetro destinato al culto, da effettuarsi con la formalità del rito, può provocare l'ira degli dei. Con l'epoca dei mercanti si arriva al punto estremo: la profanazione della sacralità del luogo fino alla loro cacciata dal Tempio.

Nella Grecia arcaica sempre di "doni" si tratta, non solo nello scambio, ma anche nella spartizione delle prede belliche. Si transita, quasi senza soluzione di continuità, dallo scambio consensuale allo spossessamento violento e alla divisione del bottino di guerra.

^{*} Pubblicato in *Scritti dedicati a Gian Candido De Martin, Autonomie in cammino*, Cedam, Padova, 2012, pp. 469-481.

Con la spartizione del bottino, nell'Iliade, siamo già dentro il perimetro problematico della giustizia distributiva.

La spartizione delle prede è un atto regolato dal diritto.

Il bottino di guerra costituisce giuridicamente una forma di proprietà collettiva. Cose conquistate per effetto di un comune sforzo bellico. "*Tesori in comune*", sono definiti nell'Iliade e pertanto indistintamente proprietà, a titolo originario, di tutti i combattenti che in quanto tali hanno dunque titolo per partecipare alla divisione.

La distribuzione, che fa seguito all'ammasso del bottino, suppone originariamente la soluzione della questione – giuridica – del *suum unicuique tribuere*.

In che modo i tesori comuni vanno ripartiti? Quale è la misura del riparto? A chi, per primo, spetta la scelta? Come reclamare la propria parte?

Problema di non poco conto. La disputa giuridica sulla ri-divisione del bottino di guerra, già in precedenza spartito tra gli Achei, è il tema introduttivo dell'Iliade.

Ai tempi di Omero il tema evidentemente appassiona. Sottese al tema della spartizione, appaiono le fondamenta di legittimazione del potere politico e del suo esercizio nella Grecia arcaica.

In punto di diritto. Lo scontro tra Agamennone e Achille ruota intorno al seguente quesito: è possibile rimettere in comune il bottino già diviso per effettuare una nuova suddivisione? È questo l'interrogativo che si pone il pubblico delle corti micenee che assiste alle recite dell'Iliade.

In concreto. Come compensare altrimenti Agamennone della perdita del suo "dono", dato che Criseide, la schiava precedentemente attribuitagli nella originaria spartizione, è stata restituita al padre per placare l'ira degli dei?

Agamennone, forzato a cederla per evitare che nuove sciagure si abbattano sul campo dei Greci, pretende di essere risarcito per l'estorta restituzione del "dono", affinché, come capo della spedizione militare, non rimanga – egli afferma – "ingiustamente indonato".

Il risarcimento preteso in cambio è la sacerdotessa Briseide, anch'essa catturata ai Troiani e data in dono ad Achille. Briseide era stato probabilmente il secondo dono in ordine di importanza nella spartizione. Omero non lo dice, ma è facile supporre che dopo Agamennone, il capo della spedizione, la scelta sia toccata al guerriero più valoroso, Achille appunto.

Achille non vuole privarsi del dono (già suo). E contrasta (in diritto) le pretese di Agamennone. Contesta al "gloriosissimo Atride"... "avido sopra tutti... le sue responsabilità per quanto accaduto".

Se, invece di dileggiare l'implorante padre della sacerdotessa Criseide e rifiutare i doni offerti per il riscatto, avesse accettato lo scambio non avrebbe causato, con la sua empietà, l'ira degli dei che, per punizione, hanno scagliato la peste contro il campo dei Greci ed imposto, così, la restituzione della sacerdotessa rapita al padre, lasciandolo privo di ogni dono.

Per Achille dunque è Agamennone il vero responsabile dell'accaduto, per cui *imputet sibi* il danno subito.

Non solo quindi Agamennone deve sopportare la perdita del dono senza diritto a rivalersi sugli altri beneficiari della spartizione, ma, aggiunge ancora Achille – introducendo un altro complementare punto di vista giuridico – non è più possibile ridividere il bottino per l'irreversibilità di quanto già diviso che ormai è passato in proprietà altrui.

Altrimenti detto in diritto. Il bottino, come bene comune, una volta diviso, ha cessato di esistere. Non è possibile perciò una ripetizione della spartizione su un insieme di beni ormai giuridicamente non più esistente.

"Cosa ti daranno in dono i magnanimi Achei? – obbietta dunque Achille – in nessun luogo vediamo ricchi tesori comuni [...] sono stati divisi [...] non va che i guerrieri li mettano di nuovo in comune".

Achille propone invece che la spartizione sui prossimi bottini abbia una valenza risarcitoria del danno subito: doni maggiorati di "tre, quattro volte" dunque, per Agamennone.

La prospettiva degli interessi maggiorati non basta però a distogliere Agamennone dalla sua immediata pretesa.

Achille infine cede e subisce lo spossessamento della schiava Briseide. Il mancato rispetto del patto di spartizione autorizza però Achille ad astenersi dalla guerra e a ritirarsi nel suo accampamento rifiutando di prendere parte agli scontri con i Troiani.

Il suum unicuique tribuere è stato dunque infranto.

Ed in effetti nessuno osa contestare ad Achille la legittimità del suo comportamento. Nessuna traccia nel poema di accuse di fellonia o di tradimento.

Non sono state rispettate le regole di ingaggio – verrebbe da dire con formula attuale – ed Achille ha incontestabilmente diritto, per eccezione di inadempimento, a recedere dall'impegno bellico.

L'Iliade, con questo episodio, ci dice già molto sulla struttura arcaica del *suum unicuique tribuere*. Dal racconto emerge un criterio bipolare. La ponderazione tra potere di comando e merito guerriero. Il punto di equilibrio è delicato.

La corretta spartizione è essenziale per la conservazione della coesione bellica.

Con l'esibizione dei singoli pezzi all'assemblea, ha inizio la procedura per la distribuzione del bottino. Ogni guerriero di fronte a tutti gli altri può reclamare, secondo quello che ritiene essere il grado e/o merito che comparativamente gli spetta, l'oggetto che vuole avere donato.

Nel corso della procedura si commisurano dunque i rispettivi ruoli dei guerrieri e si ristabilisce o si altera la gerarchia dignitaria.

In presenza di più rivendicazioni sulla stessa cosa, si incrociano e si misurano rapporti di potere e di status. Il *suum unicuique tribuere*, in qualche modo, si tira dietro il riconoscimento e la conferma del ruolo dignitario.

In questo senso la parola dono in greco (*ghiera*) significa in senso traslato anche "prerogativa, dignità". La cosa donata definisce di riflesso il rango e il grado dignitario di chi la riceve.

L'ordine di assegnazione dei doni afferma o conferma dunque lo status sociale di chi lo riceve.

Il *suum unicuique tribuere* mette in luce così, sin dal suo apparire, il dilemma fondativo della giustizia distributiva in quanto politica.

La disputa giuridica dell'Iliade lascia chiaramente trasparire un sotteso conflitto di potere (bipolare) tra l'importanza dell'apporto individuale alla vittoria e la gerarchia militare e la conseguente necessità di trovare un punto di equilibrio.

Il giusto peso – il bilanciamento verrebbe da dire – tra questi due elementi costitutivi della gerarchia della società micenea definisce pertanto l'iniziale perimetro problematico del *suum unicuique tribuere*.

Nell'Iliade, Achille rappresenta le ragioni del merito guerriero. Agamennone rivendica quelle del potere militare.

L'equilibrio sembrerebbe essere necessariamente il risultato di un atto meramente ricognitivo che prende atto degli effettivi rapporti di forza tra quei valori in un contesto mutevole di rapporti di forza. Al dunque, bisogna riconoscere il punto di equilibrio sotteso alla spartizione senza forzarlo o cercare di alterarlo. Agamennone dunque ha torto.

Bisogna allora evitare, per il bene di tutti, forzature che facciano esplodere il conflitto intestino.

Ma come?

Da qui l'importanza del rito della spartizione. La proto procedura della messa in comune, della ostentazione e della rivendicazione delle cose che fanno parte del bottino serve a stemperare l'insorgere dei conflitti, a consentire a tutti di prendere meglio le misure di sé e degli altri e ad oggettivare la competizione reciproca rendendola, una volta assegnata la preda, non più contestabile.

L'adunanza avanti alla quale si susseguono le singole rivendicazioni dei guerrieri non decide sull'assegnazione. Essa è comune testimone, ma non arbitro della spartizione. Tuttavia, in quanto testimone collettivo, svolge il ruolo decisivo ed in qualche modo effettivamente pondera le contrapposte pretese.

La comunità dei guerrieri conosce la gerarchia militare e ha cognizione del valore individuale espressosi in battaglia. Il suo giudizio è evidente ed immediatamente avvertibile. Tutti sanno tutto. Non ci sono difetti di comunicazione e il tacito giudizio dei combattenti non può essere disatteso dai capi.

È rischioso umiliare l'eroismo individuale manifestatosi in battaglia. Si rischia di deprimere la coesione del gruppo e di provocare una imprudente perdita di legittimazione dei capi militari.

La giusta misura nella distribuzione delle cose conquistate con la forza al nemico è essenziale per assicurare la compattezza dei combattenti, ne rinsalda la coesione. Si evita soprattutto che, nella fase finale della battaglia, quando volge alla vittoria, la ricerca di prede individuali possa compromettere la compattezza dell'assalto di modo che la vittoria sfugga di mano all'ultimo momento.

Il capo non può esporsi ponendosi sullo stesso piano degli altri guerrieri nella contestazione delle cose da spartire.

Deve accettare il verdetto inespresso dell'assemblea e non provocarlo come Agamennone.

La conferma dell'importanza dell'equa distribuzione del bottino nelle società guerriere è data – ancora, nell'alto medioevo – dalla famosa (in Francia) vicenda del vaso di Soissons. Il re dei franchi Clodoveo, di fronte all'assemblea dei suoi guerrieri vittoriosi, non si oppone alla pretesa di un valoroso combattente di vedersi assegnato il vaso che egli stesso aveva richiesto, salvo a punirlo in seguito per la sua sfrontatezza. Allorché il malcapitato beneficiario gli capita di nuovo a tiro, Clodoveo lo uccide, dichiarando di vendicarsi in questo modo dell'affronto che aveva dovuto subire a Soissons.

Foucault riferisce l'episodio esplicitando il sottostante dilemma del suum unicuique tribuere. "Allorché venivano divise le ricchezze quali erano i diritti del re, rispetto ai diritti dei suoi guerrieri?". ⁹⁷

2. All'epoca di Aristotele, l'ambiguità semantica del dono si è dissolta

Con la moneta il metro oggettivo di misurazione dell'equivalenza dei valori nello scambio tra privati ha preso forma. Ed il *suum unicuique tribuere* ha trovato la sua misura di equivalenza nella moneta. Nell'etica Nicomachea, Aristotele fornisce della moneta una formulazione tuttora appagante: "Mezzo di scambio [...] nata per convenzione, perché non esiste in natura, ma nomisma, moneta legale che deriva da nomos (legge)" e "la moneta, come misura, parifica le merci perché le rende tra loro commensurabili".

Il commercio su base monetaria si apre in questo modo la strada all'interno della città e del mercato sostituendosi al baratto. Il baratto è ancora scambio di "doni", nel quale ancora l'equivalenza dei valori (d'uso) delle cose scambiate era apprezzata soggettivamente come effetto del reciproco equivalente apprezzamento delle parti. Lo scambio non è dunque "con-misurabile" oggettivamente come da allora in poi avviene nel mondo occidentale su base monetaria.

Con la moneta e "*la parificazione delle merci*", invece, la misura della "*giustezza*" nello scambio (il prezzo) si forma nell'incontro tra domanda e offerta che, di per sé, definisce la misura obbiettiva del valore delle cose scambiate non solo tra le parti ma

⁹⁷ M. Foucault, *Bisogna difendere la società civile*, Feltrinelli, Milano 1998, p. 70.

per tutta quella che già Aristotele chiama la "comunità di scambio" e che, oggi, denomineremmo, con lo stesso significato, il mercato.

Aristotele considera lo scambio monetario un metodo commutativo per rendersi giustizia reciprocamente nell'equilibrio del sinallagma.⁹⁸

Il passaggio allo scambio commerciale basato sulla moneta segna l'estensione del commercio a scapito della guerra. Si indebolisce la contiguità tra scambio dei doni e guerra intesi, ancora ai tempi arcaici di Sparta e poi di Roma, come due mezzi alternativi di raggiungere lo stesso scopo: possedere ciò che si desidera.⁹⁹

Anche se si fa risalire all'etica Nicomachea la distinzione della "giustizia in generale" dalla "giustizia distributiva" e dalla "giustizia commutativa", Aristotele non usa tali formule, ma fa riferimento piuttosto alla giustizia particolare (circoscritta) contrapposta, ma non opposta, a quella generale, consistente, per ognuno e per tutti, nella ricerca della virtù.

All'interno della giustizia circoscritta distingue la giustizia nella "reciprocità" da quella "correttiva". Entrambe sono distinte dalla giustizia nella divisione dei beni tra i cittadini. Giustizia "distributiva" o, ancora meglio, "politica", stante il carattere coessenziale della stessa, per il filosofo greco, con il sistema politico della Città-Stato.¹⁰⁰

Per distinguere meglio la giustizia universale (assoluta, tesa alla virtù) da quella concreta (relativa, sia civile che politica) converrebbe, seguendo l'etimo della parola greca impiegata da Aristotele, definire quest'ultima come "giustezza", come una misura concreta di rapporti tra pari. Solo in questo ultimo ambito problematico si colloca il suum unicuique tribuere.

Ma la misurazione della giustizia politica "circoscritta" all'interno della *polis* rimane, a differenza di quella sinallagmatica, un problema posto ma ancora non risolto nell'Etica Nicomachea.

Appare irrisolto il quesito sulla commisurazione ritenuta socialmente equa del riparto di quanto deve essere attribuito tra i cittadini.

⁹⁸ Aristotele, *Etica Nicomachea*, Bompiani, Milano 2007, p. 201.

⁹⁹ B. Constant, La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni, Einaudi, Torino 2003, p. 10.

¹⁰⁰ Aristotele, *Etica Nicomachea*, cit., p. 195.

Nell'opera di Aristotele la struttura logico-giuridica del *suum unicuique tribuere* non sembra differire sostanzialmente da quella che abbiamo visto emergere dal poema omerico.

È sempre lo scioglimento del nesso problematico costitutivo del potere politico che emerge al fondo del quesito. La ricerca della "giustezza" – quindi dei criteri del riparto politico e circoscritto tra i cittadini – è ora posta esplicitamente dal filosofo greco.

È preferibile parlare di "giustezza", secondo il significato desumibile nell'etica Nicomachea, più che di "giustizia", in quanto per Aristotele non si tratta tanto di stabilire in astratto quale debba essere il comportamento giusto derivante dall'esercizio della virtù nella sua completezza, quanto piuttosto di misurare, sulla base di parametri che emergono dalle concrete circostanze, quanto dovuto ad ognuno di quelli che hanno titolo, in quanto cittadini, a partecipare alla distribuzione.

Per Aristotele "il rapporto tra le cose deve essere lo stesso di quello (che intercorre) tra le persone. Se infatti (le persone) non sono uguali non avranno cose uguali".

Ma come trovare il punto di equilibrio?

La scelta del criterio di riparto rimanda ancora al conflitto di potere. Siamo all'interno della giustizia circoscritta ed in senso limitativo. Il punto di equilibrio si deve cercare entro rapporti di forza predeterminati. Il punto mediano non è, perciò, quasi mai, la divisione delle cose in parti uguali.

Il raggiungimento di un qualche equilibrio è cruciale per il bene della città. Bisogna, dunque, all'interno di una plurilaterale correlazione già sussistente tra cose e persone, stabilire la giusta proporzione. Altrimenti, osserva il filosofo greco, "le lotte e le recriminazioni allora sorgono: quando persone uguali ricevono cose disuguali o quando persone disuguali hanno o ricevono cose uguali". De necessario che la proporzionalità, nella distribuzione dei beni comuni, avvenga secondo "il medesimo rapporto in cui si trovano, l'uno nei riguardi dell'altro, i diversi contributi originariamente apportati".

-

¹⁰¹ *Ivi*, p. 191.

¹⁰² *Ivi*, p. 195.

Il discorso sul merito diventa così esplicitamente politico e risultato di una comune percezione del punto di equilibrio nel dare e nell'avere reciproco tra i cittadini tutti, che parifichi e risolva il virtuale conflitto intestino di interessi nella città.

Il come rinvenire questo punto di bilanciamento, dunque, è un problema circoscritto di giustizia particolare, specifico di ogni singola *polis* secondo il suo ordinamento politico. Un proto problema – verrebbe da dire parafrasando e retrodatando Rawls – di ricerca di un consenso per intersezione.

Nell'Etica Nicomachea, Aristotele osserva sempre: "Tutti, infatti, concordano che il giusto nella distribuzione deve essere conforme ad una 'certa' (tina in greco) proporzione, ma poi non tutti intendono il merito allo stesso modo: i democratici lo intendono come condizione libera, gli oligarchi come ricchezza o come nobiltà di nascita, gli aristocratici come virtù". 103

Il giusto in conclusione – taglia corto e non va oltre Aristotele – è un che di proporzionale. Sarà il contesto politico in ragione dei rapporti di forza tra confliggenti valori che definirà quella misura.

Riappare, sullo sfondo del ragionamento aristotelico, la disputa tra gli Achei sulla spartizione del bottino e la controversa misurazione del "rapporto in cui si trovano gli uni nei riguardi dell'altro i diversi contributi originariamente apportati".

Sulla strada della ricerca del metodo di riparto concreto, non ottimo ma ottimale, si pone, per il romanista francese Villey, anche lo specifico campo ed il *quid proprium* del diritto romano. Villey attribuisce ad Aristotele il merito della scoperta del diritto come "*metodo della spartizione delle cose esteriori*" ed ai romani quello di averlo perfezionato compiutamente.¹⁰⁴

Con il diritto romano repubblicano, la distinzione del *suum unicuique tribuere* diventa ancora più netta tra la sfera del diritto civile e quella del diritto pubblico.

3. Jus e res judicata, la funzione spartitoria del giudizio

Anche nel diritto civile romano, come nella *polis* greca, la proporzionalità può, ora, essere sempre verificata e controllata da un "terzo": il Giudice ha l'ultima parola sulla definizione della giusta misura e può apportare anche correzioni a quanto già spartito.

¹⁰³ *Ivi*, p. 197.

¹⁰⁴ M. Villey, Le droit e les droits de l'homme, Puf, Paris 1990, pp. 47 ss.

Il giudizio tra privati verte essenzialmente sulla misura del *suum unicuique tribuere* da riconoscere ad ognuna delle parti in conflitto.

Anche l'etimo delle parole in greco e latino tramanda questa originaria funzione spartitoria del giudizio. Spetta al giudice fare le parti e per questo è giudice (in greco dike), in quanto, come aveva già detto Aristotele "egli è colui che divide in parti uguali". Al contempo, il giudice è anche detto "mediatore" perché nel fare le parti "si cerca il giudice come termine medio ed il giudizio costituisce in sé la soluzione intermedia tra i contendenti e per Aristotele, quindi, equilibrata". 105

Nel diritto romano si assiste ad un perfezionamento delle tecniche giuridiche con le quali misurare il *suum unicuique tribuere*: il contraddittorio processuale. Cicerone, nel *De oratore*, riconnette lo scopo del diritto, nel diritto civile, alla conservazione della giusta proporzione nella divisione dei beni. La famosa formula: "*sit ergo in jure civili finis hic legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*". ¹⁰⁶

L'accostamento del sintagma "ex facto oritur jus" al verso di Orazio "est modus in rebus, sunt certi denique fines quos ultra citraque nequit consistere rectum" ci dà conto immediatamente della genesi fattuale del diritto essenzialmente come misura, insita nelle cose stesse, i cui esatti confini, non prima ma non oltre i quali, definiscono la misura del giusto. Rectum, appunto, come misura tra due punti.

Questi equi confini all'interno delle cose vanno ricercati dal giudice e ristabiliti tra le parti.

Il giudizio civile ha essenzialmente una funzione di misurazione, restaurativa e conservativa dei rapporti preesistenti tra i cittadini. Il termine *jus* è un'attività che ha a vedere con la misura della utilizzabilità e spettanza delle cose e quindi serve a ripartirle in concreto risolvendo le dispute possessorie al riguardo. Nella concretezza del diritto romano, sono dunque le cose (*res*) che costituiscono oggetto della contesa e del giudizio. Ed è la *res* ciò che effettivamente spetta, per cui la cosa attribuita al termine del giudizio diviene la *res judicata* ovvero gli "*jura*" come misure sulle cose o – che, a quel punto, è la stessa cosa per traslazione di senso – i diritti sulle cose materiali ed immateriali (onori, dignità, oneri, poteri su persone) se del caso ripartite dal giudice.

¹⁰⁵ Aristotele, *Etica Nicomachea*, cit., p. 199.

¹⁰⁶ M.T. Cicerone, De oratore, I, 189.

 $\it Jus$ in definitiva come adeguata misura. ¹⁰⁷ Ed in giudizio come misura della parte che ad ognuno spetta sulle cose disputate. ¹⁰⁸

La verifica dunque dell'equa misura nello scambio o nella divisione di beni, che si svolge davanti al giudice, definisce l'ambito proprio della giustizia "commutativa", "sinallagmatica", "correttiva".

4. Il bilanciamento dei diritti e dei doveri di cittadinanza nello Jus publicum

La giustizia distributiva, invece, essenzialmente politica, si stacca nettamente nel diritto romano dal diritto della *polis* e dallo stesso *jus* civile. Le sue forme di strutturazione e manifestazione rientrano invece nella sfera costitutiva del diritto pubblico.

Anche per i romani il *suum unicuique tribuere* presuppone nella giustizia distributiva l'uguaglianza nella sussistenza di "*un medesimo rapporto*": lo status di cittadinanza. Aristotele già lo identificava con "*la condizione libera*" (nella città). Nello stesso senso anche Gaio "*aut liberi aut servi*". ¹⁰⁹

Nella giustizia circoscritta, dunque politica, è la cittadinanza il parametro sui cui si fonda il *suum unicuique tribuere* nella correlazione che si impone tra diritti e doveri dello status di libero cittadino.

Nel diritto pubblico romano, la correlazione tra diritti e doveri dei cittadini rende ancora oggi particolarmente avvincente rintracciare la soluzione del quesito del *suum unicuique tribuere*.

Nella Repubblica, la formula si concretizza in un bilanciamento – che oggi si potrebbe dire – costituzionale. Ricchezza, nobiltà, valore di ogni cittadino hanno un loro specifico peso entro un predeterminato ordine gerarchico della cittadinanza costituito dal censo (*census*). In questo modo tutti i cittadini, all'interno della categoria censuaria cui appartengono, sono messi in condizione di dare il proprio apporto al bene comune (*res pubblica*) della città e conseguentemente di usufruire dei vantaggi in base al contributo da loro arrecato alla cosa pubblica.

¹⁰⁷ Un ricordo dell'infanzia mi sembra confermare questo uso arcaico di *Jus*. Nei paesi dell'alta Sabina la locuzione "na jura 'e focu" stava a significare la giustezza della misura – quanto basta – per accendere un focolare che è d'uso dare da chi ne ha uno già acceso.

¹⁰⁸ Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 45.

¹⁰⁹ In senso non molto dissimile all'artificio espositivo di "posizione di base" dei partecipanti ad un sistema di giustizia politica in J. Rawls, *Liberalismo politico*, Ed. Comunità, Einaudi, Torino 1999, p. 27.

Si ritrova qui il punto di vista aristotelico della necessità di misurare "il rapporto in cui si trovano, gli uni nei riguardi dell'altro, i diversi contributi originariamente apportati". Ma il principio nel diritto pubblico romano risulta ora traslato in chiavi applicative.

Il peso politico ponderato è favorevole ai ceti più agiati e socialmente potenti. Su questi, al contempo, ricadono i maggiori oneri contributivi fiscali ed i doveri militari.

Il rapporto contributivo e distributivo sono chiaramente tra loro rapportati in modo manifesto per tutti. Il bilanciamento degli onori e degli oneri incombono sui cittadini romani secondo l'appartenenza alle diverse categorie in cui tutti sono suddivisi in base al censo.

Il sintagma *cuius honor eius onera* rende con tutta evidenza il nesso che lega il riconoscimento di un pubblico onore al peso che il suo espletamento comporta.

