

## V

# ATTORNO ALLA LEGALITÀ COME PRINCIPIO

MASSIMO MORISI \*

### 1. UN TEMA DAI FLUIDI CONFINI

Più che una nozione, la *legalità* è, per l'appunto, un *principio*. Se dalle *regole* traiamo il criterio delle nostre azioni e se sono le *regole* a dirci come dobbiamo agire o non agire nelle situazioni che i loro precetti prefigurano, i *principî* – invece – nulla ci dicono circa il nostro dover fare o il nostro dover non fare. I principî ci indicano se, come e perché *prendere posizione* di fronte a circostanze, quando esse vengano a determinarsi materialmente, che sono e restano *a priori* indeterminate [Zagrebelsky 1992, 149]. I principî, in altre parole, ci indicano gli atteggiamenti favorevoli o contrari, di sostegno o di ripulsa che dobbiamo assumere se vogliamo affermare o tutelare o sviluppare l'*ethos* che quei principî – in quanto tali – sottendono e servono ad esprimere. I principî, pertanto, non esauriscono la loro efficacia in vista di fattispecie normative da immaginare e di correlative regole giuridiche da formulare ma, rispetto alla realtà, al suo divenire e alla sua complessità storica, mantengono una loro autonoma ragion d'essere più generale e indeterminata nello spazio e nel tempo. Conservano – cioè – una indefinita capacità di conferire *valore* e qualità normativa ai fenomeni nei quali quella stessa realtà prende storicamente un corpo e un'anima.

È così anche per il principio di legalità. Se osservato in una prospettiva di lungo andare, esso assume e conserva tutto il vigore di una questione sempre aperta, sempre da ridefinire né suscettibile di essere semplicemente rimossa. Una problematica, cioè, non contenibile entro i confini della sua più immediata *vulgata* normativa e istituzionale, quale lo *stato liberale di diritto*. E che oltrepassa abbondantemente la capienza di un determinato sapere scientifico e tecnico,

---

\* Professore di Scienza dell'amministrazione nell'Università di Firenze e di Scienza della politica nell'Università di Messina.

quale la *scienza del diritto*. Alle radici del principio, infatti, c'è ben altro: ... né più né meno, potremmo dire, che l'intreccio tra *società, legge e ragione* [Fassò 1974] e dunque l'intersecarsi di tematiche *longitudinali* che hanno mobilitato l'attenzione, la riflessione e la ricerca dell'intero insieme delle scienze sociali. La filosofia, la sociologia, la scienza politica, la storia del pensiero politico, la storia della cultura e delle istituzioni, l'antropologia, la psicologia. Per tacere, ovviamente, delle molteplici discipline giuridiche. Né può stupire che, in nome di quel principio o nella prospettiva delle problematiche che lo attraversano e ne articolano la percezione etica, siano proliferate scuole di pensiero e specialità universitarie multiverse, insieme ad una letteratura multidisciplinare e multilingue, dalle dimensioni sterminate e che abbraccia pari – si può dire – la storia della vicenda umana.

Insomma, prima che una nozione storicamente definita, il principio di legalità è un grande e non conchiuso campo semantico, intensamente permeato dalla natura, dal significato e dalla pratica del diritto e della legge e dai loro nessi con la vita individuale e comunitaria dell'uomo.

## 2. LE RAGIONI LONTANE DELLA LEGALITÀ E QUELLE IMMANENTI

Ce ne rendono avvertiti – per rimanere alle fonti più immediate della nostra cultura civile – già le scritture sacre della tradizione giudaico-cristiana. In esse l'origine del diritto sta nel "peccato": con la frattura che l'uomo perpetra ai danni della sua organica comunione con Dio, rompendo la propria integrazione nell'univoco volere divino. La storia inizia proprio con la perdita del paradiso; con il cadere dell'uomo dallo stato di innocenza allo stato di "peccato". La conseguenza prima di tale separazione è il formarsi della società: Adamo si congiunge ad Eva, nascono i figli, ha origine un popolo (nel cui nucleo originario il primo atto è la sopraffazione del debole ad opera del forte). Ciò che agli uomini viene dato per vivere nella loro punitiva condizione sociale è la *legge*, dote e condizione di chi è comunque in peccato, poiché non è Dio, non è l'Assoluto, ma è un essere limitato da altri uomini con i quali vicendevolmente è costretto a limitarsi, poiché – in potenza o in atto – è destinato a confliggere con loro.

La legge nasce dunque in funzione del peccato. Anzi, è un segno del peccato. È vero che quando Cristo verrà a redimere l'uomo, questi adotterà la legge umana come principio di condotta nel proprio essere nel mondo, ma la sua guida esistenziale resterà la fede. Egli vivrà e condurrà la propria esistenza individuale e collettiva perseguendo e tutelando in sé la presenza di Dio. Quella presenza che sola potrà renderlo partecipe della stessa libertà di Dio: una libertà, cioè, senza i limiti imposti dalla libertà di qualcun altro perché, semplicemente, sarà la libertà

dell'Assoluto. La lettera di San Paolo ai Romani è lo sviluppo di questo tema, presente anche nella lettera ai Galati.

Eppure, proprio San Paolo si sarebbe poi trovato a dover organizzare una qualche forma strutturata e regolata di comunità apostolica: con propri capi, una regola, una disciplina, e la prescrizione di provvedimenti e sanzioni (*Prima lettera ai Corinzi*, V-VII). Da comunione mistica di santi, la Chiesa sarebbe divenuta una definita istituzione giuridica, con gerarchie, leggi e tribunali. Di qui alla riabilitazione della legge mosaica ad opera degli scrittori cristiani e dei Padri della Chiesa, il passo non fu lungo. Né fu difficile mutuare dal pensiero pagano il principio della "legge di natura" quale frutto non della fede ma della ragione, cioè del razionale ordinarsi del mondo fisico. Su questa strada si giunge all'accettazione di leggi positive e di istituzioni giuridiche e politiche. E il formarsi e il consolidarsi di un diritto canonico e di una filosofia tomistica delle leggi avrebbero compiuto e consolidato il tragitto.

Ma la complessità concettuale della genesi della legalità può essere rinvenuta anche in prospettive culturali a noi più vicine nel tempo, che muovono, tuttavia, da ipotesi teoriche ricche di parallelismi con il credo cristiano (e talvolta portatrici di una propria intrinseca religiosità). Si pensi, in particolare, a quelle opere freudiane che hanno partecipato non poco a farci comprendere la psicologia individuale e collettiva. Anche per il padre della psicanalisi alle origini dell'umana convivenza si può immaginare, con Ovidio o con Seneca, una mitica età dell'oro esente da leggi umane: un paradiso che l'uomo avrebbe perduto per il proprio peccato. In opere come *Totem e tabù*, *L'avvenire di un'illusione*, *Il disagio della civiltà*, *Mosè e il monoteismo*, Freud torna e ritorna sull'idea della colpa come scaturigine stessa della società. Questa, infatti, è il frutto del parricidio originario, al quale conseguono le reciproche proibizioni dei figli e il reciproco reprimere, nella legge, delle rispettive pulsioni. E' una repressione ricca, come tale, di umane ed esistenziali sofferenze ma i membri della società se la infliggono e l'accettano come condizione fondativa e ineluttabile dell'esistenza stessa della società. Eppure, anche se si tratta di una repressione consapevole, è pur sempre una repressione onerosa, fonte dell'eterna insoddisfazione umana e dei suoi tormenti psicologici. Per questo, pur accettandola e pur sottoponendosi alle regole dell'umano convivere, l'uomo vi si sottomette patendo, talvolta con rancore, comunque senza amore. È una scelta forzosa che, per usare parole di calco weberiano, origina da un'opzione di *responsabilità* più che di *convinzione*. Ma per Freud non ci sono alternative. «Abbiamo parlato – egli scrive – di ostilità alla civiltà, ostilità generata dalla pressione che la civiltà esercita, dalle rinunce pulsionali che essa richiede. Se, poniamo, le sue proibizioni venissero abolite, potrei scegliere come oggetto sessuale ogni donna che mi piacesse, potrei uccidere senza esitare il mio rivale in amore, o chiunque altro mi sbarrasse il cammino, potrei anche impadronirmi di uno qualsiasi dei beni altrui senza chiedere il permesso;