Per gli storici e i giureconsulti romani (Livio, Cicerone) "si tratta di equilibrare, come nello scambio commerciale ideale, nel modo migliore il dare e l'avere di ogni cittadino per e dalla comunità, tenendo conto di tutto quello che lo caratterizza" (ricchezza, origine della famiglia, età, attitudini fisiche e morali). Sulla base di questi criteri – che nella loro applicazione "non riflettono altro che l'opinione comune di tutti su ognuno" – i magistrati incaricati del census ripartiscono i cittadini nelle varie centurie ed ogni cittadino ha il diritto di reclamare di essere incluso. 110 Il censo è la misura del dare e dell'avere al contempo, dunque, del gravame dei tributi e degli oneri militari nonché, conseguentemente, della dignità sociale e del peso elettorale spettante ad ogni centuria. Man mano che si scende nel grado, gli oneri e il potenziale di voto della centuria diminuiscono, fino quasi a sparire per la popolatissima centuria dei proletari. Questa raccoglie la metà dei cittadini maschi. È esentata da tributi e dagli obblighi militari ma conta, correlativamente, meno dell'1 per cento nell'attribuzione dei voti elettorali.

È interessante come i Romani fossero consapevoli di aver stabilito in questo modo una misurazione obbiettiva ed un riparto di dare ed avere tra obblighi e onori analogo alla misurazione obbiettiva che risulta dal prezzo delle merci nel mercato.

Della superiorità del loro modello di suum unicuique tribuere i Romani erano "chiaramente coscienti [...] un sistema di organizzazione civica assai compatto e

¹¹⁰ C. Nicolet, *Il cittadino e il politico*. *L'uomo romano*, Laterza, Bari 1993, p. 14.

strutturato il cui fine supremo era appunto ai loro occhi l'introduzione di un equilibrio quanto più perfetto in tale distribuzione di vantaggi e inconvenienti di oneri ed onori". 111

Una concezione dell'equilibrio istituzionale che sembra anche questo in qualche modo attagliarsi alla concezione della giustizia politica di Rawls per il quale "la giustizia come equità ha uno scopo pratico" ritenuta tale in modo "pubblicamente accettabile". "Una idea organizzatrice fondamentale", "in cui tutti i cittadini potranno esaminare, l'uno di fronte all'altro, se le loro istituzioni sono giuste" e "valutare, allo stesso modo, le principali istituzioni della società e giudicare se esse si inseriscano armonicamente l'una nell'altra formando un unico sistema di cooperazione sociale e potrà farlo quali che siano la posizione sociale e gli interessi particolari". 112 È difficile perciò non estendere alle istituzioni della Roma repubblicana il riconoscimento di quell'assetto cooperativo di base che costituisce per Rawls il fondamento della giustizia politica. È rintracciabile la stessa sottesa esigenza di trovare praticamente il metro di valutazione della "adeguatezza" ("giustezza" per Aristotele). Anche per i romani, come per Rawls, si potrebbe dire che nella cooperazione sociale "gli equi termini di cooperazione specificano una idea di reciprocità: tutti coloro che cooperano e che fanno la propria parte nel modo richiesto dalle regole e procedure, devono ricavarne un beneficio adeguato dove l'adeguatezza è valutata mediante un metro di paragone appropriato. L'idea della cooperazione sociale presuppone quella di vantaggio razionale per ogni partecipante... che siano persone, famiglie, associazioni o anche governi di interi popoli". 113

C'è forse dell'altro. Se posiamo lo sguardo sull'insieme di queste relazioni di potere e di appartenenza, possiamo accorgerci come l'intestina lotta sociale per il potere nella comunità sia stata metamorfizzata in modo da renderla concretamente sinergica e funzionale all'affermazione della supremazia della repubblica a partire dalle istituzioni sociali originarie e costitutive del popolo romano per cui tutte "le persone, famiglie, associazioni e tribù" ne traggono, in quanto tali, reciproco vantaggio.

¹¹¹ *Ivi*, p. 13.

¹¹² Rawls, *Liberalismo politico*, cit., p. 27. Rawls non prende peraltro in considerazione l'epoca greco romana, nella sua concezione della giustizia come equità retrodatandone la genesi storica al superamento delle lotte di religione in Europa e alla accettazione progressiva del pluralismo ideologico in Europa e poi negli Stati Uniti.

¹¹³ *Ivi*, p. 32 ss.

Ed in effetti, la famiglia romana, la tribù e, soprattutto, la *gens* hanno insita una costituzione fondamentalmente politica. La possibilità di estendere la famiglia e il gruppo gentilizio tramite affiliazioni, emancipazioni, apparentamenti e clientele fa sì che la sua composizione possa essere rafforzata. Si acquisiscono in questo modo, al di là del legame di sangue, gli "uomini nuovi" provenienti anche da ceti più umili ma capaci, su cui fare affidamento nella competizione politica per l'attribuzione dei pubblici poteri. Il loro conferimento rafforza il peso politico del gruppo familiare cui l'eletto appartiene.

La competizione si svolge dunque sul terreno del contributo da apportare ed effettivamente apportato alla repubblica la cui valutazione è rimessa alle determinazioni del popolo romano nei *comitia* e nelle riunioni del Senato. Chi aspira a cariche pubbliche, a queste istanze politiche deve rendere conto con passaggi ripetuti che contrassegnano il *cursus honorum*.

Un circolo politico virtuoso. Un nesso di continuità ascensionale, dunque, dalla comunità familiare a quella sociale, dalla *gens* alla tribù, alla gestione della cosa pubblica, struttura le istituzioni politiche incentrandole, ad ogni livello, sulla misurazione del *suum unicuique tribuere* sulla base del contributo dato alla repubblica.

5. Suum unicuique tribuere, una vuota formula?

Il consolidarsi di un potere sovrano e sovrastante, come quello dell'imperatore, commisura il *suum* di ognuno, nel dare e nel ricevere, non più ad un riconoscimento al "*tribuere*", ma lo fa discendere da un atto di condiscendenza effetto del "*distribuere*" nel recedere all'interno della agostiniana *civitas terrena*. Il In Tommaso, poi, *il tribuere* è sostituito dal "*reddere*": "*Proprius actus iustitiae nihil est aliud quam reddere unicuique quod suum est*". Una logica aristotelica correttiva e commutativa ma rinchiusa ormai essenzialmente nel diritto civile.

Villey in particolare rimprovera ai romanisti, anche moderni, di essersi allineati a questa lettura riduttiva e di avere falsificato (consapevolmente?) la formula originaria facendola retrocedere ad un atto giudiziale di mero accertamento di un debito.¹¹⁵

Estromesso anche dalla città terrena, il sintagma *suum unicuique tribuere*, decontestualizzato, appare destinato perciò a divenire una vuota formula.

¹¹⁴ Agostino, De civitate dei, 19. 21. 1: Iustitia porro ea virus est quae sua cuique distribuit.

¹¹⁵ Villey, Le droit e les droits de l'homme, cit., p. 62.

Il senso progressivamente riduttivo della applicazione del sintagma, a partire dal basso medioevo, è nel saggio di Leo Peppe, che osserva, in conclusione, con un occhio rivolto all'oggi come "altri studiosi, [...] hanno ribadito la convinzione già kelseniana... circa il sintagma unicuique suum che esso, così come "jedem das Seine", di per sé stesso non esprima in realtà un contenuto, ma sarebbe una formula vuota che di volta in volta lo riceve dai concreti ordinamenti [...]".¹¹⁶

È di questo avviso anche Gustavo Zagrebelsky, "formule come queste possono essere accolte da chiunque [...]. I campi di sterminio, per esempio, sono in regola con questa massima della giustizia. Il motto di benvenuto al campo di Buchenwald [...] era, per l'appunto, jedem das Seine, a ciascuno il suo, [...]". 117

Con la sostituzione del legislatore all'imperatore nella decisione sulla giustizia distributiva, la formula è stata definitivamente decontestualizzata dalla giustizia particolare. Degenera, perdendosi ogni collegamento con il rapporto originario di uomini liberi e di cittadinanza nella *polis*. Non è un caso che sia stato Kelsen, il teorico del positivismo giuridico come scienza pura del diritto, a liquidare il sintagma come privo di senso.

La rivisitazione effettuata invece fa tornare alla mente il monito di Orestano, poco positivista, sulla storicità del metodo giuridico: "a nessuna soluzione del problema metodologico si potrà arrivare se non si acquisti piena consapevolezza del proprio condizionamento storico".¹¹⁸

L'espulsione di principi giuridici contestualizzati e fondati sull'etica pubblica della cittadinanza dal campo di rilevazione del diritto ha spazzato via, insieme alle impurità concettuali, vere o presunte, anche il fondamento antropomorfico ed etico della giustizia politica.

È il caso, perciò, di ricordare come per Aristotele anche la giustizia particolare non sia esentata dal dovere relazionale tra i cittadini di ricerca della giustizia, come rispetto del bene degli altri. Nella sua originaria integrale formulazione anche per Gaio il *suum unicuique tribuere* si fonda, senza soluzione di continuità, con precetti etici e giuridici: "honeste vivere, alterum non laedere [...].

. .

¹¹⁶ L. Peppe, "Riflessioni sulla nozione di giustizia nella tradizione giuridica europea", *Jus Antiquum*, 2007, p. 116.

¹¹⁷ G. Zagrebelsky, "Il difficile compito di fare giustizia", *La Repubblica*, 16 novembre 2004.

¹¹⁸ R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1963, p. 339.

¹¹⁹ Aristotele, *Etica Nicomachea*, cit., p. 191.

Con il positivismo giuridico, l'etica ed il diritto hanno definitivamente preso strade diverse. Il *quantum* del *suum* è stabilito dal potere sovrastante del legislatore che si è sostituito al principe. Il rischio di abusi insito in questa operazione, in cui il riparto politico delle cose non è giustiziabile, era già stato deprecato nell'Etica Nicomachea in quanto "anche chi commette l'attribuzione può commettere ingiustizia". ¹²⁰

Imperante il positivismo giuridico la volontà del legislatore toglie e attribuisce parti che al contempo, sempre per Aristotele, possono essere legali (esercizio del potere legale) ma ingiuste. Il punto di arrivo di questo percorso patologico è sotto gli occhi di tutti. Gli abusi autoreferenziali nella autoattribuzione delle risorse pubbliche da parte del legislatore politico.

Il lascito irrisolto del *suum unicuique tribuere* come vana formula ripropone dunque il sotteso interrogativo su come sia possibile una contestualizzazione dei rapporti (diritti e doveri) di cittadinanza riproposti su di una base giuridica eticamente fondata.

6. Etica e giustizia distributiva nella Costituzione della Repubblica italiana

Se si evade dal filtro positivista e si sposta il discorso sul diritto come rapporto è possibile constatare come questa relazione dei doveri e dei diritti tra cittadini sembra tutt'altro che assente nella nostra Costituzione. L'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale appare coessenziale nella relazione costitutiva della cittadinanza nell'art. 2, così come, al contempo, si configura come l'elemento fondativo del lavoro quale diritto-dovere dei cittadini. Sulla base di questo incipit, il quesito sulla attualità del *suum unicuique tribuere* si rivela suscettibile di essere con-testualizzato nel testo costituzionale nella logica della giustizia distributiva seguendo l'articolazione del principio solidaristico.

Una "gerarchia etica" dei doveri di solidarietà è desumibile infatti dal testo della nostra Costituzione. Al vertice della gerarchia, in quanto posti a carico direttamente dello Stato e quindi di tutti i cittadini, gli obblighi di prestazioni verso i concittadini in specifiche situazioni di necessità. Nelle fattispecie costituzionali, la solidarietà politica si manifesta nella cura sanitaria degli indigenti (art. 32), nella garanzia del diritto allo studio e del diritto dei capaci e dei meritevoli di raggiungere i più alti gradi di istruzione

¹²⁰ Ivi, p. 219.

¹²¹ G. Di Gaspare, "Il lavoro quale fondamento della Repubblica", *Diritto Pubblico*, 3, 2008, pp. 863-898.

(art. 34, co. 3), nonché nel sostegno a favore della disoccupazione involontaria e degli inabili e degli invalidi. Questi obblighi configurano le essenziali ipotesi di solidarietà politica. Essi hanno pertanto natura di diritti soggettivi. Dunque prestazioni immediatamente reclamabili in giudizio. Gli obblighi di solidarietà economica sono invece posti a carico del datore di lavoro, come parte forte del rapporto, in particolare negli articoli 36 e 37 Cost.

La solidarietà civile fa perno in primo luogo sulla famiglia, sulle istituzioni sociali e sulla mutualità. Sono favorite ed è sostenuta dallo Stato con misure prevalentemente di riduzione del carico fiscale (art. 44). La nostra Costituzione traccia dunque le coordinate giuridiche dell'etica pubblica sul versante dei diritti sociali che si completa con la definizione del generale dovere solidaristico di tutti i cittadini di concorrere alle spese pubbliche (art. 53 Cost.).

Il principio solidaristico sul versante dei doveri dei cittadini fa perno dunque sulla contribuzione fiscale. Quale è allora la misura giusta di questo obbligo di concorrenza alle spese pubbliche? Nell'art. 53 della Costituzione il dovere contributivo cresce progressivamente secondo il censo e pertanto è fondato, ma al contempo limitato, dalla nozione di "capacità contributiva".

L'interrogativo del *suum unicuique tribuere* viene così ad essere attualizzato nel profilo del dovere nella "giustezza" della pretesa fiscale nella Costituzione. Quale parametro per misurarla?

La "capacità contributiva" sarebbe anch'essa, come il suum, una vuota formula?

Per molti aspetti sembra proprio di sì. La giurisprudenza della Corte costituzionale non la prende mai in considerazione come limite quantitativo effettivo al potere impositivo del legislatore. La capacità contributiva, dunque, anch'essa "una scatola vuota". 123

Sciogliendo, invece, all'interno dei diritti e doveri di cittadinanza, nella formulazione stessa dell'art. 53, la connessione tra il limite della capacità contributiva e l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche, appare un fondamento giuridicamente rilevante per l'applicazione della previsione costituzionale. Se ci si pone su questa base,

¹²² Cfr. G. Bergonzini, *I limiti costituzionali quantitativi dell'imposizione fiscale*, Jovene, Napoli 2011, p. 555 ss.

¹²³ Difficile, seguendo le ragioni del fisco, rinvenire un punto costituzionalmente certo al limite della pretesa fiscale dello Stato e al rischio di imposte confiscatorie, F. Gallo, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Il Mulino, Bologna 2011.

si intravede una misura di proporzionalità nella giustizia distributiva in grado di misurare correlativamente diritti e obblighi di cittadinanza in modo da ridurre il carico fiscale e, al contempo, bonificare la spesa pubblica secondo una gerarchia dei bisogni eticamente fondata nella Costituzione stessa. Su questa strada, ancora più attualizzata dalla crisi finanziaria, si arriverebbe anche a liberare risorse per investimenti di interesse generale. 124

-

 $^{^{124}}$ G. Di Gaspare, Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche, Cedam, Padova 2011, p. 417 ss.

Disputa sul metodo nel diritto romano e dominio ideologico nella scienza giuridica: Massimo Brutti, Vittorio Scialoja, Emilio Betti, due visioni del diritto civile*

di Giuseppe di Gaspare

1. Fare i conti con le proprie radici, per comprendere il nesso di continuità/discontinuità che ci lega ad esse, confrontarsi con la dottrina tramandata in modo da rivisitarla e farne emergere i tratti essenziali oggi, per l'attualizzazione di senso di quegli insegnamenti nei limiti di contesto finora sottesi e non esplicitati, credo sia una esigenza ermeneutica fondamentale per la nostra generazione di giuristi, per riflettere sul metodo tramandato e sulle sue modalità di impiego da parte nostra.

Questa rivisitazione, dunque, va oltre l'interpretazione testuale, fondamentalmente astorica e filologica, nella misura in cui si concentra sulla concettualizzazione degli istituti giuridici, ed abbisogna di un ampliamento del campo d'indagine allo "spirito del tempo" in cui quegli studiosi, e non solo i loro studi, sono situati. Una retrospettiva di senso, anche meta testuale che metta in connessione il sistema di valori e le ideologie con gli approcci metodologici dei giuristi.

"Visioni", appunto, come Massimo Brutti evidenzia subito nel parallelo storico su Scialoja e Betti.

Non vorrei toccare in questa breve nota le dense pagine, più propriamente storiche, sullo Scialoja tardo-liberale e su Betti, convinto sostenitore del regime fascista. Pagine nelle quali Brutti ci dà essenziali notazioni di contesto per comprendere meglio il loro ruolo e, quindi, quello della dottrina giuridica nelle dinamiche della transizione dallo stato liberale risorgimentale al fascismo.

Vorrei rimanere, invece, sul piano della riflessione dottrinaria per accennare ad un altro parallelismo che il libro di Brutti sollecita. Il dibattito nella giuspubblicistica che si

^{*} Scritto pubblicato in *Sociologia*, 3, 2014, pp. 88-90.

svolge nello stesso periodo. È stato infatti sorprendente, per me, constatare come, a partire dagli inizi del '900 fino agli anni '30, anche nella dottrina civilistica si sia manifestata una cesura fondamentale nella scienza giuridica con la pregressa tradizione giuridica dello stato di diritto liberale, che piega verso la soluzione totalitaria. Questa divaricazione tra una cultura giuridica liberale e una che cessa di essere tale si presenta, probabilmente in modo più accentuato nel diritto pubblico e nel diritto amministrativo, dopo la conversione positivista operata da Vittorio Emanuele Orlando, ma si riscontra comunque anche nel diritto civile, con caratteri suoi propri che il confronto ravvicinato tra Scialoja e Betti, come proposto da Massimo Brutti, illumina in modo esemplare.

Lo sfondo, su cui si innesta la ricostruzione di Brutti, è la contrapposizione tra l'orientamento liberale di Scialoja e la convinta accettazione del regime fascista da parte, invece, di Betti, che si traduce, in prima battuta, nella contrapposizione ideologica tra individualismo e totalitarismo. Contrapposizione ideologica che apre e si riverbera in quella metodologica tra autonomia ed eteronomia delle fonti del diritto civile. Questo punto di partenza e chiave di lettura, ad un tempo, è proposto all'attenzione del lettore immediatamente nelle pagine introduttive del testo ed esplicitato nello svolgimento della trattazione.

Va anche detto che il confronto diacronico tra le personalità di Scialoja e Betti e la loro produzione scientifica presenta, anche per ragioni di successione anagrafica, una sequenza ricostruttiva che, iniziando a cavallo del secolo XIX per finire agli anni quaranta, consente di mettere in luce e cogliere, nella loro evoluzione, anche attraverso il richiamo ad altri attori e compartecipi del dibattito intorno alla codificazione, le diverse strategie teoriche, quanto politiche, messe in atto per l'affermazione dei due diversi punti di vista.

Strategie politiche su base ideologica; ma non solo, anche battaglie metodologiche e tecnico- giuridiche. È su queste ultime che vorrei brevemente soffermarmi, per come esse emergano dalla pagine del libro di Brutti. Pur se l'importanza del libro è anche nell'originalità del contributo storiografico sull'influsso e i reciproci condizionamenti tra le scuole del diritto romano e del diritto civile ed il fascismo, a me sembra che la chiave di lettura della contrapposizione sia essenzialmente metodologica. Quasi una prospettiva rovesciata tra ideologica e metodo, dal punto di vista del dibattito giuridico. Entrambi fanno ricorso al discorso ideologico e al confronto politico, ma direi

strumentalmente all'obbiettivo metodologico dell'affermazione delle opposte concezione sistematiche e dottrinarie.

Brutti mette bene in luce questa strumentalità nei confronti del fascismo. La differenza generazionale si riflette retrospettivamente, come una diversità di formazione culturale e di vischiosità di contesto. Mentre Scialoja adotta una strategia che si potrebbe dire adattiva- flessibile rispetto al nuovo che avanza in politica, Betti è immediatamente adesivo. Scialoja, però, non si lascia tagliare fuori. Si può dire anzi che, rispetto al terreno conteso, il codice civile, sia stato probabilmente il vecchio senatore liberale ad avere avuto la meglio nel breve periodo, cioè durante il fascismo. L'affermazione dell'approccio teorico di Betti sembra invece essere successivo alla caduta del regime fascista. La sua ricostruzione teorica, depurata dagli orpelli ideologici del regime, si adatta sempre meglio nel nuovo contesto dello stato democratico. La superfetazione della carta del lavoro al codice civile è destinata ad una facile, successiva rimozione. L'interventismo nell'economia, invece, postulato dalla carta del lavoro e sotteso alla riflessione teorica di Betti sul ruolo giuridico dello stato dell'economia, sembra destinato a maggiore successo, per certi aspetti in modo apparentemente paradossale, con l'avvento della Repubblica.

Nella successiva epoca repubblicana, la concezione del diritto privato di Betti come produzione normativa eteronoma ben si presta a fungere da fondamento teorico dell'interventismo economico democratico che si afferma, invece, negli anni sessanta con le teoriche dell'indirizzo politico (costituzionale) e la loro traduzione applicativa nella programmazione economica mediante legge. Dunque, un rilascio teorico lento, che si manifesta in modo preminente alla svolta degli anni '60 dello scorso secolo. È una ipotesi su cui lavorare. Per me troverebbe conferma – e per questo sono indotto anche a formularla – nello studio, in parallelo storico, che ho a suo tempo condotto sulla continuità delle teoriche sul potere pubblico e sul potere amministrativo in Mortati e S. Romano, destinati ad avere un influsso preponderante nella dottrina del diritto pubblico del secondo novecento.

2. Il testo di Brutti ci fa quasi toccare con mano come le strategie discorsive messe in atto nei due opposti schieramenti siano inserite in un flusso di narratizzazione che, in qualche modo, le sovrasta. Betti e Scialoja, in questa prospettiva, appaiono artefici e vittime del loro tempo, forse non proprio consapevoli del duplice ruolo. Mentre è invece chiaro, ad entrambi, lo scontro in atto per il primato metodologico nel diritto civile. L'oggetto del contendere è il codice civile e dintorni, ma il campo di battaglia è più vasto. Il controllo del potere accademico e dottrinario.

Come in ogni conflitto, il posizionamento decide in buona parte l'esito dello scontro. Occupare il punto più elevato consente di colpire meglio e con più forza ed essere più difficilmente espugnabili. Il posizionamento strategico è costituito dal primato nel diritto romano. Su di esso si basa la legittimazione accademica e dottrinaria. Per conquistare tale preminenza è necessario avvalorare la propria continuità con la tradizione. La rivendicazione di coerenza è alla base della narratizzazione vincente. La rivendicazione della continuità e la confutazione dell'altrui pretesa al riguardo ha, al suo centro, la pandettistica che conferisce un'egemonia teorica, basata sul diritto romano, estesa al diritto civile.

Brutti mette chiaramente in risalto la differenza dei due approcci con una competenza e una compenetrazione delle opposte argomentazioni alla cui lettura diretta è il caso senz'altro di rinviare. Controllare il campo teorico del diritto romano significa avere il dominio della matrice concettuale del diritto privato continentale e avere titolo a declinarne le attualizzazioni applicative nella legislazione e nell'interpretazione.

In questo senso, la contesa per il primato teorico del diritto romano appare immediatamente volta a condizionare l'applicazione del diritto, la sua interpretazione giudiziale e la politica della codificazione *in fieri*.

Lo scontro sulla rivendicazione di coerenza con la pandettistica si gioca intorno alla definizione/ridefinizione del suo essenziale significato sistematico. Il sistema ha il suo fulcro teorico nella concezione del negozio giuridico; chi vince la battaglia sul negozio giuridico acquisisce il controllo del campo di battaglia.

3. È il caso di intrattenersi, perciò, sulle strategie discorsive di Scialoja e di Betti su questi due punti, così come essi emergono nella nitida ricostruzione di Massimo Brutti.

Il pensiero di Scialoja si innesta all'interno della tradizione storicistica del diritto romano e ne propugna, conseguentemente, una concezione storica che ne ha consolidato la struttura degli istituti. Il processo storico terminato con la fine del diritto romano nella codificazione giustinianea ci ha lasciato un sistema meta storico con "una fissità delle figure fondamentali simile a quelle proprie delle categorie giusnaturalistiche" (p. 6). Per cui in realtà il giurista avrebbe il compito di ricondurre a quelle forme consolidate le innovazioni del presente e forgiarle, tramite l'interpretazione anche della legislazione, affinchè a tali forme si adattino. Insomma, nota Brutti, il quadro teorico di Scialoja si riconduce a quello del Savigny (p. 21).

Un processo dal basso verso l'alto, dalla società alle istituzioni e allo Stato, ma fondato sulla germinazione spontanea dei rapporti giuridici che sono ricondotti, però, a sistema attraverso il tradizionale metodo ricostruttivo analitico sistematico. Un processo metodologico, dunque, di astrazione (anch'esso dal basso verso l'alto), come quello storico che, all'epoca, trova conferma nei punti di approdo delle scienze naturali e del positivismo scientifico (p. 58 ss). La costruzione del diritto dal basso permette di tenere ferma la centralità della signoria della volontà e così ribadire una concezione di intrinseco rimando tra l'esercizio della volontà e la sua manifestazione nel rapporto giuridico, con la conseguente centralità dei diritti soggettivi nella costruzione del sistema degli istituti.

Nella concezione della genesi del diritto la fonte autonoma, in questo senso anche consuetudinaria, precede quindi la fonte eteronoma dello Stato che si appalesa come elemento di quadro esterno che permette la manifestazione del giuridico, assicurandone l'esercizio con la coazione come reazione all'illecito, ma la fonte eteronoma non precondiziona la intrinseca giuridicità del rapporto, come manifestazione di libere volontà soggettive.

Non a caso, in questa lettura, lo Stato appare un *posterius* e una forma evolutiva delle strutture di aggregazione sociali e politiche ad un tempo, che hanno nella concezione della famiglia nel diritto romano la loro matrice.

Diventa importante, in questa visione eminentemente conservativa del giuridico, la valvola di adattamento che in Scialoja è riconnessa all'interpretazione del diritto positivo in base ai principi generali del diritto.

Interpretazione dottrinaria "scientifica" piuttosto che giudiziale, che illumina e guida la legislazione vigente sulla scorta dei principi consolidati nella dottrina del diritto romano, rinvenibili quindi nella pandettistica (p. 38). Nell'*attualizzazione* del diritto

romano, nota Brutti, tutto si risolve in un "procedimento induttivo" su come il caso sarebbe stato risolto dai giuristi romani (p. 54).

Il sistema ha il suo punto di forza e, al contempo, di debolezza nella costruzione teorica del negozio giuridico. Elaborazione della pandettistica, ignota al diritto romano, "latente" nel *corpus juris* nota Massimo Brutti; in tanto si giustifica in quanto capace di includervi la concreta fenomenologia del giuridico nelle sue manifestazioni concrete. Da qui, un duplice opposto ordine di contestazioni. L'idealismo gentiliano che ne contesta l'autonoma legittimità concettuale e il suo intrinseco fondamento fattuale (p. 82). E la critica, invece, che vede nel negozio giuridico il punto di arrivo e di ribaltamento dell'autonomia del diritto nell'eteronomia delle fonti. Quest'ultima riduce il negozio giuridico ad un sistema "sovra storico" che trova nella tradizione romanistica i materiali del sistema, ma che è produzione ontologica sovrastante quella individuale e non può essere che il prodotto dello stato etico.

Quest'ultimo passaggio risulta dalle pagine del libro un terreno di confronto piuttosto scivoloso per Scialoja e la sua scuola, in quanto l'insegnamento del Savigny e la sistematica del diritto romano nel macro istituto del negozio giuridico aspira ad una autonoma astratta edificazione, come se, separandosi dal diritto romano, da cui è stata "estratta", la teoria del negozio giuridico, la pandettistica si sia posta in grado di formulare un sistema logico giuridico autosufficiente ed in sé conchiuso, in grado di fornire, quindi, un archetipo concettuale alla elaborazione degli istituti giuridici essenzialmente basata su deduzioni logiche e simmetrie edificate dal legislatore a partire da quell'impianto sistematico.

Scialoja si ritrae di fronte a questa prospettiva estrema della teorica del negozio giuridico, che è invece fatta propria da Betti. La via di fuga è ripercorribile, rintracciabile attraverso la vicenda del codice franco italiano delle obbligazioni (p. 94) per salvaguardare la sovranità riconosciuta alla volontà individuale rispetto alla volontà del legislatore che usa la costruzione pandettistica come sistema ordinante ma non si piega di fronte al primato storico del diritto romano. La riscoperta della matrice storica del diritto romano nella codificazione giustinianea, alla cui impostazione è riconducibile il codice civile napoleonico del 1804 e il codice civile del 1865, fonda il progetto di codice franco italiano delle obbligazioni, che nelle sue partizioni fondamentali vuole aggiornare e non ripudiare la codificazione giustinianea. Di fatto, una presa di distanza

dalla pandettistica come scienza normativa e uno sguardo retrospettivo che ripropone al centro del diritto romano l'evoluzione esegetica e dottrinale dei giureconsulti neolatini e dello *jus controversum*. Da qui, un'altra prospettazione della funzione dell'interpretazione esegetica. Il progetto franco italiano del codice delle obbligazioni finisce per dare così, secondo l'opposta visione del Betti, eccessiva discrezionalità al giudice, in contrasto anche con il precedente approccio dello stesso Scialoja (p. 101).

È su questo punto di arrivo e, al contempo, di ribaltamento della tradizione del diritto romano dello storicismo che si innesta il paradigma di Betti per un diritto positivo "fuori dal tempo". Su questa concezione astratta del negozio giuridico Betti fa leva per suffragare una visione del fondamento su base eteronoma degli istituti giuridici, anche codicistici. Non è la consuetudine né la prassi, stratificatasi nel tempo e nella comune opinione dei giuristi e dei pratici, che forgia gli istituti, bensì la volontà del legislatore, che dà ordine al sistema spontaneo di quei rapporti sociali assumendoli nella manifestazione del C'è sfera di giuridico. quindi giudizio di omologazione/accettazione e di conformazione tipologica, ad opera del diritto positivo, che basandosi sulla scienza giuridica, come teorica delle forme del diritto, conferisce il crisma della giuridicità alle tipologie giuridiche ritenute valide, in quanto socialmente utili dal punto di vista del legislatore.

È interessante per me constatare anche in Betti la stessa dequalificazione del rapporto giuridico che si riscontra nel diritto pubblico degli anni trenta, a partire da Mortati e S. Romano. Per Betti i rapporti tra privati, come espressione della loro autonomia e volontà, sono "rapporti materiali" che costituiscono il "primo livello" della manifestazione dell'"iniziativa privata". È il "secondo livello", invece, che esprime l'ordine giuridico e che dà forma e struttura ai modelli nei quali e tramite i quali i rapporti giuridici materiali acquistano consistenza giuridica. Ed in questo senso, evidenzia Brutti, l'ordine giuridico prescrive la "causa" del negozio e "il diritto ricollega effetti giuridici", destinati ad attuare lo "scopo pratico" normalmente perseguito dalle parti (p. 121). Insomma, si potrebbe chiosare, la signoria del volere è scomparsa ed è scomparso, con essa, l'individuo. Su questa strada Betti arriva al costrutto concettuale della "causa idonea", che si esplica essenzialmente nella tipologia dei rapporti economici (p. 165) definita e valutata dall'esterno dal legislatore (e dal suo panottico il potere amministrativo è probabilmente da aggiungere). Il libro di Brutti

chiude con un ritmo incalzante e avvincente – almeno per noi giuristi – sulla tenzone interna alla stesura del codice e alla rilevanza degli opposti influssi nella stesura di partizioni significative. In particolare, gli esiti intorno alla inclusione delle norme corporative nella struttura del codice civile. Apparentemente le tesi di Betti vengono contenute e ridimensionate in una soluzione "ibrida" (p. 8). L'abrogazione della Carta del lavoro, nel dopoguerra, sembrerebbe riportare le lancette della storia indietro. Ma, in realtà, "l'invasione pubblicistica nel campo dell'economia", con la quale Vassalli affermava "doversi fare i conti", è continuata (p. 184). Ad essa è sicuramente più vicina l'impostazione teorica di Betti, di cui Brutti ci ha dato magistralmente conto. Appaiono negli ultimi riferimenti a Betti, nelle sue visioni del diritto di proprietà e dell'iniziativa economica, spunti per una riflessione ulteriore anche sul loro impatto nella Costituzione. Qualcosa che, in collegamento con l'art. 42, mi è sembrato si potesse cogliere nella definizione di causa, come funzione socio economica della proprietà. Ma qui mi devo arrestare. La mia conoscenza limitata dell'opera di Betti non mi consente di andare oltre e sono grato della lettura del libro, per quello che insegna, per le riflessioni che suscita. La lettura dell'agile volumetto risulterebbe assai utile tra i dottorandi di materie giuridiche e per chi voglia cimentarsi con i problemi costitutivi del metodo giuridico.

Solidarietà, un'utopia "giuridica" necessaria

(recensione a Stefano Rodotà, *Solidarietà*, *un'utopia necessaria*)*

di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Un'utopia giuridica necessaria. – 2. Globalizzazione, etica e gerarchia etica dei diritti sociali.

1. Un'utopia giuridica necessaria

La prima cosa che viene in mente al termine della lettura, con occhio nuovamente alla copertina, è che il titolo non renda in pieno il contenuto del saggio. Sarebbe da aggiungere, dopo utopia, la parola "giuridica": "Solidarietà, un'utopia giuridica necessaria". Perché di questo si tratta, dell'essenza giuridica della solidarietà sociale, stante che essa appare in primo luogo come utopia costituzionalizzata e dunque fondativa dell'assetto democratico dello stato democratico di diritto. Senza solidarietà il funzionamento della democrazia stessa risulterebbe menomato ed il consenso sociale, su cui essa si fonda, sgretolandosi farebbe vacillare lo stato di diritto nelle sue fondamenta. Rischio che il saggio tiene sempre ben presente. L'essenzialità del giuridico per l'effettività sociale della solidarietà è immediatamente evidenziata nel testo. Il saggio – o piuttosto il pamphlet, per la verve lucida e appassionata che lo anima – si propone infatti di contrastare "la cancellazione del principio di solidarietà come guida dell'azione pubblica" e dunque la sua "amputazione indebita dall'ordine giuridico" (p. 5). A questo fine l'autore, con sguardo retrospettivo, ripercorre il processo di costituzionalizzazione dell'utopia solidale per arrivare negli ultimi capitoli ad interrogarsi sulla sua declinazione giuridica, come "principio unificante" per una globalizzazione solidale.

^{*} Scritto pubblicato in *Sociologia, Recensioni*, 3, 2015, pp. 177-179.

L'emergere di un principio giuridicamente vincolante di solidarietà è abbozzato, nei primi sette capitoli, con una rapida ed efficace contrapposizione concettuale dualistica. L'enucleazione del concetto giuridico, nel suo farsi storico, prende forma per comparazione con categorie limitrofe come "dovere morale", "fraternità", "cittadinanza" "diritti e doveri di cittadinanza", "carità" (privata) e "assistenza" (statale). Tramite questi raffronti – necessariamente essenziali nel loro svolgimento – scaturisce a tutto tondo che il significato specifico della solidarietà, "principio costituzionale", dovere giuridico, non è riducibile alla sfera interna del comportamento individuale. Si finirebbe in un ambito morale d'irrilevanza per il diritto che nulla ha a che vedere con l'intervenuta sua costituzionalizzazione nel corso del secolo XIX e XX. Nel saggio invece la solidarietà è immediatamente ricondotta – direi d'istinto – pena la sua dissolvenza come concetto giuridico, allo schema del rapporto giuridico. Non in modo esplicito, ma per il fatto stesso di essere un "vincolo" che giuridicamente lega gli individui all'interno di una comunità d'appartenenza che, dilatandosi dal cerchio più ristretto della cittadinanza, non può non includere l'umanità tutta. Nel ragionamento proposto, contrastare la deriva teorica e pratica che tende ad escludere il principio dall'ambito della rilevanza del giuridico, negando al contempo il suo universalismo, permette di evitare la trappola dell'inferenza economicista che spiega l'emarginazione sociale come effetto collaterale della competizione nell'economia di mercato, descrivendo l'assenza di solidarietà come una fenomenologia naturale e, dunque, giuridicamente lecita. Lo sguardo retrospettivo di Rodotà ci riporta su altra pista. Dal momento della sua primordiale costituzionalizzazione nel principio di fraternità, la solidarietà si distacca e si contrappone alla sfera morale e all'indifferenza giuridica, acquistando poi nelle costituzioni democratiche la consistenza del diritto costituzionalmente fondato, distinto dalla politica caritatevole dello stato del benessere (welfare state) come, mi verrebbe da sottolineare, da quella assistenziale dello stato sociale. In questo modo nel rapporto giuridico solidaristico, come vincolo collettivo e individuale, dunque emergono simmetricamente correlate le posizioni giuridiche del dovere e del diritto.

In questo percorso ricostruttivo, i dualismi concettuali – dei primi paragrafi – illuminano così di riflesso il contenuto intrinsecamente giuridico del vincolo costituzionale socialmente "pro attivo" della solidarietà. L'itinerario storico del concetto

è ripercorso per cenni, nel suo impasto tra storia e teoria, dipanando il nesso di continuità costituzionale che dalla rivoluzione francese – principio di fraternità – perviene alla inclusione dei diritti sociali nella carta di Nizza e poi nel Trattato di Lisbona del 2007. Approdo quest'ultimo peraltro ancora misconosciuto che invece rappresenta, nella prospettiva indicata dall'autore, il coronamento del processo di costituzionalizzazione del principio solidaristico nello spazio giuridico europeo. A ciò potrebbe essere aggiunto, in un'ottica di politiche pubbliche, il richiamo al connesso principio, tuttora formalmente in vigore e risalente al Trattato istitutivo della CEE del 1958, della "coesione economico e sociale" della Comunità, come obiettivo e impegno politico, anche finanziario, comune degli stati membri.

L'affermazione del principio non è però storia formale di statuti e di trattati. La costituzionalizzazione – ricorda l'autore – ha segnato piuttosto l'esito del movimento di affrancazione delle masse popolari, che si stabilizza nel secondo dopoguerra in Europa con il radicamento del vincolo solidaristico nelle costituzioni democratiche. La costituzionalizzazione, nondimeno, una volta intervenuta, vive di vita propria e di autonoma forza normativa. La solidarietà, dunque, è sicuramente il lascito dei partiti politici che ne hanno storicamente rivendicato l'attuazione, ma la sua storia non finisce con quell'esito. La "scomparsa dei partiti di massa" (p. 66) non pregiudica infatti la forza del principio giuridico solidaristico costituzionalizzato. Sarebbe "un errore storiografico", "un fraintendimento ricostruttivo, l'insistere rivendicazionistiche [...]" (p. 29). È necessario prendere atto della cesura. Il principio, una volta costituzionalizzato, si distacca dalla sua genesi e sopravvive autonomamente. L'utopia vive e vige giuridicamente ora per intrinseca forza normativa.

Si potrebbe dire – cercando di sintetizzare la parte ricostruttiva del saggio – che nella costituzione degli stati democratici e tramite essa si è concretata la trasmutazione della solidarietà da forza politica sociale in forza giuridica non reversibile nella sua effettività come principio giuridico "pro attivo". Con la conseguenza che la battaglia, ora globale per la sua attuazione, vede in prima linea anche l'interpretazione e l'attuazione del diritto.

2. Globalizzazione, etica e gerarchia etica dei diritti sociali

In questo approccio universalistico, la solidarietà come vincolo diffuso e connettivo della società civile democratica, è non necessariamente e non solo fenomenologia di diritto pubblico. In questo senso, il saggio sembra prendere di fatto le distanze implicitamente dalla concezione teorica dell'indirizzo politico costituzionale che appare sempre più, almeno al sottoscritto, lascito dottrinario del periodo fascista e di una visione magari alternativa ma comunque totalitaria. Nei suoi caratteri costitutivi la solidarietà si declina tanto nella società (civile), quanto nella sfera pubblica e penetra lo spazio giuridico più esteso della Unione europea grazie alla sua (piena) costituzionalizzazione con il trattato di Lisbona. L'utopia dunque ha seguito, nel suo farsi diritto, l'estendersi dell'ordinamento giuridico dagli stati nazione all'ordinamento comunitario. La solidarietà non si lascia perciò ingabbiare nella "circoscrizione statale" e la sua applicazione coincide (essenzialmente) con l'espansione dell'economia di mercato, della quale costituisce – è questo il punto – un intrinseco correttivo. In la quest'ambito di rilevanza giuridica ordinamentale solidarietà dall'assimilazione alla generica attività assistenziale (statale) o alla carità (privata). Essa non si lascia neppure "sequestrare dalla politica" e si manifesta invece per integrazione - coessenziale - "nella trama dei rapporti economici" come elemento "strutturale" degli stessi ove, però, appare sostanzialmente quale antitodo giuridico alla logica del profitto (pp. 55 e 70). In questo senso il principio è un correttivo intrinseco dei diritti di proprietà e d'impresa e si raccorda alla centralità costituzionale del lavoro, in contrapposizione al modello antropologico dell'individualismo proprietario. Il tratteggio, rapidamente schizzato, del fondamento del dettato costituzionale dell'individuo solidale poggia così sulla sequenza dignità, libertà dal bisogno, autonoma ricerca della felicità personale e garanzia delle condizioni di esistenza libera e dignitosa. Questa libertà di ricerca implica, in termini di effettività, la garanzia giuridica di un reddito minimo universale che sottragga l'individuo "all'angustia della disoccupazione". In questi passaggi, la tensione utopica del saggio, mantenendo l'aggancio agli articoli della costituzione repubblicana, si fa più forte e rivela la robusta trama del pensiero giuridico dell'autore che dischiude orizzonti poco esplorati per la riflessione giuridica e politica.

Rimossa al termine della prima parte "l'amputazione giuridica" della solidarietà, i lettori, "liberi da una serie di ambiguità e fraintendimenti", sono chiamati, nell'ultima parte del libro (paragrafo 8 e successivi), a confrontarsi con l'"interrogativo radicale" della sopravvivenza e delle nuove forme giuridiche del principio nell'epoca della globalizzazione. È possibile una globalizzazione solidale? La tensione tra politica, etica e diritto raggiunge a questa svolta del discorso il suo acme di lucida analisi e, al contempo, di provocazione intellettuale. La solidarietà come scandalo nella parabola del buon samaritano (p. 85)? Come può la solidarietà continuare ad esprimersi come principio unificante, nei processi di disgregazione in atto per effetto della globalizzazione (pp. 30 e 90)? Quali soggetti oggi possono fare da leva alla globalizzazione solidaristica? Chi può rivendicarla e rappresentarla a livello globale? Come contrastare l'"ordine normativo" emanante dal potere sovrano finanziario globalizzato? Questi sono gli interrogativi che generano la riflessione e le risposte della seconda parte del saggio.

Difficile, in particolare, non convenire, per me, sulla virulenza delle crisi sistemiche correlate alle dinamiche del potere finanziario, avendone rintracciato le cause e analizzato gli effetti sulla decostruzione dello stato di diritto in due recenti studi monografici. Il conflitto – nota giustamente Rodotà – si manifesta in particolare sul terreno della vigenza delle norme transnazionali che richiama l'attenzione sul tentativo delle grandi corporazioni transnazionali di instituire un arbitro privato sovranazionale cui ricorrere per sottrarsi al diritto statale. Si indica – puntando ancora una volta il dito nella giusta direzione – nel Transatlantic Trade and Investment Partnership, l'accordo sull'integrazione economica e finanziaria in corso di negoziazione tra Ue e Usa, il cavallo di troia di una *lex mercatoria* globale svincolata dal diritto degli stati (p. 120 ss.).

Come farvi fronte? Più che un nuovo mega soggetto collettivo antagonista di classe, il contropotere in formazione sembra formarsi in modo cumulativo dall'aggregazione di soggettività, coalizzanti interessi socialmente diffusi e oppositivi, che maturano in settori e luoghi diversi del pianeta, perseguendo la libertà di informazione, libertà da nuovi e vecchi bisogni indotti dalla tecnologia, l'affrancazione da uno sfruttamento del lavoro che riappare sotto nuove forme giuridiche. L'incertezza sociale aggredisce i fondamentali diritti individuali, manifestandosi in un rischio endemico dei rapporti sociali e direi di inedite concatenazioni servili anche nel mondo occidentale. L'approccio rifugge dal "realisticamente rassegnato" indicando le

potenzialità di un contropotere democratico, ricercandone la manifestazione nel campo del diritto. Si coglie, in questi passaggi, un'assonanza e quasi una sponda giuridica a riflessioni, come quella di U. Beck¹²⁵ e di altri autori, di cui Rodotà dà conto nel libro. Per ricostruire un tessuto connettivo di solidarietà contro l'estrema forma di un capitalismo irresponsabile e deresponsabilizzante, è necessario gioco forza ripartire dalla frantumazione delle "comunità locali chiuse", travolte dal vortice della globalizzazione. Non si può tornare indietro con un arroccamento, però, negli stati nazionali. Bisogna piuttosto ripartire dalla consapevolezza, che matura nelle "reti di globalità", dell'esistenza di un rischio condiviso che sollecita l'aggregazione di "comunità del rischio globali" e di "sfere pubbliche transnazionali". All'esigenza di contrapporre alle "norme transnazionali" del capitalismo finanziario globale le nuove "norme cosmopolite" invocate da Beck¹²⁶ sembra rispondere Rodotà, incentrando su di esse le considerazioni conclusive del saggio.

Come rafforzare le nuove fonti di produzione di norme e di giurisdizione in grado di contrastare il diritto arbitrale dei conglomerati transnazionali? Decisioni e risoluzioni di giurisdizioni e di organismi sovranazionali sono indagate con la maestria di un ragionamento tecnico giuridico reso accessibile ai non addetti ai lavori. Segnali, a volte deboli, a difesa dei diritti fondamentali. Pragmaticamente tramite essi si intravede comunque il formarsi di un principio di speranza contrapposto al rischio sistemico. 127 Non solo diritto cosmopolita, anche lo stato democratico ha un ruolo centrale nella battaglia per un nuovo universalismo dei diritti. "La garanzia dello stato è indispensabile tutte le volte che si deve giungere alla attribuzione di un diritto" (pp. 110 e 117). Non progetto statico redistributivo di "beni" quanto, piuttosto, "una redistribuzione di potere che attribuisca a un gruppo di persone interessate l'accesso e la gestione di una determinata categoria di beni. Anche beni "patrimonio dell'umanità" (p. 120), "identificati non dalla natura del bene ma dal rapporto che si istituisce con i diritti fondamentali della persona". Un universalismo dei diritti individuali (p. 109), che va nella direzione di un nuovo diritto comune, fondato sull'autonomia delle persone più che sul diritto pubblico. Appaiono, in questi passaggi, punti di contatto con ipotesi

¹²⁵ U. Beck, *Potere e contropotere nell'età globale*, Laterza, Bari 2010.

¹²⁶ *Ivi*, p. 133.

¹²⁷ J. Dewey, *Comunità e potere*, La Nuova Italia, Firenze 1979, p. 124.

esplorate anche da altri autori come "pianeta patrimonio di tutti", ¹²⁸ che contrappone all'ascesa delle *corporation* transazionali la costituzione di trust sovranazionali per la protezione di beni patrimonio dell'umanità. Sul terreno della tutela dei diritti fondamentali – dalla privacy sui social media alla dignità delle persone, al diritto all'informazione – osserva Rodotà – possono trovare utile impiego "strumenti più facilmente gestibili dagli interessati" come il contratto (p. 130). Nel capitolo "solidarietà risorse e politica" si formulano proposte operative, alcune vere provocazioni, come quella di collegare la quota della spesa sociale ad una percentuale del Pil (p. 129). L'esortazione a continuare a pensare la solidarietà dal punto di vista cosmopolita "della nascita delle norme che dovrebbero governare le relazioni tra gli individui in una società civile globale" (p. 136) chiude, con un rimando alla vigenza della solidarietà politica, sociale e economica di cui all'art. 2 della Costituzione, l'itinerario, costituzionalmente ispirato e lungimirante, dell'appassionato e lucido saggio.