che bello, che seguito di soddisfazioni sarebbe allora la vita! certo non tarderei a imbartermi nella prima difficoltà. Chiunque altro ha esattamente gli stessi miei desideri e non mi tratterà in modo più riguardoso di come lo avrò trattato io. In fondo, dunque, una sola persona potrebbe divenire illimitatamente felice in seguito all'abolizione delle restrizioni della civiltà: un tiranno, un dittatore, che avesse avvocato a sé tutti gli strumenti del potere; e anch'egli avrebbe tutte le ragioni di desiderare che gli altri osservassero almeno un comandamento della civiltà: "Non uccidere"» [Freud 1971, 155]. Torna, insomma, l'idea di una ineluttabilità del diritto come "figlio della colpa" e come minore dei mali o delle pene che si potrebbero dover spiare in ragione del vivere associato. Ma nelle suggestioni freudiane c'è qualcosa di più e di non meno interessante. Abolire la civiltà per abolire la repressione delle umane pulsioni, significherebbe, continua infatti Freud, ripristinare lo "stato di natura" «... ed esso sarebbe di gran lunga più duro da sopportare. È vero, la natura non esigerebbe da noi alcuna restrizione pulsionale, ci lascerebbe liberi; ma essa ha il suo modo particolarmente efficace di raffrenarci: ci annienta freddamente, crudelmente, in maniera che a noi pare cieca, servendosi, se mai, proprio delle occasioni del nostro soddisfacimento. Proprio a causa di questi pericoli con cui la natura ci minaccia ci siamo uniti e abbiamo creato la civiltà che deve anche, fra l'altro, rendere possibile la vita associata. Il compito principale della civiltà, la sua propria ragion d'essere, è di difenderci contro la natura» [Freud 1971, *ibidem*].

Questa necessità di uscire dallo stato di natura cui Freud dà una rilevanza così netta e definitiva, è in realtà un motivo caratteristico di tutto il pensiero politico e giuridico che sta alle fondamenta più nascoste – ma meno rimuovibili – del principio di legalità. È ad esempio in nome di questa fuga e difesa dallo stato di natura che – tra il Sei e il Settecento – viene spiegato il sorgere delle istituzioni normative e il bisogno – quale che ne sia il fondamento: empirico o razionale, etico o utilitaristico – di abbandonare una situazione in cui l'uomo gode dell'assenza di vincoli giuridici alle proprie pulsioni ma paga questa assoluta libertà con una altrettanto completa mancanza di sicurezza per sé e per il suo destino. E proprio in cambio di questa sicurezza e delle sue garanzie, egli sacrifica il suo libero arbitrio per sottoporlo alla coazione di un'autorità regolatrice. Disponendosi, in una parola, ad accettare meno libertà per vedersela però garantita.

Hobbes, Pufendorf, Locke, Kant e una moltitudine di altri e minori pensatori svolgono pur in modi diversi questo medesimo tema. Lo stesso Rousseau, senza rinnegare la propria nostalgia per l'incontaminata innocenza della natura, vede nel passaggio dalla «libertà naturale» caratterizzata dal «diritto illimitato a ciò che tenta l'uomo» (le freudiane pulsioni) alla «libertà civile» disciplinata dalla volontà generale, il trasformarsi dell'individuo da «animale stupido e limitato» a «essere intelligente e uomo» [Rousseau 1964], visto che proprio «le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio fanno denaturalizzare l'uomo» [Rousseau

1964, 278]. Di qui l'elogio rousseauiano della legge: non più “distruttrice della libertà naturale” [Rousseau 1964, 178], ma fonte della libertà e della giustizia tra gli uomini [Rousseau 1964, III, 245 e III 378]. E di qui, soprattutto, l'eterna ambivalenza con cui l'uomo, nella sua evoluzione sociale e culturale, ha cercato di conciliare – da un lato – il suo bisogno di sicure certezze (l'autodifesa *dalla* “natura”) e dunque la sua accettazione dei freni e delle inibizioni procurategli e impostegli dal vivere sociale e civile; – dall'altro – la sua non meno naturale propensione a ridefinire costantemente i termini e le condizioni della propria libertà e a ripensare, pertanto, i valori e i fini che hanno volta a volta legittimato come “giusta” la delimitazione collettiva della sua autonomia e vincolato la soddisfazione delle sue pretese soggettive – sia come individuo sia in quanto attore e gruppo sociale –. Forse è per questo che – come rilevava Arturo Carlo Jemolo – «le masse non hanno la passione della legalità» mentre hanno sempre avuto «la sete della giustizia» [Jemolo 1957, 35]. Quasi che la legalità la si tolleri come amaro rimedio alle angosce dell'incertezza e del disordine sociale, e la giustizia la si agogni come misura e compenso del quotidiano sacrificio che le regole della vita comunitaria impongono ai nostri desideri. Solo che questa compensazione, per essere credibile e socialmente degna, ha sempre dovuto legittimarsi appellandosi a norme *altre o più alte o più giuste* di quelle che hanno “legalmente” inteso disciplinare la vicenda umana nelle sue esperienze sociali e politiche.

### 3. L'UBI CONSISTAM DELLA LEGALITÀ

Vista in questa chiave, la nozione di legalità sta dunque nel mezzo dell'eterna dialettica di *libertà, autorità e giustizia*. Una sorta di triangolo di ferro in cui la libertà assume e giustifica le delimitazioni che le impone un'autorità sovrana in cambio delle certezze che questa offre al suo esercizio, purché in nome e per i fini di una giustizia che – quale che ne sia la matrice ideale o storicamente egemone – a quell'autorità conferisce principi, ragione e limiti. Al bisogno e alla ricerca di un reciproco equilibrio tra *libertà, autorità e giustizia*, la legalità fornisce un essenziale contributo: la pratica e il rispetto delle “leggi”, cioè gli utensili e le risorse necessarie alle infinite combinazioni dialettiche di quelle tre variabili. È la legalità, insomma, a formare e consolidare i lati che congiungono i vertici di quel triangolo. Ma, proprio per questo motivo, la legalità ne diventa anche una specifica funzione. Vale a dire che essa non può non esprimere, nella varietà delle proprie forme e dei propri istituti, tutto il travaglio con cui libertà, autorità e giustizia si condizionano e connettono tra loro.

E che di travaglio si sia trattato ne fa appunto fede l'intera storia del principio di legalità.

Questa, infatti, ha sempre dovuto convivere con le contaminazioni sincroniche e diacroniche di *ius voluntarium* e di *ius involuntarium*. Ha dovuto registrare ed esprimere, cioè, la costante interazione di istituti e regole di diritto positivo e delle conseguenti tecnologie codicistiche, con istituti e regole di quel «diritto eterno che corre in tempo» ed «uscito coi costumi istessi delle nazioni» di cui parlava Vico [Vico 1910-1916]. Che è quel diritto che possiamo chiamare “naturale” o “razionale” o “comunitario” in quanto figlio comunque di quella “natura profonda” della società che è data dalla storia umana [Fassò 1974], cioè dal lungo andare dei suoi processi storici e culturali, dalle sue carsiche erosioni così come dalle sue repentine catastrofi (e come non chiamare in causa, in proposito, la stessa nozione di *circostanza* elaborata da José Ortega y Gasset [1986, 42]). E principî, valori e norme – antecedenti o tradizionali o pattizi – non dettati dalla *voluntas* del potere sovrano, hanno sempre fatto, come poi ricorderemo, da controcanto dialettico alla normazione di un’ autorità che regolasse e organizzasse la vita della società, dei suoi membri e dei loro rapporti.