Che dire in conclusione? E' il caso di rinviare al testo e farsi trascinare dalla forza dell'argomentazione che fa leva sulla necessaria condivisione dell'opzione socialmente inclusiva che la piena tutela della dignità della persona implica. Ne consegue lo sgretolamento interno dell'ideologia capitalistica per l'affermazione diffusa nella società di valori individuali di rango costituzionale geneticamente contrapposti alla logica dell'homo economicus e alla religione del mercato. Punti di contatto laico con il recente appello del Papa alla solidarietà globale? Convergenze anche con un'etica liberale? Netta è nel saggio la ripulsa dell'eterodeterminazione sul "governo della vita" degli individui (p. 77). La politica è costantemente ridimensionata al rispetto anche dei diritti sociali fondamentali (p. 124). Ripulsa genuinamente liberale la sottrazione della "solidarietà al riduzionismo imposto dalle logiche burocratiche" (p. 66). Una notazione personale infine. Etica dei diritti sociali e una concezione del lavoro inteso come diritto che supera il tradizionale paradigma del lavoro come lavoro dipendente, stimolano ad un ulteriore approfondimento chi, come il sottoscritto, ritiene inscritta nella nostra Costituzione una gerarchia etica dei diritti sociali e ritiene non contrapposta ad essa l'iniziativa economica privata di cui all'art. 41, riconducibile anch'essa, come diritto di cittadinanza, alla tutela accordata al lavoro, quale fondamento della Repubblica, dall'art. 1 della Costituzione repubblicana.

_

¹²⁸ P. Barnes, *Capitalismo 3.0*, Egea, Milano 2007.

Metateoria del positivismo giuridico*

di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Metodo, oggetto e paradigma della ricerca scientifica. – 2. Il metodo nel diritto pubblico tra scienza e dottrina. – 3. La dottrina veicolo del cambiamento di paradigma. – 4. Il riduzionismo positivista del diritto alla "datità normativa". – 5. Suo contrasto con la concezione tradizionale del diritto quale rapporto tra persone. – 6. L'organicismo come tentato adeguamento della concezione tradizionale alla crisi dello Stato di diritto. – 7. La prospettiva organicista: dalla sfera esterna della "personalità" alla sfera interna della "capacità" dello Stato (Orlando). – 8. L'impasse della dinamica giuridica: il paradosso del rapporto unisoggettivo dello Stato (Jellinek). – 9. Incongruità dei tentativi di soluzione dell'impasse teorico della dinamica giuridica all'interno del paradigma del rapporto (Romano, Donati). – 10. La dottrina pura del diritto ed il cambio di paradigma (Kelsen): dallo Stato di diritto allo Stato legislativo e la riduzione del diritto alla datità normativa. – 11. La fuoriuscita dalla trappola antropomorfica e la caduta nel nichilismo giuridico dello *jus publicum* continentale.

1. Metodo, oggetto e paradigma della ricerca scientifica

La concezione del metodo, quale strumentario dell'indagine scientifica nettamente separato dall'oggetto, è legata all'affermazione nel XIX secolo del positivismo con il quale si afferma appunto la netta separazione tra ricercatore e ricerca da un lato e la realtà indagata intesa come oggetto già posto (*positum*/positivo), preesistente al di fuori ed indipendentemente dal soggetto ed in quanto tale non in grado di interferire con il metodo con cui il soggetto indaga. Il positivismo, a partire da quelle che allora venivano chiamate le scienze esatte, si estende progressivamente alle scienze economiche, sociali

^{*} Scritto pubblicato in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, pp. 999 ss.

e giuridiche. Un metodo fondato sulla logica matematica, analitico sistematico di astrazione concettuale in un processo che va dal particolare al generale ordinando e classificando a sistema gli elementi che emergono dalla ricerca, in modo da consentire una rappresentazione simbolica generale e settoriale della realtà mondana e fornirne conseguentemente un'univoca interpretazione.

Questa concezione determinista della scienza è stata progressivamente revocata in dubbio e relativizzata proprio dalle scienze esatte dalla fisica quantistica a partire dopo Einstein dalla matematica probabilistica nonché dalla filosofia (Wittgenstein).

I punti problematici di arrivo di questo dibattito revisionista del positivismo si addensano intorno alla messa in discussione della cesura tra la realtà indagata e il soggetto inquirente. Definizione convenzionale del cercato, comportamenti, esperienza del cercante, significati e interpretazione della ricerca paiono ordinarsi in un *continuum* senza soluzione di continuità fino a giungere ai risultati della stessa. Si assiste così alla tendenziale generale riconduzione del problema del metodo e dell'oggetto all'interno della definizione dello stesso ambito problematico di ricerca e di enunciazione delle modalità di indagine e comunicazione scientifica.

Riaffiora, in questa diversa prospettiva, il significato originario della parola metodo (dal greco: *meta oudos*): tra strada/passaggio. Il metodo sarebbe allora (o piuttosto tornerebbe ad essere) il tracciamento di un percorso verso un esito anche ignoto. In questo senso l'indagine scientifica non sarebbe altro che la ricerca di una via di uscita da un problema, quindi una pista da aprire in ogni modo per superare una situazione di stallo (Feyrabend).

In quest'ultima accezione, la ripresa della discussione sul metodo costituirebbe allora già di per sé una forma di manifestazione della crisi. Essa sarebbe sintomatica di una situazione di incertezza connessa alla ricerca di una soluzione. Il dibattito sul metodo sarebbe dunque la spia della rottura di un sottostante paradigma epistemologico e della rielaborazione in corso di un linguaggio in grado di comprendere diversamente una fenomenologia che non si riesce più a decifrare in modo persuasivo (Kuhn).

Aderendo a questa impostazione, il dibattito sul metodo implicherebbe la ricerca di un nuovo paradigma di interpretazione e di comunicazione (sviluppo del discorso, del linguaggio e dell'interpretazione) per fuoriuscire da una impasse teorica ed ermeneutica allo stesso tempo.

Secondo queste formulazioni, il discorso sul metodo, nella sua enunciazione teorica e applicazione pratica, verrebbe ad essere irrimediabilmente attratto e condizionato dall'oggetto della ricerca e finirebbe con l'apparire come problema al suo interno. Il metodo, dunque, non più uno strumento tecnico che precede *ex ante* l'indagine ma, all'opposto, un espediente del discorso che si mette a punto e si manifesta nel suo svolgersi e semmai costituisce, visto *ex post*, il precipitarsi del problema verso la sua soluzione.

Qualcosa del genere era anche nel sintagma "est modus in rebus". Un'interazione teorico-pratica in cui il modus appare coessenziale alla concretezza del farsi delle cose nella specifica problematica intrinseca che aspira nel suo manifestarsi alla sua soluzione. In questo senso il discorso sul metodo si radica, dunque, nella discussione sulle "cose stesse" (Heidegger).

Questo diverso e successivo punto di vista sul discorso metodologico ci induce a spostare l'attenzione comprensivamente sull'oggetto e sul metodo e a domandarci di quali "cose" si stesse allora discutendo all'epoca della svolta positivista nella dottrina tedesca ed italiana del diritto pubblico, ove il positivismo giuridico prende inizialmente forma, ed in particolare, ci pone davanti al quesito se tale dibattito fosse in realtà la spia della crisi di un paradigma e l'esperimento di un tentativo di sua sostituzione.

2. Il metodo nel diritto pubblico tra scienza e dottrina

Ed in effetti l'approccio metodologico comprensivo, che riconduce oggetto e metodo della ricerca in un comune plesso problematico, si rivela particolarmente fecondo per indagare le origini del positivismo giuridico, la sua ragion d'essere come metodo della scienza giuridica, in quanto ci obbliga a porre espressamente il quesito di quale fosse all'epoca la situazione di stallo e quindi la crisi nella quale la scienza – o forse meglio – la dottrina fosse incappata e rispetto alla quale la risposta giuspositivista veniva a configurarsi come possibile via di uscita. Contestualizzare il discorso sul metodo, significa pertanto ricercare a suo fondamento la specificità del problema sotteso alla svolta operata da Orlando e dalla sua scuola sul finire della seconda metà del XIX secolo.

Nel far questo è necessario però in via preliminare sgombrare il campo dall'ambiguità epistemologica sottesa alla relazione tra "scienza" e "dottrina".

Nel lessico giuridico, i due termini vengono impiegati come sinonimi, anche se in realtà, come è evidente, non sono affatto coincidenti.

Ai nostri fini il punto è particolarmente rilevante poiché, nel linguaggio giuridico, l'equiparazione tra dottrina e scienza ha prodotto un occultamento del problema metodologico, in quanto esso è riassunto e assorbito nella tradizione dottrinaria sulla quale il dibattito si radica e dalla quale prende le mosse la ricerca giuridica, l'interpretazione del diritto e la sua sistematica attualizzazione. In questo modo il discorso sul metodo tende a confondersi e a rifluire all'interno dell'attività di interpretazione e a trarre forza nel discorso giuridico dall'autorità della dottrina senza mai porre apertamente il problema del metodo come statuto scientifico della disciplina giuridica del diritto pubblico.

La dottrina non può porre apertamente il problema in quanto la sua legittimazione si basa sulla tradizione e sull'autorità su di essa costituita e consolidata in un corpus di dogmi e di costrutti concettuali - "gli istituti" - basati sulla tradizione tramandata. Sebbene il confronto non possa svolgersi in modo esplicito, la costruzione dottrinaria non è comunque rigida, ha una sua interna capacità di resilienza, sopporta qualsiasi adeguamento al margine purché ciò avvenga gradualmente nel rispetto della tradizione. Quello che la dottrina, dunque, non può accettare è esclusivamente un conflitto metodologico chiaramente esplicitato nei presupposti, con il rischio di rottura della coerenza con la tradizione, poiché in questo si verrebbe a mettere in discussione il fondamento costitutivo della dottrina stessa come autorità. L'adeguamento compatibile è, in questo ordine di idee, quello validato dalla gerarchia accademica, che professa la dottrina e ne è custode e che accetta la compatibilità della modifica adattiva innestandola nel sistema preesistente (oppure adeguando ad essa il sistema pregresso). In questi processi adattivi, l'interpretazione dogmatica ricerca il punto di congiunzione e il passaggio al nuovo in modo da renderlo persuasivo e accettabile per tutti nella continuità. La dottrina non potrebbe sopravvivere senza l'attualizzazione continua nel quotidiano della tradizione dogmatica, può tollerare processi anche scismatici, ovvero interpretazioni minoritarie e una diversa rivisitazione dei dogmi, ma non l'eresia cioè il loro aperto ripudio.

Se accettiamo questo punto di vista e consideriamo la scienza giuridica essenzialmente dottrinaria, dobbiamo conseguentemente ammettere che essa non può

sopportare un discorso alternativo sul metodo come aperta rottura con la tradizione. Ne consegue, pertanto, che il dibattito sul metodo sia destinato a rimanere sotteso e mascherato in quanto la dottrina – a differenza della scienza – non sarebbe in grado di accettare rotture epistemologiche. La sua esplicita posizione revocherebbe in dubbio il fondamento della tradizione, disconoscendo la continuità dell'insegnamento sulla quale l'autorità della dottrina si fonda.

La "disciplina" del diritto pubblico, nell'anfibologico richiamo del termine sia alla dottrina, come dogmatica, sia alla scienza, si è dunque tenuta lontana dal porre apertamente la problematica metodologica salvo farvi continuo generico richiamo.

Si spiegherebbe così il motivo per cui il dibattito sul metodo abbia assunto un andamento "carsico" e la ragione anche attuale per la quale il rapporto tra dottrina e scienza sembra tuttora un terreno di indagine poco esplorato dalla scienza giuridica. Non è il caso di andare oltre. È sufficiente, ai fini dell'attuale riflessione sul metodo nel diritto pubblico, l'aver posto l'accento sul versante "dottrina", in modo da poter meglio comprendere la necessità di contestualizzare il senso del dibattito sul metodo nel diritto pubblico che allora (non apertamente) si svolse.

Ripercorrendolo *ex post*, per dirla con Borges, quel dibattito sembra essersi svolto come un sotteso confronto tra diverse "intonazioni di una stessa metafora". Quella, nella specie, antropomorfica dello Stato. Attraverso il susseguirsi di diverse intonazioni/declinazioni, la metafora della persona dello Stato, nella sua essenziale relazione costitutiva della fenomenologia giuridica e, quindi, della realtà nel diritto pubblico, è stata spinta agli estremi della sua adattabilità, internamente svuotandosi di senso, finendo così con il dissolversi.

3. La dottrina veicolo del cambiamento di paradigma

Benché tutto il dibattito sia rimasto velato, ciò non vuol dire che il discorso dottrinario non sia capace al suo interno di salti. Anzi, per capire il meccanismo di adattabilità della dottrina, non dobbiamo commettere l'errore di immaginarla schiacciata dalla tradizione tramandata e sotto l'egida perpetua della stessa. In realtà, la dottrina vigente, nel momento in cui richiama la tradizione, la compendia, negandola come insegnamento presente se non filtrato dalla mediazione della dottrina attuale che si sostituisce alla tradizione dominandola e occultandola nel suo discorso.

Empiricamente, siamo immediatamente consci di questo *modus operandi*, quando poniamo mente alla rarefazione dei riferimenti dottrinari ai maestri del diritto nel tempo. Una volta scomparsi, il loro insegnamento, come la tradizione già dagli stessi tramandata, subisce una caduta verticale, tende a diradarsi ed è sostituita dall'insegnamento attuale senza apparente soluzione di continuità, ma con un effetto di cesura sotteso, dunque ancora più marcato, in quanto appunto non esplicitato ed ottenuto per silente rimozione. Anche la rivisitazione dei maestri in genere serve solo in quanto adattata a confermare l'insegnamento vigente. Non è una novità e non riguarda solo il diritto. È un riscontro più generale nelle scienze umane e, in questo senso, la tradizione che prende il predominio tende così poco a rendere accessibile ciò che "tramanda", blocca l'accesso alle fonti, fa dimenticare la provenienza, "maschera" (Heidegger).

Il mascheramento è, dunque, funzionale e necessario alla manipolazione concettuale adattiva della stessa dottrina tramandata in modo da conformarla al presente senza metterla in discussione. L'interiorizzazione dell'insegnamento passato nel presente è pertanto il modo normale dell'adeguamento dottrinario di modo che l'insegnamento passato, reso poco accessibile, è gradatamente rimosso senza essere apertamente confutato. La tradizione vive nel quotidiano ed è trasfigurata nell'attualità dalla tradizione che ha preso il predominio e che, incorporando l'insegnamento passato, si pone come l'unico parametro di raffronto e di definizione della tradizione tramandata. In questo modo l'insegnamento della disciplina persiste in un *continuum* filtrato e riadattato all'interno della dogmatica degli istituti giuridici.

Bisogna dunque ritenere che questa esigenza di continuità e questo meccanismo adattivo sia stato all'opera anche nella svolta del diritto pubblico all'epoca di Orlando e di Laband. La sistematica messa a punto dalla pandettistica è rielaborata dal giuspositivismo ma non messa in discussione. La rivisitazione avviene lasciando apparentemente immutati gli istituti giuridici tramandati (a partire da Gerber). Non è pertanto in questa direzione, all'interno della dogmatica giuridica, che va ricercato il senso e la portata della discontinuità metodologica messa in atto dalla svolta positivista.

Il discorso sul metodo nel diritto pubblico deve piuttosto essere estrapolato dal destino cifrato, in cui la tradizione, allora affermatasi come egemone, ha posto in luce se stessa relegando in un cono d'ombra la pregressa concezione dottrinaria, senza un

confronto teorico, anche se la nuova tradizione è stata posta con una tonalità di discontinuità declamata, come un "prologo in cielo", ma mai indagata come tale.

Spostandoci su questo piano più radicale – sotteso al dibattito dottrinario – dobbiamo perciò porci la domanda se ed in che senso l'affiorare del problema del metodo abbia segnato invece una rottura con il precedente sistema dottrinario ed in che misura tale discontinuità costituisca e mascheri allo stesso tempo un cambiamento di paradigma e cioè un diverso modo di intendere l'oggetto del diritto e, dunque, la rappresentazione della "realtà giuridica" da parte di giuspubblicisti.

Se il dibattito sul metodo nel diritto pubblico ha costituito, per dirla con Kant, il dato sintomatico della rottura di un sottostante paradigma epistemologico e l'avvio della rielaborazione di un linguaggio giuridico in grado di comprendere diversamente la fenomenologia che non si riesce più ad elaborare in modo persuasivo sulla base del precedente paradigma, il quesito diviene allora: quale era il precedente paradigma? Perché non era più adeguato ed è stato necessario rimuoverlo? In che modo è stato rimosso e sostituito nel dibattito dottrinario dal positivismo giuridico?

4. Il riduzionismo positivista del diritto alla "datità normativa"

Possiamo cercare di rispondere ai suddetti quesiti iniziando dall'ultimo e ricollegandoci alle considerazioni iniziali sul positivismo come metodo di analisi oggettivo della realtà. Sicuramente, se vediamo gli esiti finali, è possibile affermare che con Orlando si inizia un percorso per cui la realtà giuridica si riconduce e si riduce esclusivamente al diritto posto dal legislatore. Nel discorso di Orlando e della sua scuola, il diritto positivo – è il caso di ricordare – si costituisce per la prima volta come "ordinamento" in sé conchiuso. Alla sua interpretazione e sistematizzazione è rivolto il metodo giuridico che, nel far questo, deve espungere qualsiasi valutazione soggettiva e valoriale – etica o morale, nonché filosofia o politica – che possa compromettere la ricerca obiettiva del senso delle disposizioni normative. Se questo è grosso modo l'obbiettivo della rivoluzione metodologica della scuola del diritto pubblico del positivismo giuridico, il nuovo metodo così come professato non sembrerebbe a prima vista comportare una rottura con la concezione precedente della età della codificazione. All'epoca, alla fine del XIX secolo, l'idea che il diritto fosse essenzialmente di derivazione legislativa, almeno nella cultura giuridica continentale, era un dato acquisito

così come la convinzione che l'imputazione del potere di legiferare (nel senso di codificare) spettasse unicamente al Parlamento, mentre l'interpretazione delle leggi fosse di spettanza del giudice.

A prima vista, dunque, l'innovazione positivista sembra ridursi ad un incremento marginale della percezione del giuridico, presentandosi come riaffermazione più marcata della derivazione statuale del diritto. In realtà, con il positivismo giuridico, si fa un passo in avanti nella direzione dell'estensione della concezione del diritto grazie all'introduzione del concetto di "ordinamento giuridico" come sistema normativo in sé conchiuso. Dal diritto oggettivo si ricavano, come suo riflesso speculare, così gli stessi "diritti soggettivi" con un loro stacco preciso e definitivo, anche se non esplicitato, dai diritti dell'individuo di matrice giusnaturalistica. Derivazione quest'ultima non ancora recisa nell'età della codificazione, in linea di continuità con il razionalismo giusnaturalista che considerava i diritti fondamentali innati negli individui e intrinseci alla loro personalità (giuridica). Con il positivismo giuridico invece "l'unico creatore del diritto" diviene lo Stato (Bobbio).

Il punto di cesura dalla codificazione al positivismo può essere colto, retrospettivamente, nella teoria "dei diritti pubblici subiettivi", con la quale si sposta l'accento sulla loro origine nel diritto pubblico dello Stato. La nuova formulazione faceva compiere inavvertitamente un passo avanti decisivo nel ribaltamento del piano di rappresentazione della realtà giuridica da una concezione del diritto (pubblico) ancora come riconoscimento dei diritti dei singoli individui ad una concezione che riduceva invece il diritto esclusivamente al diritto posto dallo Stato e, dunque, in cui il focus dell'analisi giuridica si spostava sulla "realtà normativa" in cui tali diritti venivano ad essere effettivamente configurati.

In questo slittamento – dal soggetto all'oggetto del diritto – si avverte il passaggio al positivismo nel suo duplice significato metodologico. Nella separazione netta dell'oggetto, inteso appunto come realtà esterna al soggetto che indaga, e nella depurazione dell'attività di ricerca che si caratterizza distaccata per lo strumentario utilizzato, cioè per il metodo neutro e avalutativo, non condizionato ideologicamente dall'oggetto di indagine costituito come ordinamento in sé neutro, essendo in sé e per sé esclusivamente un insieme conchiuso di dati normativi. In secondo luogo, postulandosi l'identificazione della realtà oggettiva giuridica nella datità normativa, si apriva

pragmaticamente la strada all'affermazione del metodo scientifico di interpretazione del diritto – così come ancora oggi lo intendiamo – consistente nella sua analisi ed ordinata sistemazione concettuale in istituti attraverso l'interpretazione logico sistematica dell'ordinamento giuridico quale sistema normativo ordinato compiutamente secondo gerarchia e competenza delle fonti del diritto. È dall'interpretazione della "datità normativa", di fatto coincidente con la realtà giuridica, che noi abbiamo imparato a dedurre essenzialmente l'esistenza, la consistenza, l'effettiva sussistenza e "vigenza" dei diritti soggettivi.

5. Suo contrasto con la concezione tradizionale del diritto quale rapporto tra persone

L'approccio riduzionista del diritto alla datità normativa era però tutt'altro che scontato nella cultura giuridica liberale, all'epoca egemone, la quale, invece, ancora – e ancora a lungo – continuerà a pensare al diritto in termini di rapporti tra persone.

In quella visione per la quale lo Stato appariva non come "produttore" di norme giuridiche ma, all'opposto, come "destinatario" delle norme poste esclusivamente dalla legge del Parlamento allo scopo precipuo di limitarne e contenerne la manifestazione del potere (non giuridico, di fatto) nei rapporti con i cittadini. Questa metamorfosi del ruolo dello Stato, da destinatario a produttore (e, contraddittoriamente, rimanendo al contempo destinatario) di norme giuridiche è un salto non da poco per la cultura giuridica liberale, ed è, soprattutto, un salto illogico se esplicitato apertamente.

Il mutamento di approccio oggettivo del positivismo implica, alla luce del paradigma dominante, il paradosso del *ne bis in idem*. Come è possibile che lo Stato persona sia al contempo un legislatore onnipotente il cui potere sia limitato dalla legge prodotta dallo stesso? La soluzione del paradosso, all'interno della concezione del diritto come rapporto tra persone, era tutt'altro che facile.

Questo paradosso, che non può essere esplicitamente formulato come tale, pone dunque la teoria del diritto pubblico di fronte al problema della "bilateralità unisoggettiva", cioè del rapporto bilaterale all'interno di uno stesso soggetto: del rapporto, dunque, dello Stato con se stesso. Una rappresentazione scomposta della persona dello Stato insensata che non dà luogo ad una visione plausibile e alla quale non

è possibile pervenire senza un brusco cambiamento teorico. Ma in che modo e in quale direzione?

Quando la scuola del diritto pubblico inizia la svolta, il discorso sulla interpretazione giuridica come metodo di applicazione del diritto positivo è comunque nella prassi già in stato di avanzata formazione. L'obbligo del giudice di non rifiutare il giudizio e di dover giudicare applicando la legge, ricorrendo ai principi e all'analogia, senza poter invocare lacune normative racchiude all'interno delle norme di legge l'interpretazione giuridica. Ad un livello, ancora più empirico, ma non meno rilevante sul piano fattuale, i codici, la gazzetta ufficiale, lo sviluppo delle tecnologie di stampa hanno imposto, per la certezza dell'interpretazione giuridica, il primato del diritto scritto. Nella prassi. Ma nella prospettazione teorica il cambiamento d'ottica nella rappresentazione della realtà giuridica dai diritti degli individui al diritto oggettivo esclusivamente posto dallo Stato non ha ancora preso forma. Anzi, il cambiamento cozza, nella testa dei giuristi, con tutta la pregressa concezione che riconduce il diritto immediatamente agli individui quali persone e ai rapporti tra gli stessi. La concezione del diritto forgiata dalle rivoluzioni liberali aveva innestato nella tradizione del diritto come "rapporto tra persone" i nuovi status dei diritti fondamentali dell'uguaglianza formale e della libertà, ri-fondando, in questo senso, il diritto individuale sul riconoscimento dello status generale di cittadinanza. L'innesto della concezione liberale era comunque rimasto nell'alveo del diritto inteso come rapporto tra individui, come metodo di risoluzione dei conflitti tra gli stessi secondo ancora la formula aristotelica della "giustizia particolare", sia "commutativa" sia "distributiva", e con degli status di cittadinanza tramandati e configurabili comunque sempre all'interno dello schema del rapporto tra individui.

In questo senso la svolta positivista, che riduce e riconduce l'orizzonte del diritto alla "datità normativa", era piuttosto ardua da concettualizzare e da professare apertamente. Non solo tra i privatisti, ma anche per gran parte dei giuspubblicisti, ancora nella prima metà del secolo scorso, la concezione del diritto come rapporto rimane come fondante la categoria del giuridico. Una chiara riaffermazione dell'assioma è, ad esempio, in Ranelletti: "Il diritto regola l'attività delle persone soltanto verso l'esterno, ne regola, cioè, e determina l'azione solo di fronte e in riguardo agli interessi dei terzi, non si occupa dell'uso che il soggetto fa delle sue cose, senza

toccare gli interessi altrui, tutta questa attività rimane fuori dal diritto, è per il diritto indifferente".