#### 4. LEGALITÀ E STATO DI DIRITTO

Sono queste le intrinseche e ineliminabili ragioni che rendono comunque complessa la nozione di legalità. È vero, tuttavia, che il senso comune della nostra cultura politica parrebbe fornirci definizioni sufficientemente rassicuranti del principio di legalità. Secondo la sua banalizzazione più elementare, la legalità consisterebbe nella *conformità alle leggi di un ordinamento giuridico espressamente sancite* da specifiche autorità che, secondo regole e in forme prestabilite, disciplinano funzioni, pretese ed attività individuali e collettive, determinando e tutelando la “legalità” in opposizione all’ “illegalità”, ciò che è “legale” a ciò che è “illegale”. Ma lo stesso senso comune riesce ad essere anche un po’ meno metallico e semplicistico quando identifica nella *legalità* «la presenza di principî predefiniti e comunemente accettati e di procedure decisionali per la produzione e l’ applicazione di norme altrettanto predefinite» [Raiteri 1995]. Così come intendiamo con *illegalità* il manifestarsi di comportamenti devianti rispetto alle regole, il distanziarsi dalla testualità delle norme, fino a ricomprendervi le manifestazioni antiche e moderne di autotutela privata o comunitaria rispetto alle ingerenze del potere pubblico [Raiteri 1995; Rebuffa 1993, 97-104].

In effetti, questa propensione-obbligazione a conformarsi al comando della legge ad opera dei membri di una comunità e la diffusa aspettativa che anche le autorità che la governano e amministrano facciano altrettanto, vengono fatte risalire, nella *vulgata* più presente o implicita allo stesso senso comune testé evocato, alla genesi dello stato contemporaneo, *alias* lo “Stato di diritto”. È lo stato

di diritto a qualificare ideologicamente il principio di legalità poiché è attraverso lo stato di diritto che la legalità viene intesa come la rispondenza del funzionamento del sistema politico-istituzionale ad un dato e specifico «regime» [Levi 1970, 11; Duverger 1966, 111; Stoppino 1968, 203] costitutivo che postula che a «governare siano le leggi e non gli uomini», e che il potere pubblico venga esercitato in base a leggi generali, stabili e certe. Leggi atte, cioè, ad assicurare la massima e più ragionevole prevedibilità delle conseguenze che le scelte di ogni membro della comunità potranno comportare a suo danno o a suo vantaggio nelle relazioni con l'autorità e con i suoi consimili.

È evidentemente questo il significato più semplice e immediato che al termine “legalità” viene conferito, per l'appunto, dai teorici dello “Stato legislativo” o “Stato legale”. Emblematica resta in proposito la formulazione di Carl Schmitt. Per lui «uno Stato legislativo è un sistema statale governato da norme, di contenuto misurabile e determinabile, impersonali e perciò generali, prestabilite e perciò pensate per durare: un sistema in cui legge e applicazione della legge, legislatore e organi esecutivi sono separati fra loro. In esso ‘governano le leggi’, non uomini, autorità o magistrature; più esattamente ancora, le leggi non governano, esse si limitano ad avere valore di norme (...) il significato ultimo e più proprio del fondamentale ‘principio di legalità’ (*Gesetzmassigkeit*) di tutta la vita statale consiste nel fatto che alla fine non si governa o comanda più, poiché vengono fatte valere soltanto norme impersonalmente vigenti» [Schmitt 1987, 148].

Ma la generalità e l'astrattezza del comando legislativo sono anche il volto della legalità che vuole coniugare il massimo di libertà per le opzioni individuali con il massimo di *razionalità* dell'attore soggettivo; cioè con la piena capacità di conoscere con sicurezza i “costi” e i “benefici” che quelle scelte presuppongono. Sta qui, si potrebbe aggiungere, il nocciolo dell'affinità concettuale tra diritto e ragione che la legalità vuole sussumere in sé. La ragione, infatti, adempie fra gli uomini, sul piano della conoscenza, la stessa funzione che compete al diritto sul piano dell'azione: sempre si tratta, comunque, di definire relazioni certe e sufficientemente prevedibili tra fattori ed elementi diversi e altrimenti dispersi della realtà. Il fatto che si tratti di definizioni astratte in quanto attinenti a rapporti che hanno rilevanza e significato generali, non ne attenua il valore. Al contrario, è proprio una simile astrattezza che conferisce a quelle formulazioni una validità costante nel tempo ed efficace come punto di riferimento per tutti. In questo senso diritto e ragione sono destinati ad intrecciarsi normalmente nel principio di legalità e a sviluppare in essa le proprie reciproche ed elettive affinità descrittive e prescrittive. Non è un caso – sottolineava anni or sono Guido Fassò – che «... fino ad almeno tutto il Settecento, si usasse chiamare il diritto “ragione”. Può darsi che sia stato per caso, e che sia ugualmente per caso che si dice “avere ragione” per “esser nel giusto” nei riguardi di altri, “far valere le proprie ragioni” per “far valere i propri diritti”, o che si contrapponga la ragione al torto, il quale

è a sua volta, in ogni senso, contrapposto al diritto. Però ho sempre avvertito in questa coincidenza linguistica un significato profondo. Anche se l'uso di *ratio* per *ius* fosse stato dovuto all'ignoranza di legislatori barbarici che avessero adottato il termine per la sua vaga omofonia con *Recht*, la fortuna di tale termine in questo significato anche nei paesi di lingua romanza non può non esser dovuta al più o meno consapevole convincimento di un'affinità tra diritto e ragione» [Fassò 1973, 698]. E lo stesso Autore ci ricorda che «La scienza, opera della ragione, consta di determinazioni generali dei rapporti fra i dati, altrimenti sparsi, dell'esperienza, che permettono la previsione del modo di verificarsi dei fenomeni. È conoscenza astratta, in realtà non *vera*, perché vera è solo la conoscenza del fenomeno singolo nella sua irripetibile concretezza: ce lo hanno predicato a sazietà gli idealisti; ma è il solo mezzo che ci consente di orientarci tra gli oggetti della nostra esperienza, e di forgiare regole per la nostra azione riguardo ad essi. Nello stesso modo non è "vero" – cioè *giusto* – il diritto, il quale mai può contemplare il caso concreto nella sua individualità (ed anche questo gli idealisti e prima di loro Aristotele e non pochi altri ce lo hanno insegnato – ... –); ma proprio per questo suo difetto, cioè per la sua astrattezza, esso permette la previsione del modo in cui la società risponderà all'azione dei vari suoi componenti. (...) Tutto ciò per uno scopo eticamente, forse non apprezzabile: per conseguire, nei limiti del possibile, sicurezza per il nostro operare» [Fassò, *loco. ult. cit.*].