Il cambiamento di paradigma ha perciò preso nel diritto pubblico una pista diversa ed è rimasto occultato al di sotto del perfezionamento tecnico-metodologico della teoria giuridica dell'interpretazione come teoria dell'ordinamento giuridico. Come accennato, l'ordinamento giuridico ha svolto una funzione di intermediazione teorica nella transizione ad una nuova realtà giuridica. Una mediazione concettuale verso la datità normativa, intesa nel suo essere diritto come insieme, che ha funzionato da veicolo di trasferimento di senso, come schermo al di sotto del quale la concezione del diritto come rapporto, caduta in un progressivo oblio, si è dissolta. Sarebbe però erroneo ritenere che tale operazione sia stata condotta intenzionalmente dalla scuola del diritto pubblico, sia italiana che tedesca, con l'obbiettivo di una consapevole destrutturazione del precedente paradigma. In realtà, lo svuotamento di senso della concezione del diritto quale rapporto sembra essere stato piuttosto il risultato inintenzionale della volontà di adattare il precedente paradigma ponendolo su nuove, non contraddittorie, basi concettuali. È stato piuttosto il fallimento, cumulato, di diversi tentativi di adeguamento che ha comportato il logoramento e l'annichilimento della metafora della persona dello Stato fino all'apparizione, nel momento in cui la dottrina si sarà liberata definitivamente da quella ipoteca, del paradigma teorico positivista "autocentrato" grazie alla dottrina "pura" del diritto di Kelsen.

6. L'organicismo come tentato adeguamento della concezione tradizionale alla crisi dello Stato di diritto

Cerchiamo allora di riguardare da vicino lo slittamento di senso nell'operazione metodologica messa in atto da Orlando e dalla scuola del diritto pubblico nei suoi presupposti storico fattuali di crisi dello Stato di diritto liberale.

Il discorso si articola nella sua essenzialità in due passaggi.

Con il primo, l'argomentazione si innesta nella continuità con la tradizione, ribadendosi il fondamento soggettivo del diritto ed in questo senso riprende l'analogia dello Stato all'individuo come "persona" giuridica cui era già pervenuta la cultura giuridica liberale.

Il secondo passaggio apre invece alla discontinuità. Qui si innesta l'innovazione resa necessaria dall'adeguamento della teoria del diritto come rapporto al mutato contesto monista del potere. Essa non è altro che il tentativo di sistematizzazione teorica dello, storicamente avvenuto, collasso del potere legislativo, transitato "dall'esterno" – dalla società civile – "all'interno" della persona dello Stato. Nella transizione il Parlamento è attratto nella sfera dello Stato e da potere contrapposto alla Stato si trasforma in potere dello Stato e ne diventa allora – come noi oggi ancora affermiamo essere – "organo".

L'Organicismo appare, dunque, la risposta immediata alla transustanziazione del Parlamento nella persona dello Stato. Ma nella prospettiva organicistica non tutto scorre per il meglio e il discorso giuridico si complica.

Il ragionamento deve collegarsi alla tradizione se non vuole destare un'istintiva reazione di rigetto, deve usare lo stesso lessico, ma al contempo concettualmente la metafora deve piegare verso la nuova formula.

Vediamo come. "Nella sfera individuale l'affermazione della personalità umana dà luogo all'istituto giuridico della capacità, non diversamente avviene per quel grande organismo che è lo Stato" (Orlando).

Ribadita l'analogia antropomorfica, Orlando – come per la personalità umana ma a differenza della stessa – sposta l'osservazione sul versante interno della persona giuridica, su "l'istituto giuridico" della "capacità", anch'essa altrettanto naturale per lo Stato come per l'individuo. Ma a fronte della nitidezza della analogia personalista, la comparazione tra le due capacità è invece appena accennata "non diversamente". La metafora personalistica suggerisce identità – ovvia – anche nella sfera individuale, salvo la dissolvenza finale nel discorso con il riferimento al grande organismo dello Stato che allude – quasi un messaggio subliminale – alla inevitabilmente diversa capacità propria del grande organismo. La differenza è implicita e lasciata, nei suoi ulteriori svolgimenti, all'intuizione consenziente del lettore. Se per lo Stato persona vale, dunque, il richiamo tradizionale all'assioma della personalità giuridica, su quella base è allora possibile fondare, spostando lo sguardo nella sua sfera interna, anche la fuorviante assimilazione della "capacità" dello stesso a quella che l'individuo esercita nella sua sfera individuale. Un potere nella sfera interna legittimamente fondato, allo stesso modo, sulla personalità sia individuale sia statale.

Nel ragionamento di Orlando la similitudine antropomorfica – come si vede – è forzata all'estremo proprio nel ripiegamento prospettico sulla sfera interna. Non è possibile andare oltre, pena la rottura della metafora e la complicazione della visione dello Stato come persona. Il punto di transizione rimane perciò sfuocato. È un passaggio critico, in contrasto con la tradizione dottrinaria, che si rischierebbe di rompere accentuando troppo la prospettiva organicista. Nella transizione è necessario trovare una transazione con la tradizione tramandata. Ad Orlando, così come prima di lui alla dottrina tedesca, dalla quale ha recuperato strumenti concettuali e argomentazioni, lo slittamento riesce tutto sommato bene. Molto bene – verrebbe da dire – se riesce a trarre in errore, ancora a distanza di un secolo, anche la più avveduta storiografia del pensiero giuridico la quale coglie il passaggio all'organicismo, ma non il sotteso occultato cambio di paradigma quando ritiene, sulla scia di Orlando, che l'"immagine antropomorfica" si innesti del tutto naturalmente sulla metafora organicistica dello Stato.¹²⁹ In questo modo il pensiero giuridico tramandato ha preso il sopravvento sradicando la storicità del diritto dalla riflessione sullo stesso e consegnando alla storiografia la ricostruzione di un pensiero giuridico apparentemente sconnesso dalla realtà del diritto e percepito essenzialmente come autoreferenziale. Una ricostruzione che proprio nel suo essere filologicamente oggettiva si allontana fuorviandosi dal filo conduttore, sotteso a quel dibattito dottrinario, sulla trasformazione e il destino dello Stato di diritto.

Nella realtà storica, la vicenda ha preso un'altra piega. L'innesto organicista è stato assai complicato¹³⁰ e, nonostante l'apparente continuità, non è riuscito ad attecchire.

La ragione dell'insuccesso sfugge alla ricostruzione storico ideologica del pensiero giuridico. Essa non si coglie neppure dal punto di vista superficiale dell'"immagine" e dello "Stato immaginario". Alla lettura mitica dello Stato, ricondotta a tonalità emozionali e ideologiche, sfugge il senso recondito della metafora antropomorfica che è da ricercarsi invece a partire dalla comprensione dell'essenziale funzione tecnico giuridica che la personalità giuridica dello Stato assolveva nel funzionamento dello Stato di diritto. Essa è piuttosto una "metafora epistemologica", nel senso indicato da Eco, "conoscitiva", ma, in questo caso, anche "costitutiva" della

_

¹²⁹ M. Fioravanti, Giuristi e costituzione politica nell'ottocento, Giuffrè, Milano 1979, p. 256.

¹³⁰ G. Di Gaspare, "Organizzazione amministrativa", Digesto, Discipline pubblicistiche, 1994.

realtà giuridica. È perciò necessario, procedendo nel discorso, ricercare il significato effettivo della metafora antropomorfica per comprenderne la essenziale funzione tecnico giuridica.

Nel pensiero giuridico liberale, l'analogia antropomorfica era colta sul lato esterno, esclusivamente nel rapporto tra Stato e individui. La personalità giuridica dello Stato, infatti, serviva a contenerne e a sottometterne la potenza dominatrice all'imperio della legge del Parlamento.

Vediamo come nel seguente passo di Carrè de Malberg: "il grande interesse dell'applicazione del concetto di personalità giuridica allo Stato e di soggettività bilaterale ai rapporti della potenza dominatrice è che solo questo concetto permette di trasformare questo potere di fatto in un potere di diritto, vale a dire in un potere giuridicamente regolamentato e limitato". Il punto centrale nel discorso è l'applicazione del concetto di soggettività bilaterale ai rapporti. Ai nostri occhi questa formulazione oggi può sembrare oscura. Di certo nessuno oggi utilizza più il concetto di soggettività bilaterale. Uno strumento concettuale obsoleto. Difficile capire perché, allora, fosse di così grande interesse.

7. La prospettiva organicista: dalla sfera esterna della "personalità" alla sfera interna della "capacità" dello Stato (Orlando)

La sua importanza si comprende bene solo se si pone mente alla struttura "dualista" dello Stato di diritto liberale.

Al fondo dell'analogia c'è un'esigenza "tecnica" del diritto. L'applicazione del concetto di personalità giuridica allo Stato aveva, infatti, consentito di sottomettere lo Stato alla legge, affermando così la concezione liberale dello Stato di diritto "come Stato sottoposto al diritto". ¹³¹

Nella concezione liberale dello Stato di diritto, il meccanismo giuridico che garantiva tale sottoposizione era appunto la soggettività giuridica bilatera che fissava immediatamente i rapporti tra Stato e cittadini allo stesso modo con cui fissava i rapporti dei cittadini tra di loro. Il presupposto di fatto e di diritto del funzionamento del rapporto bilaterale era che la legge derivasse da un'entità – il Parlamento – non solo distinta ma contrapposta allo Stato, il quale, proprio per questa distinzione, poteva

_

¹³¹ G. Di Gaspare, "Stato sociale e Stato di diritto in Forsthoff e Habermas", *Jus*, 1994, pp. 145 ss.

essere destinatario di leggi che stabilivano i rapporti reciproci tra Stato e cittadini in di situazioni correlate (diritto/obbligo; diritto/dovere di astensione; potestà/soggezione) allo stesso modo che tra gli stessi cittadini nel diritto privato. La trasponibilità metaforica della personalità apriva così la strada all'analogia giuridica e alla sottoposizione al diritto del Parlamento anche dello Stato (persona). Restiamo perciò ancora sulla personalità e soggettività bilaterale. Una sua visualizzazione mentale aiuta meglio a comprendere la dinamica fondata sul rapporto scaturente dalla legge. Data la distinzione tra Parlamento e Stato, grazie all'equiparazione di quest'ultimo a qualsiasi altra persona giuridica, diviene possibile porre lo Stato, per effetto della dinamica bilaterale della legge, in un rapporto con il cittadino alla stregua dei rapporti giuridici che intercorrono tra gli stessi individui. L'equiparazione dei rapporti giuridici pone sullo stesso piano di rappresentazione della realtà Stato e cittadini secondo schemi identici a quelli tra privati. L'equiparazione all'epoca comporta anche – è il caso di metterlo bene in risalto – una sostanziale identità metodologica tra il diritto pubblico e il diritto privato nel funzionamento egualitario dell'applicazione del diritto alle persone giuridiche correlate, sia lo Stato siano i cittadini.

In questo senso – si può osservare – la specificità metodologica del diritto pubblico non sussiste ancora e, quindi, il problema del metodo non si pone e la concezione del diritto è nella sostanza ancora unitaria.

Con l'estensione del suffragio, il passaggio allo Stato democratico e l'affermazione della sovranità parlamentare la dinamica bilaterale entra in crisi per l'attrazione del Parlamento all'interno dello Stato. Una volta però che il Parlamento viene incluso nella "persona" dello Stato, cioè nella sua sfera, la dinamica giuridica basata sul rapporto bilaterale intersoggettivo non è più in grado di funzionare. Se il Parlamento fa parte ormai del grande organismo dello Stato, la dinamica bilaterale cessa di funzionare dall'esterno e la legge, che prende origine ora dall'interno della persona dello Stato, cioè dalla capacità dello Stato, non può più essere configurata contraddittoriamente come limite esterno della sua persona.

Orlando non affronta il problema dell'inciampo della dinamica giuridica, come cercherà di fare la dottrina successiva, ma avverte il paradosso e svia l'attenzione del lettore, nel passo citato, dal nodo problematico del rapporto interpersonale al versante interno della persona dello Stato, aprendo su di un altro punto di vista.

L'analogia sul versante interno batte ora sull'istituto della capacità che in quanto tale, cioè in quanto "istituto", appare immediatamente accreditato di una sua intrinseca giuridicità. Ci si allontana dal versante esterno della manifestazione della potenza dominatrice di Carrè de Malberg e, al contempo, grazie all'istituto giuridico si opera una identificazione concettuale che consente il trasferimento di senso. Si trasforma in questo modo surrettiziamente quello che era in precedenza il potere di fatto nella capacità giuridica. La comparazione antropomorfica passa ora in secondo piano ed è messa fuori quadro grazie allo spostamento del discorso sul piano della capacità giuridica come istituto. L'approccio al potere, in questo modo, acquisisce l'astrazione concettuale della comparazione dogmatica tra istituti ove la diversa dimensione e consistenza del potere, dell'uno rispetto a tutti gli altri, è aprioristicamente lasciata fuori dal campo visivo e l'attenzione del lettore è immediatamente sviata all'esegesi giuridica dei contenuti della capacità giuridica dello Stato in quanto istituto. Siamo così transitati – quasi inavvertitamente – dall'approccio garantista, volto alla limitazione del potere dello Stato sul versante esterno verso i cittadini, al suo studio obiettivo e asettico, come esame della struttura dell'istituto giuridico della capacità della persona (giuridica) nel suo esercitarsi nei confronti degli stessi cittadini.

In questo modo, Orlando affida alla omologazione concettuale del giurista, attivata dal riferimento all'istituto, il prolungamento dell'analogia antropomorfica al versante interno. C'è un salto immediato dall'astrattezza teorica al piano della concretezza giuridica. Così lo sguardo si richiude, nella prospettiva ravvicinata al diritto positivo, per osservare come lo stesso in effetti configuri positivamente quella capacità nel suo farsi. Sul diritto positivo, dunque, egli invita a concentrare (esclusivamente) l'attenzione e a fondare su di esso il metodo: "Così il diritto pubblico è in tanto obietto di una scienza positiva in quanto concretato nelle istituzioni di un popolo determinato, in quanto è diritto pubblico positivo. Noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di una idea ma della sovranità dei poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività effettiva".

È il caso di rimanere sul testo.

Il nuovo oggetto di studio viene posto in evidenza con uno slittamento di senso, attuato con rapidi implicati sillogismi: "in tanto [...] in quanto [...] in quanto [...]". E,

poi, in una specie di contrappunto conclusivo: "non [...] ma [...] non come [...] ma come".

Il radicamento nella diversa realtà giuridica, mix di istituzioni e di attività effettiva, è raggiunto grazie ad un'aggettivazione incalzante e concretizzante: "concretato [...] determinato [...] positivo [...] esistente [...] costituiti [...] effettiva".

La suggestione della contrapposizione tra diritti dell'uomo e tutela giuridica della sfera individuale, a fronte dell'effettività della tutela della sfera individuale, relega i diritti dell'uomo nell'immaginario filosofico. Il sottostante rapporto intersoggettivo viene posto in un cono d'ombra e negato nel sostanziale affondo portato al razionalismo giuridico liberale, confinato anch'esso nel limbo dell'astrattezza. Così, alla "sovranità di una idea [...] dei diritti dell'uomo" si contrappone la – ben più concreta – "sovranità dei poteri costituiti". Alla "mera potenzialità" della libertà – una disquisizione senza costrutto verrebbe da dire – fa da contrappunto, in concreto, "la libertà [...] come attività effettiva".

8. L'impasse della dinamica giuridica: il paradosso del rapporto unisoggettivo dello Stato (Jellinek)

L'operazione di cambiamento del quadro teorico, veicolata all'interno della preesistente metafora antropomorfica, con la riduzione prospettica al solo diritto positivo, copre ma non risolve il problema teorico pratico dell'inciampo della dinamica giuridica della norma bilatera. La ristrettezza dell'orizzonte teorico non quadra con la concezione dominante del diritto nella pandettistica, nel diritto romano e in quello privato, per cui il diritto regola rapporti tra soggetti. La visione bilatera è inoltre destinata a rimanere presente ancora a lungo nello stesso diritto pubblico. Benché la metafora organicistica rimanga sullo sfondo e nel discorso di Orlando si sposti il punto di contatto antropomorfico sull'analogia tra la capacità giuridica dello Stato e quella dell'individuo, la rappresentazione organicistica non può essere ulteriormente forzata in chiavi coerentemente applicative. La forzatura rischierebbe di apparire intrinsecamente paradossale. C'è una forte distonia tra l'antropomorfismo semplice della persona giuridica dello Stato liberale e la nuova configurazione complessa della personalità organicista. L'organicismo cozza con la linearità della dinamica del potere legislativo basata sul rapporto bilaterale intersoggettivo e sulla genesi della produzione legislativa

ad opera esclusivamente del Parlamento, "collocato", nel dualismo costitutivo dello Stato di diritto liberale, nel campo della società civile come manifestazione della sovranità popolare e, dunque, al di fuori e contrapposto all'opposto polo della sovranità regia ove si situa lo Stato persona. È il meccanismo attrattivo/repulsivo tra società civile e Stato che tiene perciò in equilibrio i poteri e i contropoteri nello Stato liberale di diritto. Una volta che l'equilibrio "dualista" si rompe, con l'attrazione del Parlamento nella sfera interna dello Stato, il meccanismo collassa e la dinamica giuridica bilaterale si inceppa.

Lo Stato democratico "monista" – e poi lo Stato totalitario – con la riconduzione della fonte legislativa nella sua sfera interna, si trova dunque ad essere l'unico centro di sovranità e pertanto viene a trovarsi incoerentemente all'inizio e alla fine della dinamica legislativa. Lo Stato si manifesta ora quale "produttore" e al contempo "destinatario" delle (sue) norme. La metafora organicista dà conto del mutamento ma non riesce a spiegare la dinamica giuridica. "L'organo" legislativo produce le norme che si rivolgono (anche) "alla persona giuridica" dello Stato. Un'immagine paradossale, degna di una scomposizione da quadro cubista. Se gli "organi" sono giuridicamente la stessa "persona" – cioè lo Stato – come possono determinarsi a partire dalla sua sfera interna – cioè dalla sua capacità – limitazioni del suo potere per effetto dell'esercizio della stessa capacità giuridica che non è altro che quella stessa capacità colta nella sua effettività?

Non si può posare lo sguardo sulla metafora antropomorfica organicista. Bisogna evocarla senza mostrarla. È come la Medusa, se la si guarda direttamente, si rimane accecati. Se si cerca di visualizzare lo Stato, al contempo nel suo duplice essere versante interno ed esterno, l'accostamento antropomorfico non regge. Lo sguardo si confonde e si stravolge. La percezione tramandata del diritto non offre soluzioni persuasive. L'aporetica configurazione che si intravede non è inquadrabile all'interno del paradigma della concezione del diritto come rapporto tra persone.

Orlando cerca di tenersi a galla, rimanendo alla superficie della nuova rappresentazione organicista. Restringe pragmaticamente l'attenzione al diritto "esistente", alla fenomenologia giuridica "positiva". Probabilmente non vuole – e non è in condizione – di uscire dal paradigma precedente del rapporto intersoggettivo e del diritto come ancora posto da fonte legislativa esterna allo Stato. Ma ne avverte la crisi.

La realtà del mutamento in atto è dura da accettare per un giurista di tradizione liberale. Uno Stato monista, monopolista del potere normativo, erode il bilanciamento dei poteri e la funzione di garanzia della legge a tutela dei cittadini. Coglie il disagio metodologico già Antonicelli (1927). Orlando dopo avere affermato la statualità del diritto sostiene la distinzione tra diritto e legge nonché la preesistenza di quest'ultimo allo Stato e cerca dei limiti di diritto alla legge. L'interiorizzazione della fonte legislativa nello Stato persona rende poco plausibile l'analogia della sfera interna libera ed indifferente per il diritto al pari della sfera individuale. Nel paradosso – esterno ed interno – dell'organicismo si radica il dibattito teorico intorno allo Stato moderno e la sua crisi (S. Romano).

Spetterà alla scuola del diritto pubblico di Orlando – e agli allievi di Laband – esplorare nuovi percorsi teorici. La crasi della "soggettività bilaterale" nello Stato ha fatto venire meno il limite garantista del potere statale.

Tutti i tentativi di soluzione del paradosso perciò rimangono a partire da Jellinek, nella dottrina tedesca e in quella italiana, nell'ambito del paradigma tramandato del diritto quale rapporto. Il rapporto giuridico come limite del potere funziona perciò da "invariante" in tutte le declinazioni dottrinarie. Sono formulazioni differenti ma generate dallo stesso paradigma. In chiavi operative non appaiono però risolutive. Sono poco persuasive nello loro dinamica e contradditorie con il paradigma del rapporto tra persone se svolte coerentemente fino al loro esito finale. La soluzione definitiva, la "teoria ultima", vedrà la luce, perciò, al di fuori dello schema del rapporto, con la fuoriuscita dal paradosso unisoggettivo, solo dopo che tutte le possibili varianti saranno state inutilmente declinate.

La "dottrina pura del diritto" di Kelsen genererà il nuovo paradigma, superando le secche dell'organicismo, affrancandosi dalla persona giuridica dello Stato, dal rapporto giuridico, così come conseguentemente dall'individuo quale soggetto del diritto in quanto tale.

Il tragitto nel frattempo, a cavallo del secolo XIX, attraversa tentativi disparati alla ricerca di una nuova simmetria dello schema del rapporto e di una coerente dinamica giuridica in modo da ristabilire una realtà giuridica omogenea nella sua rappresentazione personalistica.

La configurazione antropomorfica semplice della persona interna dello Stato come indifferente per il diritto non regge nella transizione dallo Stato liberale a quello democratico. Il trauma sottostante è sotteso al passaggio dalla concezione dogmatica del principio di legalità da "riserva di legge materiale" a principio di legalità "formale." Non si tratta di un'estensione di ambito della vigenza del principio di legalità, come normalmente a prima vista si è portati a ritenere, ma piuttosto del suo ribaltamento. La riserva di legge materiale del Parlamento agisce all'esterno della persona dello Stato come limite al suo potere "di fatto" nei rapporti con i cittadini in quelle materie (libertà e diritti fondamentali) "guarentigiate" dalla legge. Il principio di legalità formale all'opposto viene a porsi a fondamento del potere dello Stato che in questo modo appare, nel suo manifestarsi nei riguardi dei cittadini, non più come manifestazione di un potere di fatto, bensì di un potere legale ed in quanto tale legittimato e rafforzato.

Ma l'attraversamento da parte della legge della sfera interna dello Stato non è privo di complicazioni. Il fondamento monista del potere e la penetrazione della legge nella sfera degli apparati e degli uffici dello Stato rompe il dualismo tra potere legale e potere di fatto e non consente più di affermare l'esistenza di un potere interno indifferente per il diritto. L'affermazione di questo unitario principio dell'azione dello Stato, dischiudendo la sfera interna alla penetrazione della norma di legge, mette in crisi la dinamica legislativa come rapporto tra persone e quindi inficia definitivamente l'esperibilità dell'analogia antropomorfica semplice della personalità giuridica dello Stato. L'interiorizzazione del potere legislativo non si concilia infatti con la dinamica bilaterale della norma di legge, in quanto tale dinamica non trova, all'interno della persona dello Stato, altre soggettività cui agganciarsi per la configurazione del rapporto giuridico intersoggettivo. Le diverse protesi tentate per la trasposizione del rapporto bilaterale all'interno dell'amministrazione (come inter-istituzionale, inter-organico, come rapporto tra competenze, o come rapporto tra norme di relazione e di azione) nella loro articolazione concreta non riescono a tradursi in coerenti meccanismi operativi.

Osserviamolo più da vicino il punto di impasse. La teoria giuridica, anzi la tecnica del diritto, conosce le norme, la norma regola i rapporti, il rapporto presuppone almeno due soggetti; se non vi sono rapporti non vi sono norme. Ora, dunque, la pietra angolare dell'edificio è di riconoscere allo Stato la qualità di soggetto. In altri termini se la tecnica del diritto presuppone almeno due soggetti e se non vi sono rapporti non vi sono

norme, il quesito che si pone è come si fa concretamente ad estendere l'ambito di applicazione della legge se non si rinvengono soggettività nella sfera interna dello Stato? Risolvere l'enigma significa escogitare una soluzione metodologica nel senso di inventarsi un nuovo strumento (tipo di soggetti, tipi di rapporti o di norme) che confermi adeguandolo il paradigma del diritto come regola dei rapporti intersoggettivi.

La visione antropomorfica colta sul versante interno organicistico è sotto pressione. La metafora antropomorfica semplice non funziona più. La dottrina del diritto pubblico cerca nuove strade per risolvere il (suo) sottostante problema teorico, anzi potremmo dire, a questo punto più esattamente, tecnico, della dinamica del potere giuridico dello Stato attraverso lo Stato.

La ricaduta problematica della inadeguatezza dell'antropomorfismo organicista giace al fondo della "teoria dell'autolimitazione" dello Stato.

Jellinek vuole rispondere alla difficoltà di rappresentazione teorica prospettando un'altra ipotesi di dinamica giuridica basata su un preliminare negozio di autoobbligazione dello Stato con se stesso. L'ipotesi non regge. "Una limitazione che può essere creata, modificata o soppressa da chi la stabilisce non può essere considerata una autolimitazione". Duguit ha ragione, ma nella contradditoria formula è posto il germe della soluzione di Kelsen. Ci torneremo in chiusura di questo saggio, dopo aver richiamato sinteticamente i tentativi della ricerca dei limiti di diritto alla legge dello (e allo) Stato messi in atto all'interno della equazione diritto = rapporto giuridico in particolare nel diritto pubblico italiano. Sinteticamente e schematicamente, non dando perciò conto della ricchezza delle articolazioni di quel dibattito, come si è cercato di fare in un precedente più approfondito studio sul potere pubblico. È da tenere presente, infatti, che nel dibattito dottrinario che allora si svolse si manifesta una sottesa intrinseca complicità tra i contendenti dovuta alla comune finalità di adeguamento della metafora senza mai porla apertamente in discussione. La necessità di mantenere il confronto entro il paradigma del diritto come rapporto, salvaguardandone l'essenza, dunque, definisce l'oggetto del contendere e stempera la polemica. La metafora va maneggiata con cura e poco esposta nella sua essenziale vacuità simbolica. In questo senso, il dibattito ha un andamento "carsico", sfumato e intermittente. Intonazioni diverse, notazioni solo marginalmente divergenti, repentini cambi di prospettiva e allusioni indirette alle altrui prospettazioni. È uno scontro soprattutto tra prospettive.

Mai attacchi diretti con il rischio di porre in dubbio la sostanziale sottesa condivisione della metafora antropomorfica dello Stato.

9. Incongruità dei tentativi di soluzione dell'impasse teorico della dinamica giuridica all'interno del paradigma del rapporto (Romano, Donati)

La nascita delle teorie giuridiche dell'organizzazione e dei "rapporti organizzativi" lasciano apparire il riflesso problematico del nuovo profilo dinamico interno alla pubblica amministrazione.

Nella dottrina italiana le risposte fondamentali sono rinvenibili in Guicciardi, De Valles ed in particolare ed in modo più compiuto nei lavori di Romano e di Donati. Qualche breve cenno in questo saggio solo a questi ultimi due.

Due teoriche divergenti che si posizionano agli antipodi dello schema dell'equazione diritto e rapporto giuridico e che si contenderanno l'egemonia nel diritto amministrativo italiano nella prima metà del secolo scorso. Per quanto opposte, sono entrambe interne al paradigma del rapporto bilaterale inter-soggettivo che cercano di impiantare nel nuovo orizzonte teorico positivista, a partire dalla teorizzazione dell'ordinamento giuridico come insieme normativo giuridico in sé validamente e logicamente conchiuso.

Entrambi gli autori operano delle scissioni interno/esterno o diritto/fatto o giuridico/legale che però non riescono a ricomporre in un unico piano fenomenologico di rappresentazione della realtà giuridica e della dinamica normativa e, pertanto, le loro costruzioni teoriche dell'ordinamento giuridico saranno destinate ad un insuccesso.

Donati (Zitellman in Germania) continua ad identificare il potere giuridico esclusivamente con quello legislativo che regola necessariamente e solo ed esclusivamente i rapporti intersoggettivi. Aderendo alla tradizionale concezione liberale del diritto, la sua ricostruzione dell'ordinamento giuridico (= legislativo) si mantiene esclusivamente sul versante esterno dello Stato, quello cioè dove impatta l'effetto della norma di legge. Per riproporre il contenuto garantista della legge nei confronti dello Stato, ne limita la capacità sulla base della contrapposizione tra competenza generale esclusiva dell'individuo (alias libertà personale) e competenza particolare inclusiva della persona giuridica dello Stato, inscrivendo, in questo modo, nella capacità giuridica dello Stato il limite esterno posto dalla norma di legge di attribuzione della competenza,

salvaguardo, al contempo, in questo modo la funzione garantista della legge. Per effetto dell'identificazione del "giuridico" con il "legislativo", Donati limita con la norma generale esclusiva il potere di fatto dello Stato tutelando la libertà degli individui. In base ad essa infatti per l'individuo tutto quello che non è vietato è lecito. La norma particolare inclusiva limita, invece, il potere dello Stato alle specifiche competenze attribuite dalla legge. In sintesi, mentre l'individuo può fare tutto quello che è "lecito", che non arreca danno a terzi, lo Stato può fare solo quello che è "legittimo", in quanto previsto da una norma di legge.

Donati mantiene la concezione della legge garantista come riserva di materia e, al contempo, apre al principio di legalità dell'azione amministrativa dello Stato come fondata sulla competenza. Ma la persona dello Stato è solo forma esterna, mera "maschera" giuridica. Non c'è una dimensione interna dunque dello Stato persona e non ci sono perciò "organi" cui estendere la giuridificazione dei rapporti interni in base alla norma di legge. Ma per applicare il rapporto giuridico bilaterale Donati è costretto a spostare lo Stato su un diverso piano fattuale di rappresentazione della realtà, qualificandolo come "persona reale". Una dimensione fattuale che si risolve o, per meglio dire, si dissolve nei rapporti al suo interno tra individui quali funzionari. Un accostamento eccessivamente bipolare tra persona reale e finzione, "maschera" della persona giuridica, ontologicamente incoerente per cui lo Stato è, da un lato, il complesso dei suoi funzionari e dei rapporti tra gli stessi e, dall'altro, dei rapporti giuridici tra cittadini ed una persona maschera giuridica. Il contrasto tra due piani contradditori di rappresentazione della realtà giuridica rende contradditoria l'elaborata costruzione teorica. S. Romano coglie il punto quando allude all'inconsistenza di questa dicotomica rappresentazione della persona dello Stato, mostrando che come persona reale non possano configurarsi solo rapporti tra individui senza svuotare dall'interno e all'apice di ogni consistenza la stessa personalità giuridica dello Stato.

Romano, nel suo lavoro sull'ordinamento giuridico, sembra prendere le mosse proprio da questa impasse teorica postulando una diversa scissione ontologica interno/esterno, non contrapponendo più "giuridico" e "fatto", ma estendendo il concetto di giuridico al di là della dimensione legislativa, comprendendo nella dimensione del giuridico anche il potere interno dello "Stato" in quanto "Istituzione", la quale appunto essendo "ordinamento" è dotata di congenita giuridicità.

Superando l'identità tra legislativo e giuridico, nella sfera interna dell'Istituzione, dotata di autonoma intrinseca giuridicità, Santi Romano può così affermare l'esistenza di rapporti giuridici interni e, con il ricorso alla nozione di "figura soggettiva" (ripresa e ulteriormente sistematizzata da Giannini), li pone su di un piano di rappresentazione simbolica in cui il soggetto del rapporto non necessariamente è dotato di personalità giuridica. Già nell'*incipit* della sua opera teorica fondamentale, "L'ordinamento giuridico", Romano pone chiaramente il problema affermando la necessità di muovere da una concezione più ampia del giuridico ed, in questo senso, "bisogna innanzitutto rimuovere la concezione parziale" del diritto oggettivo, andando al di là della sua identificazione esclusivamente con la legge; da qui parte la critica a Donati che conduce al superamento della contrapposizione esterno/interno in termini di diritto/fatto.

La potestà dello Stato, che alcuni scrittori reputano una potestà di fatto, un attributo pregiuridico dello Stato medesimo, va, invece, ricondotta al campo del giuridico. E qui Romano riprende e sviluppa il discorso abbozzato dal suo maestro Orlando sulla sfera interna e sulla capacità giuridica, spostando ancora più avanti il punto di osservazione dalla "persona" all'"istituzione" e dalla capacità al "potere": "[...] ma il momento giuridico deve rinvenirsi [...] non nella norma che manca [...] ma nel potere".

Dopodiché, fissato il potere giuridico come coessenziale all'istituzione che implica dei rapporti, ma non si risolve in essi, anzi è a questi preordinata, Romano ci introduce a nuove ipotesi di rapporti giuridici – non necessariamente tra individui ma tra "figure soggettive" – che si svolgono all'interno dell'istituzione. Romano non riesce però a portare a termine in chiavi applicative il suo ragionamento, non arrivando a fornire una rappresentazione convincente del rapporto interno/esterno della relazione tra "potestà legislativa" e "supremazia speciale" interna in termini di gerarchia e di dinamica giuridica tra fonti geneticamente separate. In particolare, non riesce l'aggancio alla dinamica della norma legislativa, nel momento in cui il principio di legalità, basato sulla norma di legge attributaria della competenza, trapassa, come azione amministrativa, nella sfera dei rapporti giuridici interni all'istituzione (in particolare, quella dello Stato) per fuoriuscirne nuovamente – e, per così dire, al termine del percorso – in quanto rivolta ai cittadini.

10. La dottrina pura del diritto ed il cambio di paradigma (Kelsen): dallo Stato di diritto allo Stato legislativo e la riduzione del diritto alla datità normativa

Nessuno degli approcci teorici qui richiamati riesce a prendere il predominio e fondare persuasivamente una nuova dinamica giuridica salvando la coerenza con il paradigma del rapporto giuridico. Per quanto suggestivi e suscettibili di applicazioni parziali questi tentativi si siano rivelati, essi falliscono nello scopo ultimo di adeguamento della conoscenza tecnica dell'oggetto del diritto alla tradizione del diritto quale rapporto. Non riescono infatti a risolvere la contraddittoria raffigurazione della bilateralità della norma in cui era incappata la dottrina continentale con la fuoriuscita dallo Stato di diritto liberale e l'incorporazione dell'assemblea legislativa nella sfera interna della persona dello Stato. Anzi, nel tentativo di passare comunque attraverso la strettoia del rapporto e contrastandosi, le une con le altre, proprio su quel punto, le diverse proposte declinazioni del paradigma del rapporto non hanno fatto altro, in definitiva, che stressarne la resilienza ponendo meglio in luce l'inanità degli sforzi di esperibilità di plausibili soluzioni del paradosso del rapporto unisoggettivo dello Stato. Il declino della concezione del diritto quale rapporto è accelerato nei fatti dall'estensione della produzione normativa, che riduce progressivamente le pratiche giuridiche e l'orizzonte della riflessione dei giuristi alla datità normativa. Allorquando si sarà stratificata nella prassi la nuova percezione del giuridico, esclusivamente collegato alla disposizione della legge, come sua interpretazione testuale, sarà possibile rompere definitivamente il cordone ombelicale con il precedente paradigma e operare, su nuove basi, la conciliazione della teoria con la tecnica del diritto, grazie alla scoperta di una nuova dinamica giuridica della norma che prescinderà definitivamente dallo schema del rapporto bilaterale e farà meno anche della personalità dello Stato.

È dunque di Kelsen il merito/demerito di avere portato la teoria del diritto (pubblico) fuori dalla trappola antropomorfica, sottraendola – come egli stesso afferma – a "la pressione di un linguaggio giuridico antropomorfizzante", soddisfacendo così "la vecchia esigenza della teoria giuridica positivista di concepire la persona fisica e la persona giuridica come essenzialmente identiche", eliminando entrambe dal campo teorico del diritto e abolendo con esse il dualismo interno/esterno della persona dello Stato e la dinamica della norma di legge bilaterale.

Per recidere il nodo che la dottrina precedente non era riuscita a dipanare, Kelsen, nella dottrina pura del diritto, torna al punto di partenza, all'immagine aporetica, "autocontraddittoria" del rapporto unisoggettivo dello Stato con se stesso, elaborata dal suo maestro Jellinek nella teoria generale del diritto pubblico. Conserva la parte utile della teoria dell'autobbligazione, cioè l'effetto normativo, stabilendo, però, le condizioni di coerenza necessarie al suo dispiegamento, recidendone la sottesa contraddittoria matrice del rapporto unisoggettivo dal quale l'autobbligazione derivava. Poco plausibile la rappresentazione di uno Stato onnipotente che pone un vincolo giuridico a se stesso. Ancora meno convincente, conseguentemente, un'autobbligazione giuridicamente efficace come mera volizione interna allo stesso soggetto. Tutte le teoriche successive a Jellinek – come si è accennato – nella ricerca del limite del potere dello Stato avevano elaborato diverse possibili declinazioni all'interno del paradigma del rapporto bilaterale. Inutilmente Kelsen – si può dire – prende atto di questo fallimento, mette la parola fine su quei tentativi e, ripudiato lo schema del rapporto, fonda *ex novo* il paradigma positivista della realtà giuridica.

Kelsen, dunque, fa salvo l'effetto dell'autolimitazione – come effetto imperativo/normativo – eliminando dalla scena il sottostante rapporto di autobbligazione che l'aveva prodotto; separa cioè l'effetto dalla sua causa, definitivamente fuoriuscendo dalla "pressione antropomorfizzante". La *Grundnorm* su cui si fonda il diritto – e sulla quale si impianta originariamente la dinamica della norma giuridica – offre una prospettiva alla conoscenza del diritto radicalmente diversa. La dinamica della norma si sviluppa secondo l'ordine della produzione dell'effetto e della sua imputazione in un "ordinamento giuridico" in cui non appaiono né soggetti né rapporti. Con questa rimozione radicale Kelsen porta la teoria generale del diritto (pubblico) al di fuori dell'organicismo e dell'infranta simmetria del rapporto intersoggettivo nelle quali la dottrina precedente, a partire dal suo maestro Jellinek, era rimasta incagliata.

La dottrina pura del diritto completa e dà coerenza al positivismo, riuscendo nell'operazione concettuale di fornire una comprensione simultanea – statica e dinamica insieme – della "realtà giuridica", traguardata come ordinamento e percepita come omogenea in quanto datità normativa. Un po' più nel dettaglio.

Kelsen fa salvo l'effetto del negozio giuridico bilaterale di autolimitazione di Jellinek, ma lo assume, infatti, in termini d'ipoteticità della norma come limite intrinseco genetico del diritto, trasferendolo, però, in un diverso campo teorico.

Kelsen forza l'aporetica immagine dell'autobbligazione fino al punto di rottura della sottostante raffigurazione del "negozio con se stesso" dello Stato. Egli ipostatizza la mera potenzialità dell'effetto giuridico di autolimitazione sussumendo quello che per Jellinek era l'effetto, del precedente rapporto giuridico unisoggettivo, nel dover essere (sollen) della norma (se A, allora B). Seppellisce così ab origine dietro la pietra tombale della Grundnorm il rapporto giuridico bilaterale ormai inammissibilmente sincopato nel rapporto unisoggettivo dello Stato. In questo modo l'aporetica immagine dello Stato che si autolimita obbligandosi con se stesso, viene rimossa attraverso una radicale modifica del campo teorico. Eliminato lo Stato soggetto come destinatario della norma dalla dinamica della produzione giuridica, si può fare a meno anche dell'inciampo della relazione bilatera tra soggetti ed in questo senso la produzione del diritto è depurata anche dalla presenza della personalità giuridica. Diviene così possibile ridurre la dinamica normativa all'ordine scalare della produzione dell'effetto giuridico e occultare i fenomeni soggettivi dietro l'elegante e fantasmagorica categoria dell'imputazione giuridica.

Come direbbe Oscar Wilde: l'effetto non si cura della sua causa e così per Kelsen l'effetto primo originario del dover essere, in sé e per sé considerato, dispiega in modo concatenato il dover essere del diritto come energia coessenziale al suo manifestarsi a prescindere dal negozio fondativo del potere che l'avrebbe generata.¹³²

La concezione ipotetica della norma appare così la soluzione apprestata dall'ordinamento giuridico ad ogni situazione di fatto – se A, allora B – e la consacrazione ideale formale del diritto per cui ogni effetto giuridico non è che un volere obbiettivo condizionato. Coerentemente, così come la norma ipotetica è il riflesso esistenziale di qualsiasi situazione di fatto, la dinamica giuridica, come il farsi della norma nella sua validata attuazione, viene a coincidere con la struttura analitica sistematica dell'interpretazione giuridica come attività oggettiva depurata da ogni

¹³² Per questa ricostruzione dei rapporti tra Jellinek e Kelsen, cfr. G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova 1992, p. 48; una successiva circostanziata conferma è nella rilettura di D. Quaglioni, "Sovranità e autolimitazione. Rileggendo la «Dottrina generale del diritto dello Stato di G. Jellinek»", *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 273-282.

pregiudizio di valore. Purché la validità formale della produzione della norma inferiore in conformità alla norma di grado superiore sia rispettata, il diritto è valido a prescindere da qualsiasi suo contenuto. Kelsen pone così definitivamente fuori dal campo teorico del diritto non solo la dinamica bilaterale della legge, ma, insieme ad essa, la struttura generale ed astratta della legge come limite al potere dello Stato e garanzia concreta dell'uguaglianza giuridica formale dei cittadini. "La teoria del diritto – dunque, secondo Kelsen – liberata da ogni giudizio di valore etico-politico, diventa così, nei limiti del possibile, un'analisi esatta della struttura del diritto positivo" (Bobbio). Una struttura positiva che può rinvenirsi in qualsiasi gerarchia di produzione normativa a prescindere dal fondamento del potere normativo che la genera.

Un diritto a cui sembra indifferente la natura democratica o meno del potere per la sua legittimazione? Il dubbio ha un suo fondamento che non sembra sufficiente rimuovere osservando come "positivismo giuridico e concezione democratica hanno avuto nel pensiero di Kelsen un'unione personale (ns. sottolineatura) che dura tuttora" (Bobbio).

11. La fuoriuscita dalla trappola antropomorfica e la caduta nel nichilismo giuridico dello jus publicum continentale

Un secolo di indottrinamento positivista ci ha condotto a considerare come ideologico il razionalismo giuridico liberale e la sua concezione dell'uguaglianza formale come fondamento e misura dei diritti individuali, fino a relegarlo (Bobbio) in un limbo teorico di un disarmato giusnaturalismo e a non vederne più l'assetto sistemico, alla base del funzionamento tecnico del diritto come rapporto giuridico formale tra persone allo stesso modo munite di azione davanti ad un giudice a garanzia della liceità dei comportamenti, repressione dell'illecito e reintegrazione del danno subito.

Una volta ripudiata l'idea di giustizia come coessenziale al diritto, il terreno ontologico e assiologico è stato abbandonato dalla teoria generale del diritto alla filosofia e alle scienze sociali e politologiche che hanno scavato in altre direzioni, alla ricerca costruttivistica di una giustizia possibile e di un ideale di giustizia effettivamente praticabile.

La dominanza del metodo puro del diritto, il fascino della norma avalutativa, l'inevitabile intrinseca validità della stessa, percepita come tale solo per effetto della legittima procedura di sua produzione, poggiano su un fondamento che in quella dottrina appare immediatamente asettico del potere giuridico (effettività e imperatività) ma che implica la scomparsa, assieme a quella dello Stato, dell'individuo, anch'egli sepolto sotto la nuova pietra tombale metaforica della Grundnorm. Un nuovo assioma, dunque, fondato su metafora e pertanto antiscientifico per il positivismo? In effetti, la ragione per cui questo simbolismo pietroso debba essere più realistico di quello del rapporto giuridico tra persone ci conduce ad un nuovo enigma la cui elaborazione è apparsa declinabile solo su base storica e teorica, come esito delle vicissitudini dello Stato di diritto nel diritto pubblico continentale. Un enigma fondativo, accettato per convenzione e apparentemente non tale solo in quanto accettato e riconosciuto da tutti come creazione presupposta, necessaria per la riconduzione del diritto come datità normativa. Un principio di comando, assoluto nella sua genesi – sebbene condizionato nella manifestazione - sembra esercitare sul diritto pubblico europeo tuttora un'attrazione fatale cui corrisponde un'aderenza immediata del ragionamento giuridico come logica di interpretazione formale e deduttiva del diritto dalla norma nel senso appagante della coincidenza piena tra "datità normativa", "ordinamento giuridico" e "realtà giuridica" e tra "dinamica normativa" e "teoria dell'interpretazione", esaltando la funzione del giurista quale interprete e al contempo quale scopritore della realtà giuridica.

La *Grundnorm*, dunque, si è imposta come assioma necessario. Concetto operativo giustificato e giustificabile come funzione e finzione tecnica per innescare in modo coerente la dinamica giuridica del potere pubblico. Potere che, invece, rimane fuori dall'orizzonte teorico occultato – è il caso di rimarcare – al di sotto della stessa *Grundnorm*. Il potere in effetti ama nascondersi. Quello che risulta evidente è piuttosto "un meccanismo [...] che getta le norme in un indefinito movimento in un quotidiano nascere e morire" (Irti). Ma anche questa visione, nella misura in cui si limita alla constatazione fenomenologica del funzionamento del meccanismo, rischia di essere fuorviante precludendo la comprensione ontologica della dinamica del potere e della sua incidenza sulle persone. È appunto l'individuo, anche secondo Giannini, che si è reso

"[...] giuridicamente inerte dell'ordinamento [...] l'individuo come soggetto in sé, giuridicamente, non esiste". 133

Ed in effetti a questo punto, come conseguenza collaterale delle nuove condizioni di coerenza del positivismo giuridico, si è dissolta anche la personalità, non solo dello Stato, ma anche dell'individuo. Il cambio di prospettiva – dal soggetto alla norma – ha forgiato una mentalità giuridica a corto raggio. La riduzione dell'orizzonte fenomenico datità normativa ha finito per restringere il ragionamento giuridico all'interpretazione della norma, secondo il paradigma di riscontro della sua validità, legittimo/illegittimo, intrinseco alla logica del sistema positivista che fa coincidere la dinamica oggettiva con l'interpretazione soggettiva della norma. Con la riconduzione della realtà giuridica alla datità normativa la struttura binaria legittimo/illegittimo assume, nel diritto pubblico, la stessa valenza fondante paradigmatica che aveva, nel XIX secolo, la valutazione dei rapporti e dei "comportamenti" secondo lo schema lecito/illecito con riferimento, dunque, al danno a parti, controparti o a terzi all'interno o per effetto dei rapporti interpersonali. Per estendere l'applicazione del diritto anche al potere dello Stato, nello jus publicum europeo, era stato necessario – ad un certo punto della sua storia - riconoscere anche allo Stato la personalità giuridica in modo da renderlo responsabile nei confronti dei cittadini. Tale scelta, affermatasi nella dottrina giuridica liberale continentale, aveva avuto essenzialmente una finzione/funzione tecnico giuridica per privare il potere pubblico della sua intrinseca forza di coazione e fondare, su quella privazione, lo Stato di diritto. Il paradigma legittimo/illegittimo, invece, cui si perviene nel ribaltamento kelseniano nasconde, all'opposto, lo Stato nella sua essenza di potere politico. Occulta così la genesi del potere spostando lo sguardo sul momento dinamico dell'esercizio del potere in quanto "norma" e, conseguentemente, riduce l'interpretazione giuridica al giudizio di conformità, alla norma legittimante, della produzione del comando giuridico. Il comando nel suo farsi come imputazione finisce per ricadere fuori dal quadro soggettivo e appare come mero effetto materiale collaterale nella sua ricaduta sull'individuo. La dominanza del paradigma legittimo/illegittimo nell'applicazione del diritto risulta, inoltre, ulteriormente rafforzata in quegli ordinamenti ove il filtro autoreferenziale dell'"interesse legittimo" esclude la percezione del danno dal campo di rilevanza del giudizio di legittimità e ove anche il

¹³³ C. Pinelli, "Massimo Severo Giannini costituzionalista", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2015, pp. 833 ss.

giudizio di costituzionalità sui diritti individuali viene celebrato non come giudizio tra parti, ma come interpretazione di conformità alla legittimità costituzionale di norme di rango inferiore.