La fede nella ragione, oppure la identificazione tra legge e volontà generale o tra legge e volontà del popolo, oppure anche la fiducia nel sistema della separazione dei poteri e degli equilibri costituzionali come garanzia contro l'arbitrio del potere assoluto, sono la molteplicità di presupposti e di significati della locuzione "Stato di diritto" e delle altrettanto numerose formulazioni definitorie che lo hanno storicamente accompagnato. Vi è chi, come Giovanni Sartori, ha anzi voluto vedere una vera *diaspora* di tale nozione sulla scia della concettualizzazione del Möhl [Sartori 1964, 312]. Grozio, il giusnaturalismo illuministico, le origini della dottrina kantiana, Rousseau, la Rivoluzione francese, il liberalismo, il *rule of law*, ... tutti sarebbero formanti storici del concetto di Stato di diritto; per lo meno, tutti vi avrebbero recato un contributo costitutivo. Il risultato è una costruzione composita e dai molteplici sembianti storici e ideologici, che rendono ardua una definizione unitaria, univoca e precisa. Forse ha ragione il Fassò quando rimarca che parlando di "Stato di diritto" ci si riferisce comunemente allo «Stato limitato dal diritto, in cui il potere si esercita entro prestabilite forme giuridiche, donde discendono per il cittadino, del pari prestabiliti e certi, garanzie giuridiche e diritti soggettivi che gli assicurano una precisa sfera di libertà nei confronti dello Stato. Ciò contrappone lo Stato di diritto essenzialmente e prima che a qualsiasi altra concezione dello Stato, allo Stato assoluto»; o quando rimarca che «lo Stato di diritto nel senso originario del termine è lo Stato che si *autolimita* giuridicamente, e che si autolimita in ragione di una



finalità garantistica» [Fassò 1973, 22]. Altri autori sottolineano ancora che «lo Stato di diritto appare ora, nel suo minimo contenuto ideale, come Stato che garantisce la certezza dei rapporti tra *autorità* e *libertà*, cioè la loro forma, e ora come quello che garantisce invece la giustizia di questi rapporti, cioè un determinato contenuto ideale che si associa, appunto, alla garanzia di un'ampia sfera di libertà per l'individuo e per i gruppi» [Baratta 1970, 522]. E si potrebbe continuare con altre numerosissime elencazioni definitorie. Tutte, però, con un denominatore minimo comune: la legalità dello Stato di diritto non va intesa semplicemente come conformità alla legge di un ordinamento giuridico qualsiasi, bensì come rispondenza alle norme di un ordinamento caratterizzato da determinati requisiti giuridico-formali atti a limitare l'arbitrio del potere statale e a garantire una sfera di libertà individuale fondata sulla prevedibilità normativa, per il proprio agire personale, dell'azione arbitrale e sanzionatoria del potere pubblico.

Il legame tra questa concezione dello Stato e del potere statale e l'ideologia liberale è storicamente pacifico. Ad esempio, nella classica formulazione giuridico-amministrativistica di Otto Mayer [Mayer 1895, 64 ss.], l'idea del *Rechtsstaat* «è caratterizzata dalla legge come atto deliberato da un Parlamento rappresentativo ed è specificata attraverso: a) la supremazia della legge sull'amministrazione; b) la subordinazione alla legge, e solo alla legge, dei diritti dei cittadini, con esclusione quindi di poteri autonomi dell'amministrazione capaci di incidere su di essi; c) la presenza di giudici indipendenti, competenti in via esclusiva ad applicare la legge e solo la legge alle controversie tra cittadini e cittadini e amministrazione dello Stato» [Zagrebelsky 1992, 23]. Così, lo Stato di diritto viene a riassumere in sé il nesso tra legalità, rappresentanza politica elettiva, diritti dei cittadini e separazione dei poteri: in funzione, primaria, della garanzia dei cittadini contro l'arbitrio del potere pubblico. Ed è l'affermazione che la legalità deve servire all'equilibrio reciproco tra principio di autorità e principio di libertà poiché «lo Stato *liberale* di diritto è il condizionamento dell'autorità dello Stato alla libertà della società» [Zagrebelsky 1992, 24].

Altrettanto pacifici sono anche i corsi e ricorsi della critica al “formalismo” della cultura giuridica più legata allo Stato di diritto. Critica che sostiene che la legalità non si preoccuperebbe delle disuguaglianze effettive e concrete tra gli uomini, i gruppi sociali ed il trattamento che loro riserva il diritto dello Stato. Mentre la preminenza della forma “positivamente” giuridica dello Stato – lungi da qualunque postulato di obiettiva verità e giustizia – risponderebbe a valori specifici, propri dell'ideologia liberale e dunque privi di quella legittimità “universalistica” quale invece presupporrebbero molti suoi fautori. Dunque, altri tipi di ordinamento politico e sociale potrebbero altrettanto legittimamente contrapporsi.

È una critica che ha corpose matrici culturali e ideologiche a sua volta: da quella cattolica a quella marxista, se ci si limita ai postulati dottrinarî più evi-

denti ed elementari. Ma ciò che per noi rileva è che essa chiama direttamente in causa proprio il principio della legalità: che viene posto in discussione in quanto fonte della *legittimità* del potere dello Stato. Si critica, cioè, la pretesa che la legalità fondi e alimenti, di per sé, il riconoscimento da parte di una determinata comunità territoriale che il potere sovrano che la regola e la governa è legittimo; quasi che l'essere "legali" renda giusti e condivisi i fini che si propone di realizzare insieme all'ordinamento sociale e all'assetto istituzionale che intende darsi e tutelare.

È in realtà un rovello molto antico e irrisolto perché coincide con la stessa eredità di cui lo Stato di diritto è, suo malgrado, portatore. Una concezione dello Stato e del suo principio di legittimazione incentrati sulla legalità non nasce né si esaurisce, infatti, nella vicenda storica e dottrina del *Rechtsstaat* elaborato dalla cultura giuridica tedesca dell'Ottocento e dalla costruzione weberiana dello potere legale-razionale. Né è solo ancorata a determinate premesse filosofiche o a particolari presupposti economico-sociali storicamente datati. La sua essenza risale, invece, alle radici del pensiero filosofico-politico occidentale. Variamente elaborata fin dall'antichità (da Aristotele fino a Marsilio da Padova, a Nicola Cusano ed oltre) la legalità è la concezione nella quale si privilegiano e si pone in peculiare pregio la sovranità della legge quale "intelligenza senza passioni", quale principio di razionalità che si contrappone alla sovranità della capricciosa volontà di un principe. Basti ricordare le parole di Locke che ammoniva che «la libertà degli uomini sotto un governo consiste nell'aver una regola ferma secondo cui vivere, comune a ciascun membro di quella società ed emanata dal potere legislativo in essa costituito; una libertà di seguire la mia volontà in ogni cosa quando la legge non lo proibisca, e di non essere sottoposto all'incostante, incerto, ignoto, arbitrario volere di un'altra persona» [Locke 1948, 22]. Che è quanto dire uno Stato che, anche quando riconosca soltanto le norme che ha esso stesso emanate, si sottomette a tali norme e accetta di esserne limitato, così che ne consegua per il cittadino la garanzia di una ben determinata sfera di libertà. Dunque, per l'appunto, uno "Stato di diritto". Il suo principio ispiratore, pertanto, non è solo un determinato insieme di valori etici ma anche e soprattutto una precisa esigenza empirica: la conservazione il più possibile ordinata e pacifica del gruppo sociale costitutivo. A tale fine la stessa libertà non viene concepita come un determinato valore in sé ma come strumento utile alla conservazione pacifica e ordinata della società. Di quella libertà viene garantita una più o meno ampia sfera agli individui mediante norme *certe* che escludono, nell'ambito da esse contemplato, l'arbitrio del potere sovrano. Si è anzi osservato che «... se di un valore, a proposito dello Stato di diritto, si può parlare, esso è questo della certezza del diritto: valore empirico senza dubbio, e così imperfetto che v'è chi, come è noto, ha visto nell'attaccamento ad esso un residuo di un atteggiamento infantile, e così imperfettamente attuato ed attuabile che molti lo ritengono pressoché un

vuoto nome a cui una realtà effettiva non corrisponde e non può corrispondere» [Fassò 1963, 85]. Eppure – valore o pseudo-valore che possa apparire – quello della certezza del comando di una legge “positiva” e di conseguenti perimetrazioni sicure che essa imponga all’autonomia delle scelte dell’individuo come definizione e garanzia della sua libertà, è bisogno ben radicato nella psicologia individuale e collettiva, e antico quanto il mondo. E lo Stato di diritto, nel momento in cui assume la legalità come categoria portante della propria affermazione dottrinarie e storica, non fa altro che rendersi erede di questo bisogno, subordinando al perenne divenire delle logiche e dei fenomeni in cui esso si è espresso, la propria legittimità politica e sostanziale.