Il passaggio da una concezione *bottom up* dell'indirizzo politico come materiale (Mortati) ad una *top down* dell'indirizzo politico costituzionale (Martines) ha segnato per la costituzionalistica italiana l'innesto della dinamica Kelseniana mitigata da una teoria dei valori costituzionali quale fondamento e limite del potere. L'occultamento del potere nella percezione del giuridico è transitato invece nella dottrina italiana del diritto amministrativo nello slittamento progressivo del potere dalla sua dinamica sostanziale nella "funzione" (Giannini, Benvenuti) alla vuota macchina del procedimento. Non è un caso perciò che, nonostante il prevalere degli approcci riduzionistici di enfatizzazione del diritto come procedura o procedimento, il riduzionismo positivista della realtà giuridica alla datità normativa abbia suscitato interrogativi e dubbi in particolare nel diritto amministrativo, ove il tentativo di riappropriazione teorica del potere ha ripreso consistenza.¹³⁴

La diversa soluzione paradigmatica dei paesi a common law sta lì a dimostrare in modo controfattuale come sia stato possibile storicamente percorrere un'altra strada per garantire le libertà ed i diritti fondamentali degli individui senza dotare necessariamente il potere pubblico della personalità giuridica ma sottoponendo, invece, direttamente al controllo giurisdizionale l'esercizio del potere da parte degli individui che ne sono investiti come responsabili dei loro comportamenti, sulla base di un giudizio di liceità.

La perdita di senso dell'approccio positivista traspare anche nei ricorrenti appelli ad un diritto eticamente fondato. "Se si estinguesse l'ultima esigua traccia di un certo intuito del giusto, che trova una corrispondenza minima nel diritto positivo, non reggerebbe nemmeno la Babele del diritto moderno perché un'obbedienza alle norme dettata soltanto da tornaconto, corruzione e terrore è in assoluto inattuabile" (E. Zolla). Riportare il baricentro giuridico sull'individuo, sull'uguaglianza formale – grande conquista di civiltà – come metro della liceità dei comportamenti anche dei pubblici poteri nei confronti dei singoli sembrerebbe scardinare, per molti, il sistema gerarchico ed eteronomo delle norme e aprire su un universo giuridico votato all'anarchia. Ma, pur deprecandolo, già ci siamo precipitati. La creazione dei meta mercati transnazionali, con

101

_

¹³⁴ Ad iniziare dallo studio di A. Romano Tassone, "Note sul concetto di potere giuridico", *Annali Fac. Ec. Messina*, 1981.

l'occultamento giuridico delle relazioni di potere che in essi si costituiscono, sta togliendo ogni residua illusione sull'effettiva tenuta garantista della legalità statuale. Le relazioni di potere globalizzanti, erodendo ed infiltrandosi nella statualità del diritto, tramite strumenti di diritto privato transnazionali, fanno sempre più risaltare l'inadeguatezza dell'osservanza di norme procedurali, vuote e formali, come mezzo efficace di tutela, mentre dilaga la schizofrenia giuridica tra l'incremento dei diritti, sanciti come fondamentali nel diritto positivo delle Carte e dei Trattati su cui insiste vanamente tanta dottrina (Rodotà), e l'annichilimento dell'individuo sostanzialmente deprivato di qualsiasi "azionabilità" in giudizio per farli valere (Alpa).

Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo *storytellig**

di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Il giusnaturalismo e l'esaurirsi delle meta narrazioni nel campo del diritto. – 2. La filosofia del diritto di Hegel fondamento del positivismo giuridico. – 3. Dalla codificazione al positivismo giuridico. – 4. Il cambio di paradigma: dal diritto regola dei rapporti al diritto come dinamica del potere giuridico. – 5. L'epilogo del diritto vivente.

1. Il giusnaturalismo e l'esaurirsi delle meta narrazioni nel campo del diritto

La definizione di post moderno come l'evo attuale caratterizzato dall'esaurimento delle grandi narrazioni ideologiche della modernità, e, dunque, di riflesso come un atteggiamento diffuso di generale incredulità di fronte ai contenuti di tali narrazioni, quali discorsi fondati sul presupposto di un divenire storico comunque progressivo di affrancazione/liberazione e di sviluppo dell'umanità, viene accolta, in sintonia con il tema del convegno, per significare una cesura epocale prodottasi anche nel campo del diritto, tra un prima e un poi nel modo di intendere il fenomeno giuridico. Una ipotesi intrigante la post modernità, come già notato, in quanto suggestiva ma piuttosto indeterminata nel campo del diritto, con varie indicazioni su possibili ascrizioni di correnti dottrinarie e periodizzazioni.

Come punto di partenza delle nostre riflessioni è d'uopo far riferimento alla monografia del 1995 di Gary Minda su *post modern legal moviments* chiaramente influenzata, anche nella titolazione stessa,¹³⁵ dalla formulazione della teoria post modernista del filosofo francese Lyotard. Il lavoro di Minda, molto erudito, a noi

^{*} Scritto pubblicato in *A proposito del diritto post-moderno*, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017, a cura di G. Grisi e C. Salvi, Roma TrE-Press, Roma 2018, pp. 135-145.

¹³⁵ G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London 1995 (nella traduzione italiana di C. Colli: *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001).

giuristi continentali dice poco, in quanto la riflessione rimane essenzialmente circoscritta alla evoluzione dottrinaria e giurisprudenziale nord americana. In questo senso non sembra fornire spunti utili, salvo le considerazioni sulla scuola del Law & Economics, su cui sarà il caso di ritornare più avanti per gli influssi, su parte della nostra cultura giuridica, alla elaborazione dottrinaria del "diritto vivente".

Il tema del post moderno, per noi giuristi di *civil law*, si presta ad essere soprattutto un'utile provocazione sullo stato dell'arte della scienza giuridica e del diritto. Un contenitore utile per registrare e riflettere sul diffuso stato di incertezza e di insoddisfazione sul diritto, sia teorizzato sia praticato nel nuovo millennio. Della post modernità può essere accolta la fondamentale suggestione di epoca di rottura e decostruzione di discorsi giuridici che, nelle pregresse costruzioni ideologiche della storia dell'uomo e dell'evoluzione dell'umanità, avevano trovato il loro presupposto filosofico e la loro giustificazione ideologica.

In questo senso, si può aderire alla datazione di Jean-Francois Lyotard che colloca l'avvento del post moderno al punto di caduta delle rappresentazioni simboliche del destino umano le quali avevano in comune una visione progressiva del futuro dell'umanità. In questo ordine di idee possiamo anche noi prendere atto di come, almeno nel mondo occidentale, le rappresentazioni mitiche, ideologiche e simboliche del "bene comune", dell'"interesse generale" in successione, in sovrapposizione ed in conflitto tra loro siano ora tutte in fase di progressivo esaurimento, a partire dalla seconda metà del secolo scorso. L'era delle grandi narrazioni dunque si situa oggi alle nostre spalle, lascandoci in uno stato di generale diffuso disincanto. Su di un piano filosofico si prende atto della perdita di appeal delle visioni trascendenti e trascendentali della storia dell'umanità. Con sintesi eccessiva si potrebbe dire una sua successione che dalla visione trascendente della storia, dunque dalle meta narrazioni delle religioni monoteiste, arriva alla concezione trascendentale dell'illuminismo e dell'idealismo critico kantiano. Ai fini del discorso sul diritto moderno a noi interessa esclusivamente quest'ultimo approdo. L'illuminismo può infatti considerarsi il presupposto ontico del diritto moderno in quanto, posta l'autonomia della ragione, ovvero su quella base la libertà individuale a fondamento dell'etica pubblica, ha affermato il diritto naturale come intrinseco nella persona umana. L'illuminismo segna dunque il passaggio dal trascendente al trascendentale e perciò il salto da una visione religiosa dell'ordine sociale, che legittima il potere e conforma il diritto nel rispetto della tradizione, ad una concezione laica del fenomeno giuridico che rompe con la tradizione tramandata e fonda l'esistenza del diritto sulla coessenza di uguaglianza e razionalità della natura umana. È però da aggiungere che il razionalismo giuridico, nonostante si contrapponga nettamente alle meta narrazioni trascendenti delle religioni monoteiste della storia e del destino dell'umanità, rimane all'interno di una concezione del diritto inteso come "naturale", benché fondato sulla ragione piuttosto che sulla tradizione (Leibnitz, Domat). Il diritto post moderno sarebbe invece successivo a qualsiasi declinazione del diritto come diritto naturale. Un diritto storicizzato in continuo divenire contrapposto ad un diritto statico ed immutabile, una volta rivelato dai profeti oppure svelato dalla ragione.

2. La filosofia del diritto di Hegel fondamento del positivismo giuridico

Come è noto è La "filosofia del diritto" di Hegel che immette bruscamente il diritto nella storia. Con Hegel, il discorso filosofico del fondamento dello spirito del mondo immanente nella storia fa venire meno la distinzione tra ragione e realtà e conseguentemente nega la possibilità stessa della priorità deontologica della prima sulla seconda. Alla manifestazione concreta della volontà dello Stato, in cui lo spirito della nazione si sostanzia nel suo divenire, non è possibile contrapporre la vigenza di un qualsivoglia diritto posto su altro fondamento. Hegel nega pertanto che possa sussistere una sfera di diritti naturali presupposta e tutelata di fronte allo Stato. L'identità oggettiva tra ragione e realtà apre alla *realpolitik* del diritto positivo e alla ragion di Stato, per cui il diritto trova esclusivamente nella forza e nella volontà dello Stato il suo unico fondamento e motivazione. La rottura con il giusnaturalismo è netta e definitiva. Sulla scia di Hegel tutti i maggiori filosofi tedeschi rifiutano, anzi disprezzano, l'idea di diritti naturali imprescrittibili ed innati. Siamo già nel post moderno?

È possibile datare la fine dell'epoca moderna e delle meta narrazioni giuridiche al venir meno del giusnaturalismo e all'avvento della filosofia Hegeliana?

Qui di seguito alcuni spunti a favore di questa ipotesi.

_

¹³⁶ Cfr. G.V.F. Hegel, Le maniere di trattare scientificamente il diritto naturale, posizione di questo nella filosofia pratica e suo rapporto con le scienze giuridiche positive, in Scritti di filosofia del diritto (1802-1803), a cura di A. Negri, Bari 1962.

¹³⁷ E. Cassirer, *Filosofia e Politica*, in Id., *Simbolo, mito e cultura*, a cura di D.P. Verene, Bari 1985, p.

Vediamoli da vicino. Secondo Cassirer¹³⁸ il pensiero filosofico con Hegel abbandona ogni idea di trasformazione del mondo, "suo unico scopo è di descrivere la realtà storica come è e non come dovrebbe essere [...] e di sottomettersi necessariamente alla realtà in atto". La sottomissione alla realtà in atto implica necessariamente l'irrilevanza di qualsiasi valutazione etica del diritto vigente. Un passo più in là e non è difficile riconoscere come il rifiuto di qualsiasi giudizio etico fondato sul diritto naturale apra la strada ad un realismo giuridico basato esclusivamente sul riconoscimento oggettivo dell'effettività del diritto. Siamo in marcia verso il positivismo giuridico.

La fine dell'epoca delle meta narrazioni con l'hegelismo può essere colta anche da un altro punto di vista. Per Hegel "la nottola di Minerva" – come si sa – prende il volo al crepuscolo. La filosofia dunque perde ogni capacità di preveggenza. Perso il lume della ragione, essa allora non anticipa più il percorso della storia ma ne segue pedissequamente il tracciato. Nella dialettica hegeliana la capacità prospettica della filosofia permane, ma solo a condizione che essa si cali nella storia per interpretarne il senso e le dinamiche. Nonostante l'apparente idealismo, nella dialettica hegeliana l'idea astratta non esiste necessariamente e forse non è neppure formulabile, se non di riflesso, tramite il suo inveramento – negazione – nella storia in divenire.

È possibile su questa base rintracciare in Hegel l'anello di congiunzione filosofico che segna la fine delle grandi narrazioni per il diritto? Se si accetta come discrimine la cesura con il diritto naturale, allora la post modernità giuridica caratterizzata dall'immanentismo storico prenderebbe la forma del positivismo giuridico, un diritto post moderno e metodologicamente autoreferenziale interno al sistema delle fonti storicamente dato.

3. Dalla codificazione al positivismo giuridico

Dove collocare l'epoca della codificazione? In questa ricostruzione essa verrebbe a segnare la transizione dal diritto naturale al diritto positivo. La codificazione come epoca di transizione e di transazione: essendo la codificazione, al contempo e ambiguamente, da un lato la consacrazione formale dei diritti naturali, riconosciuti ma non posti dalla legge, e dall'altro, invece, la manifestazione positiva del potere giuridico

¹³⁸ Ivi, p. 230.

dello Stato. Il passaggio implica una metamorfosi. Si entra nell'età della codificazione come giusrazionalisti e se ne fuoriesce come giuspositivisti. La codificazione, nel mentre riconosce la pre-vigenza del diritto naturale, dandogli una veste legale ne sradica la fonte e, dunque lo snatura nella sua essenza nell'atto stesso in cui lo riconosce e lo trasforma in legge.

La decifrazione dell'età della codificazione è destinata a rimanere tema controverso. Vorrei però prendere le distanze da un'ipotesi ricostruttiva che va per la maggiore almeno tra gli storici del diritto. Per alcuni la codificazione verrebbe a costituire il momento di massima affermazione del potere politico dello Stato grazie all'accentramento del potere normativo. Da qui la retrodatazione dell'identificazione del potere politico con il potere normativo all'età dei codici. ¹³⁹ In questa prospettiva, la codificazione costituirebbe il punto apicale dell'accentramento del potere normativo nello Stato subordinandosi l'emanazione della legge alla volontà "politica" dello Stato. Da questo punto di vista, diviene poi coerente considerare la decodificazione in senso storicamente positivo come il riemergere di un processo di affrancazione della società civile dall'egemonia politica dello Stato moderno e come riscoperta del pluralismo giuridico e sociale precedente all'avvento dello Stato moderno, ¹⁴⁰ la cui crisi avrebbe avuto l'effetto di liberare energie sociali represse. Con riferimento alla nostra tradizione giuridica questa rottura liberatoria avrebbe nell'"ordinamento giuridico" di Santi Romano il suo manifesto teorico e la sua celebrazione. 141 Si registrerebbe in questo modo l'innesco di un processo inarrestabile di liberazione delle forze sociali ed economiche munite di una loro intrinseca giuridicità refrattaria all'egemonia del diritto dello Stato che, contrastato da una pluralità di fonti confliggenti, inizierebbe a regredire. 142

La retrodatazione all'età dei codici dell'affermazione del potere accentrato ed autoritario dello Stato moderno in realtà non convince. Così come non convince la riscoperta, prima e dopo lo Stato moderno, della bellezza del pluralismo della società civile. Vorrei spiegarmi meglio. La codificazione ha assolto una funzione di uniformazione del diritto ed, in questo senso, si può dire che abbia portato a

_

¹³⁹ P. Grossi, *Introduzione al novecento giuridico*, Bari 2012, p. 4.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 8.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 13.

¹⁴² P. Grossi, "Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano)", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 1 ss.

compimento il processo di unificazione accentrato e di sistemazione della gerarchia delle fonti. Si può quindi convenire sul punto che, grazie alla codificazione, il diritto dello Stato si è definitivamente imposto sul pluralismo pre assolutistico. Dubito invece che questo passaggio sia stato una prevaricazione di un diritto spontaneo al quale è stato così impedito di germinare. Almeno che per tale via non voglia intendersi l'aggregato costituito da un mix di diritto su base consuetudinaria, spesso locale, prerogative feudali, diritti fiscali della monarchia, statuti di libertà e di franchigie diversamente differenziati e modulati per singole comunità, città e corporazioni, sulla base dei rapporti di forza con la corona e con i vari potentati locali. Ma, a parte il giudizio nel merito, il carattere fuorviante della ricostruzione storica dominante è data dal confondere l'unificazione e l'uniformazione codicistica con il compimento di un disegno autoritario di affermazione dell'egemonia del potere politico dello Stato nazione. Identificare i codici napoleonici con Napoleone significa fermarsi all'epifenomeno con il rischio di dare luogo ad un grosso fraintendimento in ordine proprio ai rapporti tra autorità politica e libertà dei singoli. Non vorrei far l'elogio della codificazione, altri l'hanno già fatto da tempo ed egregiamente, ma se prendiamo in considerazione le materie è cioè essenzialmente il diritto civile, il commerciale, il tributario ed il penale, arriviamo a valutazioni opposte di segno positivo e di ampliamento degli spazi di autonomia degli individui a scapito del potere. Magari questi spazi garantiscono le libertà dei singoli cittadini anche nei confronti dei gruppi intermedi e dei corpi sociali ma i codici – non sarebbe il caso di ribadirlo – sono stati essenzialmente ed innanzi tutto strumento di estensione dell'uguaglianza giuridica sia nei rapporti inter privati sia, in quanto garanzia della certezza del diritto, mezzi di tutela delle libertà e diritti dei cittadini anche nei confronti dello Stato. In questo senso, guardando più alla sostanza, la codificazione è strettamente legata alla messa a regime dello Stato di diritto, almeno nell' Europa continentale, e alla supremazia del potere legislativo, inteso come potere esclusivo del Parlamento in grado di limitare e subordinare alla legge il potere politico discrezionale degli apparati di governo e della corona. Certezza del diritto e contrasto del tasso di arbitrio del potere politico dello Stato-corona nelle materie oggetto di riserva di legge sono andati storicamente di pari passo con la codificazione. La struttura generale ed astratta delle disposizioni codicistiche pone infatti di rimando al centro del sistema il privato cittadino, nella

classica anonima formulazione generale del "chiunque". Insomma la codificazione come strumento dell'attuazione dello Stato di diritto piuttosto che espressione del dispotismo politico e normativo dello Stato moderno. Sfugge ai sostenitori di quest'ultima tesi proprio la genesi dello Stato di diritto come "contropotere". Il Parlamento che si pone a "garanzia" dei diritti fondamentali dei cittadini nei confronti dello Stato e pertanto si può parlare di Stato di diritto in quanto "Stato sottoposto al diritto". L'età della codificazione affonda le sue radici nella struttura garantista della legge generale ed astratta, al contempo manifestazione e tutela dell'autonomia privata di una società civile unificata nel mercato nazionale il cui accesso è giuridicamente consentito e assicurato, almeno astrattamente, a tutti. Una società civile affrancatasi con le rivoluzioni liberali dai vincoli, dalle prerogative e dagli arbitri del potere politico centrale e dei potentati locali dell'*Ancien Regime*.

Appare quindi un grossolano errore teorico ridurre alla stessa matrice storica e fattuale il potere legislativo e quello politico nell'età della codificazione. Semmai la riconduzione del potere normativo e la sua subordinazione a quello politico è evento successivo ed ha a che vedere piuttosto con la crisi dello Stato di diritto. Ed in questo senso la crisi dello Stato di diritto verrebbe a coincidere con la crisi dello Stato moderno solo in ragione del fatto che da quella crisi nasce l'accentramento in un unico centro di imputazione sia del potere politico sia del potere legislativo dello Stato. Dunque non lo Stato moderno, *alias* Stato di diritto, ma lo Stato post moderno, installatosi agli inizi del secolo scorso, avrebbe le stigmate dell'accentramento monista del potere politico e normativo. 144

4. Il cambio di paradigma: dal diritto regola dei rapporti al diritto come dinamica del potere giuridico

La destrutturazione dei codici rappresentata nella storiografia come effetto di un nuovo slancio di liberazione del pluralismo sociale dalla rigida architettura delle fonti dello Stato moderno, appare piuttosto, in prima battuta, come il collasso della funzione garantista della legge nei confronti del potere politico dello Stato e quindi come manifestazione della crisi dello Stato di diritto. Da questo punto di vista,

¹⁴³ *Ivi*, p. 17 (in particolare nota 29).

¹⁴⁴ Cfr. G. Di Gaspare, Metateoria del positivismo giuridico, in Studi in memoria di Antonio Romano Tassone, Napoli 2017, pp. 999 ss.

"L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, più che una via d'uscita dalla "oppressiva" struttura dell'accentrato sistema delle fonti legislative dello Stato moderno, ricerca uno spazio di legittimazione e di salvaguardia di un potere normativo proprio all'amministrazione in quanto Istituzione. Bisogna quindi intravedere al di sotto dell' epifenomeno descrittivo della crisi dello Stato moderno evocato da S. Romano, la crisi dello Stato di diritto per effetto dell'accentramento del potere politico nel Parlamento e vedere nel suo scritto il tentativo di fondazione teorica dell'autorità dello Stato, svincolandolo dall'indirizzo e dal controllo del Parlamento in preda, in quel periodo, per effetto dell'estensione del suffragio elettorale, a convulse trasformazioni destinate solo cinquanta anni dopo, con la costituzione della Repubblica, a consolidarsi come Stato democratico di diritto. È così possibile, contestualizzando l'opera, cogliere nell'ordinamento giuridico, nel robusto articolato pensiero teorico del futuro presidente del Consiglio di Stato degli anni trenta, la ricerca di una autofondantesi legittimazione del potere del governo come centro apicale dello Stato organizzazione in quanto tale dotato di potere intrinsecamente giuridico per il fatto di essere Istituzione e quindi munito "naturalmente" – verrebbe da dire – di un potere congenito in grado di porre norme all'interno del suo ordinamento in funzione della cura degli interessi pubblici di cui lo stesso Stato è inevitabilmente il "portatore". Nella costruzione di Romano, la centralità e la preminenza dello Stato organizzazione non è contraddetta, anzi è rafforzata dalla rilevata esistenza di altre Istituzioni minori, corpi sociali e intermedi e altre "figure soggettive", costretti comunque a girare ordinatamente nella sua orbita. Lo Stato come centro di gravità del sistema e la sua intrinseca giuridicità come forza di coesione e di attrazione di quel "macrocosmo giuridico che è lo Stato". 145 Anche Cassese ricorda come Romano parli di "decomposizione dello Stato moderno" e "definisce alternativamente questo fenomeno sindacalismo e corporativismo. Osserva che esso evidenzia la debolezza dell'istituto della rappresentanza politica, che non riesce a far rispecchiare la società nello Stato. Conclude che occorre salvaguardare almeno un principio: quello di una organizzazione superiore, che contemperi e armonizzi quelle minori, rappresentando l'interesse generale". 146

¹⁴⁵ G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova 1992, p. 65.

¹⁴⁶ S. Cassese, "La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo", Consiglio di Stato, Roma, 30 novembre 2011, www.irpa.eu.

5. L'epilogo del diritto vivente

Prima di chiudere su Romano vorrei accennare alla problematica metodologica sottesa al suo sistema essenzialmente volto alla ridefinizione della dinamica giuridica del potere normativo nel diritto pubblico. Non è una problematica isolata ed in effetti accomuna tutta la giuspubblicistica italiana e tedesca dell'epoca. Romano la presenta come esigenza di affrancazione del diritto pubblico dal diritto privato e dalla pandettistica e dunque dalla concezione del diritto come rapporto tra persone. Romano è ben consapevole che la soluzione dell'impasse teorico della giuspubblicistica vada ricercata emancipando la teoria generale del diritto pubblico dall'egemonia del diritto privato: "chi ha conoscenza di questo faticoso ma importantissimo procedimento di integrazione e correzione di concetti un tempo esclusivamente privatistici che è stato iniziato dai moderni pubblicisti, intuirà facilmente la necessità che un procedimento analogo si compia per la stessa definizione del diritto che, giova ripeterlo, il diritto pubblico e la filosofia del diritto hanno mutuato ad occhi chiusi dal diritto privato". 147

Ed in effetti nel diritto pubblico la concezione tradizionale del diritto, come regola dei rapporti tra persone, non è più raffigurabile. Con l'inclusione del Parlamento nello Stato (parlamentare), infatti la fonte da cui emana il diritto si è spostata dal campo teorico della società civile, ove si situava contrapposta al campo teorico dello Stato, all'interno della stessa persona dello Stato. Assorbita la fonte legislativa – in precedenza esterna – all'interno della persona dello Stato come organo dello stesso, non è più configurabile un rapporto giuridico nel diritto pubblico tra Stato e cittadini alla stregua del rapporto tra privati. Il Parlamento, ormai "organo" (interno) dello Stato persona non può emanare norme (dall'esterno) norme "bilaterali" allo stesso Stato, come avveniva nello schema teorico dello Stato di diritto liberale. L'inciampo della dinamica giuridica si trasforma nel paradosso metodologico, posto, ma non risolto, nella teoria dell'autolimitazione dello Stato di G. Jellinek. La soluzione del problema diviene il rompicapo della giuspubblicistica italiana e tedesca a cavallo del secolo XIX. Dopo vari tentativi non riusciti, tra cui quello di Romano che ha ben presente il problema e per il quale "il diritto non è solo norma sui rapporti ma è soprattutto e prima di tutto organizzazione". ¹⁴⁸ Il paradosso è destinato a trovare soluzione grazie alla teoria pura del diritto. Kelsen di un sol colpo elimina dal campo teorico del diritto lo Stato come

_

¹⁴⁷ S. Romano, L'ordinamento giuridico, Sansoni, Firenze 1951, p. 8.

¹⁴⁸ Ivi, p. 90. Cfr. Di Gaspare, Il potere nel diritto pubblico, cit., pp. 83 ss.

persona, seppellisce la fonte prima delle norme al di sotto della *Grundnorm* e ricostruisce la dinamica giuridica non più in termini di rapporti tra persone ma secondo lo schema scalare della produzione ed imputazione della norma facendo sparire di riflesso anche i destinatari ultimi degli effetti delle norme – le persone – e i rapporti giuridici tra gli stessi. ¹⁴⁹

Non è un problema che riguarda solo i giuspubblicisti. È il caso di segnalare come anche teorici di matrice privatistica si cimentino con la riformulazione della teoria generale del diritto richiamando all'epoca il tentativo di Ernest Roguin di porre le basi di una teoria giuridica "pura" del diritto mantenendo però – a differenza di Kelsen – ferma la concezione del diritto come rapporto qualificandolo nella specie come "rapport de droit". ¹⁵⁰

Per concludere qualche spunto finale. La filosofia del diritto di Hegel potrebbe segnare il discrimine tra moderno e post moderno nel diritto e la cesura tra diritto naturale e positivismo giuridico. Con il positivismo giuridico – e non con l'età della codificazione dunque – si realizza la svolta autoritaria dell'accentramento nello Stato del potere politico e con la legge assorbita asetticamente all'interno del potere normativo e trasformata da limite del potere politico dello Stato a strumento del suo esercizio.

Posta su questa base, il passaggio al post moderno prenderebbe la seguente piega. La crisi dello Stato moderno, rappresentata come crisi dello Stato autoritario, non sarebbe altro che un modo di occultare ovvero "narratizzare" il collasso dello Stato di diritto. L'età della codificazione apparirebbe allora la fase terminale della grande narrazione trascendentale e razionalistica del diritto come rapporto tra uguali. La decodificazione 151 verrebbe a costituire la faccia in ombra del positivismo giuridico. Da questo punto di vista l'immanentismo metodologico nel positivismo giuridico darebbe luogo a tre fondamentali combinazioni della dinamica giuridica del potere 152 che sarebbero tutte basate sull'immanentismo hegeliano dello spirito del mondo nella storia. "Méconnu, traitè à la lègere le hegelianisme ne ferait ainsi qu'éntendre sa domination

^{9 ----}

¹⁴⁹ Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 47 ss. e nota 112.

¹⁵⁰ E. Roguin, La science juridique pure, Paris 1923.

¹⁵¹ Sulla quale cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

¹⁵² Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., pp. 150 ss.

historique deployant enfin sans obstacle ses immenses ressources d'enveloppement". ¹⁵³ Come non convenire.

Per quello che ci riguarda più da vicino, il filone positivista più in debito con il pensiero hegeliano sembra rintracciabile nella "costituzione materiale" di C. Mortati, non a caso filosofo oltre che giurista. Un "indirizzo politico materiale" che promana dalle forze sociali e politiche al contempo fondativo del regime politico e del suo diritto. Un approccio in grado di transitare da un regime all'altro senza soluzione di continuità. Il costrutto teorico della costituzione materiale appare aperto a futuri sviluppi sui quali anche la concezione agnostica del "diritto vivente" sembra innestarsi come suo depotenziato epigono. Una rappresentazione sistematica, quest'ultima, che registra l'ulteriore modifica intervenuta con la globalizzazione nell'assetto delle fonti, accolta sempre come manifestazione di un segno positivo di progresso. "L'ordinamento giuridico quello vivente [...] ha spostato il proprio asse portante su fonti capaci di assicurare il salvataggio giuridico della società in cammino". 155

Siamo perciò alle prese con un diritto che si vuole spontaneo e pluralista, ma per questo non meno opprimente. A questo lucido approdo di realismo giuridico perviene anche la teorica dell'autoregolamentazione dei mercati del *law and economics*. Il "salvataggio giuridico della società" è ora affidato alle "iniziative spontanee – delle grandi imprese multinazionali [...] in collaborazione con provvedutissime officine giuridiche [...] per coniare e definire tecnicamente schemi giuridici in grado di ordinare la vita economica in continuo rinnovamento". ¹⁵⁶ La scienza giuridica si adegua dunque all'egemonia dei mercati transnazionali, prendendo atto delle esigenze di conformazione del diritto che il cammino turbolento della volatilità finanziaria esprime per il tramite di un diritto, cosiddetto, autopoietico. ¹⁵⁷

-

¹⁵³ J. Derrida, L'écriture et la différence, Paris 2014, p. 369.

¹⁵⁴ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Roma 1940.

¹⁵⁵ Grossi, *Introduzione al novecento giuridico*, cit., p. 33.

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 38.

¹⁵⁷ G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano 1996.

Orlando, l'enigma del metodo e Las Meninas di Velasquez*

di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Potere, metodo e tecnicizzazione dello Stato di diritto. – 2. Un paradigma metateorico esplicativo del positivismo giuridico nel diritto pubblico. – 3. Ricaricare Orlando?

1. Potere, metodo e tecnicizzazione dello Stato di diritto

Sono particolarmente lieto di essere riuscito ad intervenire al convegno su Orlando e il metodo nel diritto pubblico. Quello del metodo è un tema che mi appassiona e al quale ho dedicato da tempo riflessioni che hanno trovato esito nella monografia "Il potere nel diritto pubblico" del 1992. 158 Se quel lavoro avesse avuto un sottotitolo probabilmente sarebbe stato simile al titolo del suddetto convegno. Scrivevo in effetti nell'introduzione come "il tema del potere avesse una strana prossimità con quel massimo problema della scienza giuridica che è il problema del metodo". Precisavo nel senso che "la nozione di potere si ponesse alla base della sistematica giuridica fondante il metodo in quanto passaggio in quanto dinamica". Devo dire che la monografia è rimasta sostanzialmente ignorata. Oltre ad una recensione di Giorgio Berti su JUS, nella cui collana CEDAM "diritto ed istituzioni ricerche" il libro era stato pubblicato, ricordo anche due lettere – una specie di recensione personale – di Pietro Costa, delle quali gli sono tuttora grato, relative però alla prima edizione provvisoria del 1989, dal titolo "Contributo alla studio del potere nel diritto pubblico". La scarsa attenzione al libro potrebbe essere dipesa anche dalla mancata presentazione. Sicuramente ha influito nel mio atteggiamento, all'epoca, una volta terminato il lavoro,

^{*} Scritto pubblicato in *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, a cura di F. Cortese, C. Caruso e S. Rossi, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 373 e ss.

¹⁵⁸ G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova 1992.

l'impulso a prendere le distanze dal testo per sfuggire alla sua tirannia ossessiva e a voltare pagina.

C'è probabilmente anche una diversa ragione del registro piatto delle reazioni della comunità scientifica che attiene al modo con cui il libro è stato scritto come ricerca interna alla dottrina giuridica. Un approccio interno/esterno, in quanto prende origine dallo studio delle formulazioni tecnico giuridiche di alcuni istituti di diritto pubblico, ma anche esterno, in quanto nell'illustrazione dei risultati della ricerca impiega nella stesura del testo un codice di lettura diverso da quello collaudato dell'interpretazione giuridica tradizionale. Per cercare di spiegarmi meglio, nella ricerca si è passati da un iniziale approccio bottom up – analitico sistematico – ad un approccio top down – di tipo deduttivo – utilizzato nel dare conto dei risultati raggiunti, a partire dal sotteso dibattito sul potere e sul metodo. In effetti, più approfondivo l'analisi alla ricerca di un sistema concettuale comprensivo, più sprofondavo verso il basso, verso un punto di convergenza del ragionamento che si poneva fuori dalla tramandata sistematica giuridica. Le differenti modalità con cui gli istituti giuridici erano raffigurati nelle varie formulazioni dottrinarie (scuole) – così come le teorie dell'organizzazione e poi anche le teorizzazioni sugli atti normativi e amministrativi – sembravano rimandare ad un punto critico sottostante comune, ma non esplicitato nelle riflessioni dei singoli studiosi, la cui decifrazione ruotava intorno al modo di intendere il potere nel diritto pubblico ed al modo della sua manifestazione giuridica. Seguendone la traccia, ero finito in un territorio inesplorato ove il senso del tacito confronto intorno al potere e al metodo appariva derivare, come di riflesso, dalla crisi dello Stato di diritto liberale. La raffigurazione dello Stato di diritto come "Stato sottoposto al diritto", con la crisi dell'assetto istituzionale dello Stato liberale, si era trasformata, anzi si stava trasformando, nell'aporetica realtà di uno Stato al contempo produttore e destinatario delle sue norme. La metamorfosi contrastava con la concezione del diritto, fino ad allora comune al diritto privato e a quello pubblico, come rapporto tra soggetti di diritto dotati di personalità giuridiche. Una crisi teorica e pratica, dunque, che investiva essenzialmente il diritto pubblico, meno o per niente il diritto privato. Una dinamica del potere, come relazione intersoggettiva, impacciata e non più fluida per il venire meno della "bilateralità" e per questo non più naturalmente riconducibile allo schema del rapporto giuridico. Un inciampo, si potrebbe dire, della dinamica tradizionale del potere

all'interno del rapporto che si avverte ed affiora, nel dibattito tra i giuspubblicisti, appunto come problema metodologico. Un enigma teorico certo ma non astratto, con risvolti immediatamente pratici, attinente al modo di essere del diritto nella concretezza delle sue manifestazioni, che si traduce, per usare le parole di Orlando, nell'esigenza della riformulazione dei "criteri tecnici del diritto".

In questo senso, gli studi di Orlando e dei suoi allievi costituiscono la fenomenologia della crisi ed il tentativo di una soluzione alla stessa. La ricerca del "passaggio", appunto, del "metodo" che consentisse di rimettere su nuove basi la concezione del diritto pubblico e, dunque, lo Stato di diritto attraverso la "tecnicizzazione" del diritto pubblico. Utilizzando questa chiave di lettura, nel libro "Il potere nel diritto pubblico" si sono ripercorsi i ragionamenti, i cambi improvvisi di prospettiva, le argomentazioni, le invenzioni semantiche e di simboli, gli slittamenti progressivi di senso, le ambiguità e le concatenazioni concettuali sistematizzanti che hanno esplorato tutte le possibili declinazioni alla teoria del diritto come rapporto, prima di cedere il passo al cambio di paradigma operato dalla "teoria pura del diritto". Sarà infatti Kelsen a risolvere "l'enigma" – per dirla con Kuhn – e a mettere su basi radicalmente mutate il fondamento positivista del diritto, superando quella che egli chiamava la "trappola antropomorfica" e restringendone il campo di rilevazione essenzialmente alla "datità normativa".

2. Un paradigma metateorico esplicativo del positivismo giuridico nel diritto pubblico

Man mano che i ragionamenti dottrinari si rendevano manifesti nelle loro strutture essenziali e finalità, appariva necessario, per renderne manifesto il senso, far ricorso ad un lessico *ad hoc* che finiva per l'essere, suo malgrado, innovativo, schematico e forse alquanto ostico. Insomma, diveniva indispensabile elaborare un sistema concettuale deduttivo ed esplicativo metateorico. Scorrendo l'indice del primo capitolo del libro del 1992, intitolato "L'apparizione di un'autonoma concezione del potere giuridico nel diritto pubblico", se ne ha immediata contezza. I titoli dei paragrafi magari potevano incuriosire – "Il dualismo giuridico-politico", "La giuridicizzazione della sfera interna dello Stato", "La dinamica del potere", "Monismo e dualismo nella concezione del potere giuridico", "L'immanenza di una dimensione teleologica interna come limite alla

completa neutralizzazione del potere", "Il minimo comun denominatore della concezione bilatera della norma e rapporto giuridico", "Il significato della relazione tra potere giuridico e potere politico" – ma non trovavano sponde concettuali nel bagaglio tradizionale degli studiosi di diritto pubblico.

In questo processo di decostruzione della dottrina e ristrutturazione concettuale, attraverso il paradigma metateorico offerto dal testo delle diverse declinazioni del potere, gli autori, a partire da Orlando, vengono disvelati all'interno di narrazioni tra loro ambiguamente dialoganti secondo nessi e sequenze ricostruttive nelle quali il comune meta discorso è costituito appunto dalla necessità della rifondazione tecnica del diritto pubblico. Per comprenderne il senso, bisogna assumere un punto di vista esterno ma inclusivo del ricercante all'interno della sua ricerca, un po' come nel dipinto Las Meninas di Velasquez, nel quale il pittore si raffigura – in questo caso deve essere raffigurato – all'interno del quadro mentre lo dipinge.

Val la pena di tornarci sopra in questa prospettiva, in quanto quei percorsi, benché non siano pervenuti alla formulazione di una "teoria del tutto giuridico", forniscono tuttora estensioni potenziali dei modi di concepire e dare ordine narrativo all'esperienza giuridica. Rappresentazioni dell'essere e del dover essere del diritto pubblico che arricchiscono il nostro arsenale teorico. Nell'attuale dibattito scientifico, in cui il paradigma della teoria pura del diritto è oggetto di ripensamento, tornare a riflettere criticamente su quelle diverse impostazioni potrebbe farci riscoprire sentieri interrotti, la cui riapertura potrebbe essere suscettiva di fornire nuova linfa teorica.

3. Ricaricare Orlando?

Tornare indietro nel sentiero battuto per uscire dall'impasse e riprendere altre biforcazioni, piste a suo tempo abbandonate, per cercare nuovi itinerari. In questo senso mi è sembrata particolarmente centrata l'idea di "ricaricare" Orlando alla riscoperta di una matrice ancora potenzialmente ricca di indicazioni e suggestioni. La sua opera è, in primo luogo, un abbozzo metodologico per quanto ricco di insegnamenti e di spunti. Una testimonianza della transizione dalla quale traspare la consapevolezza della indicazione "pragmatica" della strada obbligata del positivismo giuridico. Orlando cerca, nella transizione, una transazione tra vecchio e nuovo. Non intende abbandonare la concezione garantista del diritto come rapporto ma, al contempo, non riesce a trovare

limitazioni giuridiche opponibili al diritto positivo dello Stato. Coglieva il disagio metodologico già Antonicelli nel 1927: "Orlando dopo avere affermato la statualità del diritto sostiene la distinzione tra diritto e legge nonché la preesistenza di quest'ultimo allo Stato e cerca dei limiti di diritto alla legge". In questo senso, come ricordato da Aldo Sandulli, Orlando è un teorico della transizione. Ed in questo senso, la figura di Orlando tuttora giganteggia sullo sfondo nel diritto pubblico italiano, come ha fatto rimarcare con non celata passione Marco Mazzamuto. L'importanza dunque del recupero della matrice originaria del diritto pubblico nazionale, il suo ricaricamento (come poi svolto negli interventi di Martina Conticelli e di Enrico Carloni). Un accenno vorrei fare anche ad alcuni spunti con i quali ho trovato punti di contatto che mi farebbe piacere approfondire. Lo "statuto epistemico" della scienza giuridica (Antonio Cassatella e Giulio Itzcovich). Il riferimento alla concretezza del metodo (Alfredo Moliterni). L'esigenza di giuridicizzazione del politico, come accennato da Marco Benvenuti.

Credo però che non sia possibile cedere alle troppe suggestioni e che vada tenuta ferma, in questa rivisitazione retrò, la contestualizzazione storica della genesi di quella dottrina con la crisi dello Stato di diritto liberale e vada ribadito come, per la dottrina italiana, la stella polare della ricerca metodologica sia stata la soluzione dell'"enigma", innescato dalla crisi strutturale dello Stato di diritto, della rimodulazione della dinamica del potere giuridico come modalità di trasformazione del potere come energia giuridica in atto ed, in senso ad esso correlato, del metodo.

Mi sembra essenziale, pertanto, in conclusione, ribadire come la ricerca di Orlando, di Laband e dei loro allievi sia stata decisamente volta alla invenzione/scoperta di una progettazione operativa del diritto pubblico. Un nuovo software, si potrebbe dire, forzando un po' sull'analogia. Una esigenza tecnica la cui comprensione ha necessitato di una chiave di lettura aideologica, piuttosto epistemologica, ma non circoscritta al significato proprio della semantica giuridica. In questo senso, sono di scarso aiuto l'approccio meramente esegetico, quando non pedissequo ai testi dottrinari, ed il discorso sul metodo problema circoscritto alla come teoria giuridica dell'interpretazione.

Sono tornato su alcuni di questi aspetti, quasi per forza inerziale, con la voce "Organizzazione amministrativa" nella edizione del Digesto nel 1994¹⁵⁹ e con il saggio "Stato sociale e Stato di diritto in Forsthoff e Habermas" pubblicato su *JUS* nel 1995. 160 Solo di recente ho ripreso più direttamente il discorso sulla teoria generale e sul metodo con due scritti, "Metateoria del positivismo giuridico" in Studi in memoria di Antonio Romano Tassone del 2017¹⁶¹ e "Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling" negli Atti del Seminario di Leonessa "A proposito del diritto postmoderno" del 2017 pubblicati da RomaTrE-Press nel 2018. 162 Nel primo, tiro un po' le fila del primo e del secondo capitolo del libro del 1992 sul potere, distillandone i punti essenziali. Mi ha fatto piacere con l'occasione constatare come la consequenzialità della ricerca metodologica tra Jellinek e il suo allievo Kelsen, da me solo accennata nei suoi elementi costitutivi, abbia trovato conferma nell'autonoma ed esaustiva ricerca portata a termine da Diego Quaglioni. Il saggio sullo storytelling, invece, contiene una retrospettiva che riprende e ripropone all'attenzione, per una sua rivisitazione metodologica, il razionalismo giuridico liberale. A proposito di ritornare indietro per riaprire piste interrotte, il razionalismo giuridico liberale, tenuto ben distinto dal giusnaturalismo e dal positivismo, sembra ora quasi una escogitazione teorica da riprendere in esame. Nel saggio sullo storytelling ho inserito anche una raffigurazione grafica che dà conto visivamente dell'originarsi del problema metodologico – tecnico giuridico – dalla impraticabilità della concezione del diritto quale rapporto per effetto della crisi dello Stato liberale. Mi scuso per i troppi richiami a miei lavori ed, in particolare, al mio studio del 1992, di non facile reperibilità, ma rinviare ad essi mi è sembrato in realtà il modo più appropriato per dare un contributo al dibattito svoltosi. Una nota positiva. Nonostante la mancata presentazione, infatti, l'edizione del mio libro "Il potere nel diritto pubblico" era esaurita alla fine degli anni '90. Il che mi spingerebbe a ripubblicarlo e ad organizzare così la sua presentazione in modo, con l'occasione, di riprendere il discorso sul metodo esteso anche alla elaborazione teorica della dottrina post repubblicana che è nella seconda e terza parte del libro.

¹⁵⁹ G. Di Gaspare, "Organizzazione amministrativa", Digesto, Discipline pubblicistiche, 1994.

¹⁶⁰ G. Di Gaspare, "Stato sociale e Stato di diritto in Forsthoff e Habermas", *Jus*, 1994, pp. 145 ss.

¹⁶¹ G. Di Gaspare, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, pp. 999 ss.

¹⁶² G. Di Gaspare, *Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling*, in *A proposito del diritto post-moderno*, a cura di G. Grisi e C. Salvi, Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017, RomaTrE-Press, Roma 2018, pp. 135 ss.

"Monetacattiva scaccia monetabuona" Favoletta per economisti*

di Giuseppe Di Gaspare

(scritto nel novembre '94, dopo l'uscita dal Sistema Monetario Europeo)

Il Re di Bengodi, quando Bengodi era il quinto regno della Terra, fece un patto con i re suoi vicini: le loro figlie, che rispondevano tutte al nome di Moneta, avrebbero potuto circolare in tutti i regni con parità di riguardi. I re vicini dissero, però, al Re di Bengodi: tu hai due gemelle, Monetabuona e Monetacattiva, noi non vogliamo che le nostre prendano cattive abitudini frequentando quest'ultima, ma non potendo distinguerle, ti diamo cinque anni di tempo per metterla al bando, nel frattempo la tratteremo come se fosse buona; bada bene però, se allo scadere non avrai onorato il patto, tratteremo anche Monetabuona come se fosse cattiva. Il re promise, ma in cuor suo non aveva alcuna intenzione di mantenere la promessa. Non pensava che Monetacattiva fosse in realtà tale. Grazie a lei, così abile a scambiarsi per la gemella, aveva impinguato le sue casse e quelle dei suoi fedeli, attingendo al tesoro del regno, senza che nessuno vi prestasse attenzione. Abituato poi al linguaggio leggero dei Bengodiani ed alla assenza di memoria che caratterizzava anche le menti più sapienti, non aveva dato troppo peso alla minaccia.

Monetacattiva, perciò, continuava a farla da padrona a Palazzo, ove trovava protezione e alimento, a differenza della gemella la cui virtù era derisa tra i cortigiani. Non era però soddisfatta, essendo sua inesauribile ambizione quella di apparire virtuosa. Voleva essere scambiata per Monetabuona, perciò la seguiva ovunque anche fuori dal regno, ove quella amareggiata cercava di rifugiarsi, e lì la scacciava mettendosi al suo posto, finché gli altri re, stufi dell'andazzo, attuarono la loro minaccia bandendole entrambe. Poiché a Bengodi si rumoreggiava contro i cattivi costumi introdotti a corte da Monetacattiva e per i guasti al tesoro del regno sempre più evidenti, il re, benché conoscesse gli scoppi umorali senza conseguenze dei suoi sudditi, messo al sicuro il frutto di tanti anni di duro impinguamento, ritenne più prudente andar via da Bengodi.

^{*} Scritto pubblicato in *Amministrazione in cammino*, 27 novembre 2006.

Il vecchio Governatore, rimasto solo a Palazzo, era uno dei pochi che distingueva le gemelle poiché le aveva viste nascere. Egli era inoltre troppo anziano per cedere alle lusinghe di Monetacattiva. Iniziò così a ridurle gli alimenti e l'avrebbe probabilmente bandita, se non fosse stato costretto a traslocare dal nuovo Principe. Quest'ultimo, portato a forza dai suoi fin dentro il Palazzo, aveva promesso di liberarsi di Monetacattiva senza i troppi riguardi del vecchio Governatore.

Cosa sia successo dopo nessuno lo sa veramente, perché tutto si svolse all'interno del Palazzo al riparo da sguardi indiscreti. Sta di fatto che i sudditi, che si erano raccolti nella piazza antistante per assistere alla cacciata di Monetacattiva, distratti dai fuochi pirotecnici e dalle piroette di saltibanchi, voltagabbana e saltafosso, tornarono, dimentichi, alle loro consuete occupazioni.

Il nuovo principe cambiò. Cominciò ad accusare di slealtà chi gli rimproverava di non mantenere le promesse. Se la prendeva poi con i vicini: il grande e potente Cancelliere del Regno di Mezzo, perché non lo voleva nel ristretto consesso dei più virtuosi sovrani, la Perfida Albione, la strega, che ogni tanto emergeva dalle brume dell'isola del nord per diffondere i suoi nefasti auspici sulla solare e invidiata Bengodi.

Ma anche Monetacattiva aveva la sua magia: sapeva fermare il tempo. Così come lo aveva fermato nel Palazzo, lo avrebbe fermato ora, con l'aiuto del principe, in tutto il regno, svelando il suo dolce potere segreto: Inflazione. L'incantesimo avrebbe lasciato ogni cosa apparentemente al suo posto, nessun faticoso mutamento, nessuna dolorosa rinuncia. È vero che la magia non aveva il potere di impedire che tutti diventassero realmente più poveri - ahimè, questa era la virtù di Monetabuona! - ma, in questo mondo immoto, grazie anche alla loro assenza di memoria, gli abitanti di Bengodi avrebbero conservato un benessere illusorio, quantomeno per loro, se non per i loro figli. Una lenta decadenza piuttosto che la faticosa ed erta risalita che la virtuosa Monetabuona indicava. I Bengodiani le credettero e vissero ancora per un po' felici e contenti.