Ma se la certezza della propria normazione “positivamente” valida è il fondamento di quella intrinseca razionalità dello Stato di diritto su cui fondano i suoi classici assertori la pretesa della sua “modernità” e “superiorità” culturale rispetto ad altre e più antiche configurazioni del potere sovrano, in questo stesso fattore di razionalità si annida anche la debolezza e la fragilità della legalità come principio di legittimità.

Il fatto è che l’espressione “Stato di diritto” è nata dal giusnaturalismo e dal kantismo e ciò che essa designava non era lo Stato di diritto come Stato di mera legalità. Era invece uno Stato di diritto inteso come Stato di giustizia. Cioè «uno Stato rispondente ad un ideale etico; di “diritto” sì, ma di diritto razionale assoluto; uno Stato non tanto limitato o autolimitato dal diritto positivo, quanto riconoscente e realizzante un coordinamento razionale fra gli individui secondo una norma universale, assoluta, di coesistenza fra essi» [Fassò 1973, 16]. In una parola, lo Stato di diritto affermatosi nella cultura liberale ha smarrito la matrice dello Stato kantiano di ragione e ha conservato, invece, quella dello Stato *servus* delle sue proprie leggi e il principio per il quale *legum servi sumus ut liberi esse possimus*. Insomma, quando parliamo dello Stato liberale di diritto, ci riferiamo ad uno Stato il cui diritto ha il solo “valore” della certezza e della libertà conseguente alle sicure, stabili e prevedibili prescrizioni della norma giuridica positivamente posta o riconosciuta come vigente. Non anche il valore della *giustizia*. Non è – cioè – uno *Stato di legittimità* ma soltanto di *legalità*. Non persegue un modello di Stato eticamente predefinito, corrispondente nella sua struttura e nelle sue funzioni ad un ideale di perfezione morale, ma soltanto il modello di convivenza più razionale tra i cittadini.

Eppure, questa cesura dello Stato di diritto con le sue ascendenze nel diritto naturale, non ha mai raggiunto una completa e definitiva nettezza. E questo perché proprio lo Stato di diritto dell’ideologia liberale ha preteso (e pretende) di tradurre la legalità in un principio di razionalità, conferendole una specifica valenza etica quale valore in sé. Mentre, ad un tempo, il principio di legalità, quale principio di *razionalità* nei rapporti tra cittadino e potere pubblico, e tra cittadino e cittadino, pone e ripropone storicamente l’interrogativo sulla natura,

sulla fonte e sulla misura di quella medesima razionalità, al quale interrogativo il “diritto positivo” (anziché eliderlo “kelsenianamente” in radice) [Kelsen 1943; 1946; 1952, 46 ss.] non è in grado di dare autonome e autosufficienti risposte.

## 5. LA LEGALITÀ TRA *RATIO* E *VOLUNTAS*

In effetti, nella storia profonda dei regimi politici che stanno alle spalle degli ordinamenti dell'Europa moderna, la legge è *voluntas* e *ratio* insieme. Anzi, è *ratio* prima ancora che *voluntas*. Dappertutto la legge ha visto affermata la propria supremazia a condizione di conformare il proprio contenuto ad un modello di giustizia antecedente e superiore alla legge positiva e posto a fondamento della stessa legge positiva.

Se è sovrana la legge e non l'arbitrio di chi detiene il potere, lo Stato di legalità si propone *anche* come *Stato di ragione*. Infatti, il potere e le funzioni regolative dello Stato di diritto non traggono forza e giustificazione dalla sovrana “volitività” delle sue statuizioni: «... ciò a cui lo Stato di diritto si pone come antitesi è quello Stato che potremmo dire “di volontà”, lo Stato in cui la legge non ha una sua validità intrinseca ed oggettiva, sia pure empiricamente fondata, ma ripete la sua validità, e il suo valore insieme, unicamente dalla volontà del sovrano, chiunque questo sia: Dio ed i suoi rappresentanti politici, come nelle teocrazie o nelle monarchie di diritto divino, il popolo e chi da esso si presume delegato, per patto di soggezione o per altri più raffinati motivi dialettici, a rappresentarlo, lo Spirito, la razza o la classe eletta e gli individui che concretamente rappresentano tali problematiche entità. Soggetti tutti di cui è legge la volontà, che si presume, con presunzione assoluta, infallibile e quindi giusta, ma che in realtà è, od almeno può essere, capricciosa e arbitraria, e che comunque non si assoggetta al limite ed al controllo della ragione: di una ragione, qual è quella oggettivata nel diritto, che non sia imperscrutabilmente immanente ad essa e con essa identificata» [Fassò 1973, 23].

Di qui la costante tensione e la contraddizione sempre virtuale cui sarebbe stato sottoposto il principio di legalità; sempre conteso tra le due anime che lo avrebbero agitato: la *ratio* intrinseca al dettato normativo e la *voluntas* del potere sovrano che di quella razionalità dovrebbe essere espressione e tutore a un tempo.

D'altra parte, almeno fino a tutto il XVII secolo, e per una buona parte del XVIII, il pensiero politico non aveva dubitato del forzoso convivere di questi due volti della sovranità e del loro intimo e indissolubile legame. È vero che Hobbes aveva affermato che la legge è ed altro non può essere se non un comando, consistente come tale nella asserzione o manifestazione della volontà di colui che comanda. Ma sarebbe stata comunque la definizione tomistica della legge a domi-

nare: la legge è un'ordinazione della ragione al bene comune, promulgata da colui che ha il governo della comunità. Per cui, anche se Hobbes riteneva che nessuna legge positiva avrebbe potuto limitare la volontà del sovrano, né avrebbe potuto opporvisi l'azione dei giudici quali depositari di quella stessa legge, è l'opinione contraria che sarebbe risultata dominante. Basta rammentare quanto si asseriva – già nel XIII secolo – nel *De legibus et consuetudinibus Angliae* di Bracton [Woodbine 1922], ove il re non è *sub homine* ma non può non essere, a un tempo, anche *sub Deo et sub lege*, visto che *lex facit regem* e non viceversa. Altrettanto notorio è quanto asseriscono gli *Institutes of the Laws of England* di Edward Coke (1628), per i quali «nessuno (ad opera della propria ragione privata) deve essere più saggio della legge, la quale è perfezione della ragione» [McIlwain 1947]. E anche al di fuori della tradizione inglese, Bodin può scrivere che il sovrano è sì «esente dalle leggi dei suoi predecessori» né è «obbligato ad osservare le leggi e le ordinazioni fatte da lui medesimo» ma non per questo il sovrano può sottrarsi «alle leggi naturali e divine» e derogare «a quelle leggi che riguardano la struttura stessa del regno ed il suo assetto fondamentale» (1576) [Bodin 1964]. Così, ancora, Charles Loyseau può insistere che «ci sono tre tipi di leggi che limitano la potenza del sovrano»: «le leggi di Dio», «le regole di giustizia naturali e non positive e le leggi fondamentali dello Stato» (1609). Le stesse affermazioni le troviamo in un classico come Pufendorf, il quale ribadisce che tra le «promesse» che all'atto dell'investitura «limitano l'autorità del sovrano» v'è il preciso impegno di governare osservando «le prescritte regole che si chiamano leggi fondamentali dello Stato» (*De jure naturae et gentium*, 1672 e 1681). Per altro, stanno a testimoniare i cerimoniali di investitura di tutta Europa, poiché queste «leggi fondamentali» altro non sono che quelle *Lois fondamentales du Royaume*, che codificano il primitivo contratto feudale tra il principe e i ceti e dunque la difesa di franchigie e di privilegi, che ancora Luigi XIV nel 1717 quanto Luigi XV nel 1770, entrambi con formula analoga, dovranno rassegnarsi a riconoscere nell'*heureuse impuissance de changer*.

## 6. LA LEGALITÀ COME “VOLONTÀ POPOLARE”

Ma, allorché a fondamento della legge e della sua legittimità si pone il concorso della rappresentanza popolare, per cui solo quanto si decide con il concorso della rappresentanza popolare assume la forza e il valore della legge, questa perde il primo dei suoi intrinseci connotati fondativi. La legge diventa ed è legge in virtù della fonte da cui promana; in quanto *voluntas*, a prescindere dal suo contenuto materiale, dunque dal valore e dal grado di razionalità che si prefigge. A prescindere, in una parola, dalla sua *ratio* intrinseca. Legge, insomma,

poiché emanata dai rappresentanti del popolo riuniti in assemblea sovrana. E *giusta*, pertanto, in ragione unicamente della sua validità rappresentativa. In questa sua nuova razionalità, che attiene alla titolarità e alle forme della sua emanazione e non più alle sue determinazioni sostantive, si afferma e realizza quel postulato etico della sovranità popolare che lo stato rappresentativo rivendica come precipua fonte di legittimità sua propria e di ogni sua propria statuizione normativa.

Così, il monarca poteva ben entrare in conflitto con la volontà del popolo e dei suoi ceti, visto che – in misura e modalità diverse – il monarca assoluto una qualche obbligazione con essi pur la stringeva e che comunque *legibus solutus* in realtà non riuscì mai ad esserlo. Ma il popolo, “una volta divenuto sovrano”, sarebbe stato quanto meno contraddittorio che si obbligasse ... con sé medesimo [de Jouvenel 1955]. In questa prospettiva diventa niente affatto paradossale il raffronto tra Hobbes e Weber: le loro teorie sussumono nella validità della legge la sua intrinseca giustizia. Solo che in Max Weber e nella sua teoria del *potere legale* si presuppone lo stato rappresentativo. Ma, ciò nonostante, «... solo impropriamente [quella weberiana] può essere definita una teoria del potere nello stato moderno. L'affermazione che un potere può essere legittimo ed esigere l'obbedienza per il solo fatto di essere legale, cioè “in virtù della legalità formale delle sue prescrizioni”, è in effetti insostenibile ove si ammetta un qualunque concetto razionale della legge per il quale è il contenuto materiale della legge a discriminare ciò che è legge da ciò che non lo è» [Borlandi 1979, 527]. È proprio lo stato rappresentativo, insomma, a perseguire con definitiva determinazione questa espulsione dal concetto di legge di ogni riferimento alla ragione e alla giustizia. Difficile contestare quanto Carl Schmitt, in *Legalität und Legitimität* (nel saggio in appendice alla seconda edizione del 1958) scriveva in proposito: «se il concetto di legge viene spogliato di ogni riferimento contenutistico alla ragione e alla giustizia e contemporaneamente viene mantenuto lo Stato legislativo [cioè lo Stato legislativo-parlamentare come Schmitt chiama lo Stato rappresentativo] con il suo concetto specifico di legalità che concentra nella legge tutta l'altezza e la dignità dello Stato, ogni disposizione di qualsiasi tipo, ogni comando e ogni provvedimento possono diventare legali».

Se così stanno le cose, è facile spiegare come, dopo la rivoluzione del 1789, il principio di legalità abbia dimostrato una capacità di propagazione che ha superato ogni discriminazione politico-istituzionale, rivelando, ad un tempo, una “fungibilità” storica e culturale in grado di resistere alle più ardue prove. Le barriere che fino ad ieri hanno diviso il capitalismo “occidentale” dal socialismo “reale” non sono state d'ostacolo alla sua pervasiva diffusione presso qualsivoglia tipo di regime e a sostegno di qualunque postulato ideologico. Le democrazie liberali del XX secolo ne sono state sia difese quanto affossate. Le “democrazie popolari” che fino alla caduta del muro di Berlino se ne sono avvalse affiancando alla

legalità l'aggettivo *socialista*, sono poi state travolte anche e proprio nel nome di una legalità, per l'appunto, senza aggettivi. Insomma, se da un lato è agevole osservare come la legalità sia stata evocata anche dalle rivoluzioni che più hanno aggredito la storia dello stato di diritto (da Lenin al Lukács della *Storia e coscienza di classe* che deplora il «romanticismo dell'illegalità»), dall'altro, si può vedere come proprio il «ripristino» della legalità abbia fornito legittimazione alle strategie degli uomini e delle forze della «reazione». Mentre è innegabile che la stessa «difesa della legalità» abbia potuto riassumere in sé la «normale amministrazione» dei governi moderati e abbia fornito l'attracco legittimante ai governi riformisti. Solo l'illegalità appare messa al bando: sempre, comunque e dovunque. Forse aveva davvero ragione chi lamentava che la legalità «... tutto ammantata»; e che, alla fin fine, «ammantata troppe cose» [Borlandi 1979, 525]. Né il caso di rammentare la celebre glossa di Carl Schmitt alla deposizione da lui resa al tribunale di Norimberga il 13 maggio 1947 (*Das Problem der Legalität*, 1950) ... con la legalità che da «ambasciatrice della divinità della ragione» diventa «parola d'ordine di un gangster».

## 7. LEGALITÀ E REGOLAZIONE SOCIALE

Se sono un dato di fatto la estrema flessibilità del principio di legalità e la valenza quasi metastorica che esso ne trae, è anche vero che questa sua grande fungibilità politico-istituzionale ha eroso la capacità dello Stato di diritto di trovare nella legalità l'autonoma e compiuta fonte della sua *razionalità*. Nel lungo andare, gli aggettivi che han voluto designare le trasformazioni dello Stato di diritto (... *democratico, autoritario, corporativo, pluriclasse, socialista, di partito, del benessere*) han finito per consumare la capacità esplicativa, predittiva e legittimante del principio di legalità. La sua *lectio* giuspositivista, con il suo ancoraggio concettuale alla *voluntas* del potere sovrano, ha reso il suo costante bisogno di ulteriori e integrative *razionalità*.

L'avvento dello Stato sociale «e/o» di mercato, il diffondersi della democrazia di massa e dei suoi processi decisionali e negoziali, il dissolversi progressivo della sovranità statale nello sviluppo degli assetti e degli ordinamenti infra e sovranazionali, hanno imposto al principio di legalità di misurarsi con fattori, energie, contesti sociali ed economici di incommensurabile distanza dalla cornice e dai presupposti idealtipici dello Stato di diritto e della «sua» legalità. Nessun legame di parentela ci lega, ormai, ai semplici e statici assetti della società che hanno accompagnato la genesi e il consolidamento degli stati di diritto e della loro cultura liberale ottocentesca. E nella complessità dei sistemi politico-amministrativi dell'età contemporanea e delle loro funzioni di governo e di con-

trollo, risulta in completa desuetudine qualunque pretesa giuspositivistica di racchiudere ed esaurire il fabbisogno di legittimazione dell'autorità statale e dell'obbligazione pubblica e privata su cui essa si fonda, nella sola razionalità formale e tecnologica del comando giuridico e nel suo eterno ancoraggio alla *voluntas* sovrana di hobbesiana memoria.

Nell'osmosi costante e capillare tra Stato e società, fra Stato e mercato, fra mercato e società [Predieri 1995, III; 1994, 227] che si è sostituita alla piramidale "centralità" della sovranità dello Stato e dei suoi poteri, il principio di legalità, nonostante il suo colossale retaggio di *scientia* e di *prudentia juris*, rischia un vischioso ma inarrestabile degrado verso un ruolo residuale – o non più che integrativo – tra altre logiche e altre modalità di regolazione dell'ordine sociale e politico. La legalità – nel suo formato giuspositivo – non riesce a contenere e a trattare in sé il complesso intreccio di funzioni arbitrali, distributive e compensative nelle quali vanno disaggregandosi (... quando non disgregandosi) l'autorità statale e la sua legittimazione. O meglio, ... può tentarvisi solo se il principio di legalità sa esprimere la compiuta consapevolezza della sua mutevole matrice "sociocentrica". Se, anziché rimuoverle, si confronta con le multiverse matrici etiche dei valori e dei principi che – prima del diritto ed oltre le sue determinazioni normative – si agitano e si susseguono entro la cornice della legalità e ai margini di essa. Se, in altre parole, il principio di legalità accetta di percepirsi e di operare come *un* principio di *regolazione sociale* prima che del diritto. O meglio, come principio del diritto in quanto riesca ad essere un principio di regolazione sociale.

Infatti, regolazione *sociale* significa attitudine e propensione a intermediare la molteplicità dei fini, dei valori, degli interessi, dei poteri e dei conflitti – individuali e collettivi, pubblici e privati, territoriali e categoriali, economici e culturali, nazionali e sovranazionali – che danno vita alla complessità della società e del sistema politico-amministrativo della *pòlis* contemporanea. E da questo punto di vista, la legalità può agire e può venire utilizzata come *una* delle possibili risorse con cui perseguire, senza aprioristiche pretese di sussumerlo in sé, il coordinamento delle attività umane e dei rapporti fra gli individui, gli attori sociali e le autorità istituzionali, allocando le risorse che a quelle attività sono necessarie e strutturando (cioè prevenendo e componendo) le contrapposizioni, reali o potenziali, che vi si connettono [Lange e Regini 1987, 13]. Ma la legalità è davvero una modalità di regolazione capace di *adattarsi* allo scopo? Che è quanto chiedersi: "quanto" e "quale" diritto è bene impiegare in una simile impresa? Quanto e quale diritto evitare o surrogare mediante altre modalità regolatorie?

Che si tratti di un vero dilemma, non v'è dubbio.

Basti pensare alla persistente difficoltà che incontra la *legge* nel regolare le società complesse dei nostri tempi. E al costante affanno con cui il legislatore



insegue la domanda di forme di riconoscimento e intermediazione degli interessi sempre nuove. Così come alla inadeguatezza “tecnologica” delle risposte che la legge può dare: sempre carenti per insufficiente generalità o insufficiente particolarità; sempre datate per il loro insopprimibile legame con le circostanze storiche che le hanno promosse; sempre “subottimali” per la loro gestazione compromissoria rispetto agli obiettivi dichiarati; e sempre in difetto della flessibilità normativa necessaria a garantirne una qualche durata nel tempo e nello spazio. È vero che, se queste qualità difettano nel legislatore, possiamo pur rinvenirle in quella funzione regolatoria che – con la “legge” – condivide la “padronanza” del diritto, cioè la giurisprudenza delle magistrature dello Stato. La intrinseca e puntuale concretezza delle pronunzie giurisdizionali sono in grado, infatti, di aderire con più peculiare immediatezza alla natura “riflessiva” della società contemporanea e all’orizzontalità delle sue interazioni interne. E possono, per converso, evitare le fallacie codicistiche di qualunque “grande legislatore” abbia tentato imporvi la propria pregiudiziale primazia normativa.

Ma sappiamo anche, tuttavia, che lo stesso ruolo del giudice nella regolazione sociale ed anzi la sua stessa efficacia, dipendono dalla flessibilità con cui il magistrato interpreta un caposaldo del principio di legalità e dello Stato di diritto, cioè la «subordinazione del giudice alla legge». Se infatti la legge ha i problemi cui abbiamo appena alluso nella regolazione sociale, dovremmo chiederci: il giudice a quale legalità deve “subordinarsi”? E perché il giudice è custode di una legalità che è sì quella della Stato-legislatore (ordinario o costituzionale che sia) ma è anche e sempre “altra” rispetto a quella del legislatore?

Perché – si può rispondere – è il giudice che viene chiamato a farsi interprete e attuatore dei diritti individuali e collettivi che lo Stato di diritto prima e le moderne costituzioni democratiche poi, hanno ereditato e traslato dall’evolversi societario del diritto “naturale”. È il giudice, in prima persona, a “illuminare” la realtà mediante i principî sanciti o rinvenibili nel dettato costituzionale e/o nella tradizione o nell’evoluzione culturale di una società e a conferire al “caso” da dirimere il valore di proprie intrinseche qualità giuridiche, non limitandosi a considerarlo «materia inerte, oggetto meramente passivo dell’applicazione di regole, fattispecie concreta da inquadrare nella fattispecie astratta prevista dalla regola – come ragiona il positivismo giuridico –» [Zagrebelsky 1992, 160]. Ed è al giudice che compete farlo, si deve aggiungere, in sintonia e in correlazione – se storicamente possibile – con la *voluntas* del legislatore ove questa di quei principî si faccia interprete e tutrice, ma anche, se del caso, in conflitto con essa, qualora il legislatore intenda sovrapporre la propria legittimità rappresentativa e democratica al valore intrinseco del patrimonio etico che una costituzione difenda, auspichi o non contesti.

È lungo questa via che il giudice adotta e interpreta la legalità ai fini del suo costante arbitrato tra libertà e giustizia, e in funzione di quell’osmosi permanente

tra Stato e società, fra Stato e mercato, fra mercato e società di cui la giurisprudenza è un filtro normale. Soprattutto, è lungo questa via, che il giudice si trova a concorrere – talvolta a competere – col potere sovrano e con la sua legittimazione, nella ricerca di un punto di equilibrio tra le “politiche” della legge, le attese sociali e le pretese della persona e del cittadino che nella rappresentanza politica non si ritengano recepite pur vantando storicamente o socialmente una propria autonoma legittimità. È nelle mani del giudice, insomma, che la legalità può diventare un precipuo strumento di regolazione sociale. È nelle sue mani che la legalità dispiega le sue ambivalenze ma anche le sue virtualità.

## 8. LEGALITÀ COME GIURISDIZIONE

Vi è chi, in proposito, ritiene che «... tutti i sistemi politici moderni devono [...] la propria coesione ad una divisione del lavoro tra la magistratura, lo stato e la società politica ed alla loro comune azione di contenimento o di “filtraggio” delle spinte al cambiamento che provengono dalla società civile» [Borlandi 1979, 538]. Alla base di questo assunto c'è una constatazione che sfiora la banalità. Tutti i giorni e in tutti i regimi si può infatti osservare come l'interpretazione della legge e del suo significato – cioè la funzione primaria del giudice -, sia compiuta ad opera del magistrato ponendo a confronto la *voluntas* del potere sovrano con la specifica *ratio* del caso da dirimere. La ricerca e la ponderazione giudiziaria del *significato* della specifica questione da risolvere avviene sulla base di norme, di valori e di principi di “ragionevolezza” del diritto che possono far ritenere, agli occhi di quel singolo giudice, le prescrizioni legislative da applicare più o meno consone al *sensu* e al valore più profondi che egli attribuisce al singolo caso; e più o meno utili e pertinenti all'interpretazione del conflitto tra ruoli, pretese e asimmetrie di posizioni e risorse sociali che il caso stesso sottende e che il giudice, a differenza dell'attore politico, deve – se non dirimere – almeno affrontare.

Proprio questa valenza complessa e multiversa dell'azione interpretativa rende capace la funzione giurisdizionale di integrare o, secondo le circostanze, di sostituire la rappresentazione di diritti e interessi che ha o dovrebbe aver luogo in “arene” propriamente politiche e amministrative. E può, in vece di queste ultime, conferire riconoscimento pubblicistico e politica identità a diritti o interessi che attendono comunque di venir riconosciuti e articolati nell'importanza collettiva del loro significato, a prescindere dalla “competenza” di chi, nella realtà del sistema politico-amministrativo, un tale compito di pubblicizzazione e politicizzazione sia chiamato ad adempiere. Un'attesa che, ad onta di qualunque presupposta vincolatività della separazione tra poteri statuali, non ha, di fatto, alcun

destinatario esclusivo tra quanti dispongano di risorse di autorità utili sostanzialmente allo scopo. Mentre, ad un tempo, tale medesima attesa può ben essere ignorata o rimossa – per incertezza od onerosità dei costi di mediazione e di consenso che comporti – dall’agenda di attori o istituzioni parlamentari o di governo o d’amministrazione. Né vale l’obiezione che il giudice opera per sentenze, puntuali, episodiche, cogenti solo nel microdiritto e quindi prive di quel carattere primario del comando politico legittimo (cioè legale e razionale) che è, per l’appunto, la sua astratta generalizzabilità. Il decidere caso per caso, anche in un regime in cui non viga lo *stare decisis* o la *doctrina legal* o gli *asentos*, produce infatti importanti e pervasivi effetti-alone: che si espandono e influenzano i comportamenti e le decisioni dei molteplici livelli del potere giudiziario, e possono assumere i tratti di una sostanziale attività di indirizzo politico di normazione e di governo. Anzi, l’esercizio della giurisdizione esprime la ricorrente consapevolezza di come e quanto le peculiarità episodiche degli interessi, dei conflitti o delle istanze specifiche di tutela autoritativa, siano spie o segnali di domande politiche più generali e di lungo andare, ancorché virtuali o inarticolate nelle arene ad esse direttamente deputate.

È chiaro, allora, che questo ruolo “politico” della magistratura diventa un presupposto della *funzionalizzazione* della legalità alla regolazione sociale. E in un duplice senso. Per il concorso del giudice, appunto, alla regolazione sociale di cui si avvale il sistema politico-amministrativo per la sua stabilità. E per il fatto che questo suo contributo regolativo avviene proprio attraverso l’intermediazione – “dall’interno” – degli interessi della società civile. Cioè “attraverso” il costante confluire di regole dello stato e di risorse selettive del mercato; di logiche e di processi del far *politica* e di modalità interattive e negoziali proprie del far *politiche*; di formale visibilità di norme, atti e procedimenti che appartengono alla prima e di opacità di processi, negoziazioni e influenze informali proprie delle seconde. Il giudice è così chiamato a condividere con il ceto politico la distribuzione dei valori e delle risorse che alimentano il conflitto, la convivenza e la frammentazione di una collettività storicamente data. Il magistrato deve (e non può non) partecipare, in una parola, ad una funzione di coordinamento politico della società civile e dello stratificarsi, al suo interno e rispetto ad essa, di strutture, attori e istituzioni.

Nell’adempiere a questo ruolo intrinseco all’espletamento dei suoi doveri statutari, il giudice si vede pertanto conferita, od esprime comunque, una propria legittimazione “regolativa”. Una legittimazione che è altra e più profonda di quella esteriormente ancorata all’applicazione della legge in sé. Non è solo il giudizio sul singolo reato o sulla singola controversia da dirimere, che diventa – lo insegnava Piero Calamandrei – un giudizio anche sulla legge da applicarvi e, per ciò stesso, un giudizio sulla legittimità della scelta o dell’omissione del legislatore che ne reca la paternità politica. È anche, più in radice, un diritto-dovere

del giudice di giustapporre la razionalità della propria interpretazione *super partes* sia alle “grandiose semplificazioni della politica” (per dirla con Luhmann), sia alle logiche consensualistiche, elettorali, partigiane o particolaristiche che al mestiere del politico presiedono e che conformano o condizionano la sua opera di identificazione e mobilitazione degli interessi.

Dalla legittimità delle opzioni e dei metodi dell’agire politico, alla legittimità del ceto politico *tout court*, la distanza è quasi impercettibile. Il grado di consapevolezza con cui la magistratura interpreta questo ruolo di “riesame” che parte dall’atto e dal fatto, e si dispiega sulla legittimità del potere politico come un incomprimibile corollario dell’attività giurisprudenziale, è certo assai diverso tra un periodo storico o un altro, tra un regime e un altro e, soprattutto, tra un magistrato e l’altro. E differente, nel lungo andare, può esserne lo specifico sostrato ideologico. Oppure, può trattarsi di un presupposto talmente sedimentato nella cultura profonda di un ceto giudiziario da risultare percepibile solo al suo esterno o addirittura sinceramente negato dagli stessi interessati. Ma, anche così, la sostanza dell’assunto non cambia, perché deriva dall’esistere stesso della funzione giudiziaria, per quanto appaia contraddire i fondamenti normativi e deontologici della giurisdizione, quali la sua *neutralità* o la sua *terzietà*. E se è vero che «... non v’è Stato che giunto al suo stadio iniziale della sua formazione, e in pratica superata la soglia dell’organizzazione puramente patrimoniale del potere (dove giurisdizione e amministrazione e legislazione sono la medesima cosa e chi legifera è anche giudice) non faccia della traduzione della forza in diritto (o, se si preferisce del potere di fatto in potere di diritto) l’occupazione permanente ed esclusiva di un personale politico qualificato, ecco che questo personale politico qualificato, la magistratura – forte di un sapere che, si noti bene, diventa tanto più necessario e tanto più specialistico a mano a mano che la società si fa complessa e che il diritto si infittisce – si pone e si impone come corporazione professionale a sé (comincia veramente ad esistere “per se stesso”) ed in modo graduale ma irreversibile converte la propria competenza tecnica da risorsa nelle mani del potere dinastico, qual è all’origine, e da risorsa nelle mani delle forze politiche che si susseguono nella direzione dello stato, quale formalmente continua a rimanere, a strumento della propria potenza e in definitiva della propria completa emancipazione [...]» [Borlandi 1979, 538,539]. Che poi la magistratura sviluppi propri autonomi parametri normativi sulla cui base valutare la legittimità della condotta propria e dell’esercizio dell’altrui potere, non è altro che un corollario inevitabile. Così come lo è il fatto che essa, per questa via, si costruisca una specifica cultura di ceto: sufficientemente coesa – specie se sostenuta da una configurazione delle carriere tendenzialmente ispirata alla corporazione burocratica – per assorbire al proprio interno le molteplici frammentazioni indotte nel corpo giudiziario dalla crescente differenziazione sociale del suo reclutamento. Quest’ultima ha di certo prodotto, come nel caso italiano,

anche differenziazioni politiche e financo ideologiche interne: ma non tali da porre in discussione un'unitaria identità collettiva di ceto.

Da tutto ciò, è quasi ovvio, deriva il confliggere sempre virtuale e ciclicamente in atto, tra la responsabilità formalmente politica e la responsabilità formalmente giurisdizionale. Il principio di legalità, alla cui tutela è costitutivamente preposta la giurisdizione, finisce, così, con l'essere sia la leva con cui la magistratura contribuisce all'equilibrio e all'integrazione tra le componenti del sistema politico, sia un fattore latente della sua fragilità. Nelle mani dei giudici quello stesso principio può sempre ergersi ad unità di misura della legittimità sostantiva sia dell'azione politica che dei suoi autori: può divenire pietra o tomba dello "scandalo", per intendersi. E anche questo è abbastanza controintuitivo, visto che proprio il principio di legalità dovrebbe mirare a "contenere" (in termini normativi e culturali) la magistratura e a impedirle di opporre alla legge positiva e alla *voluntas* del potere sovrano, la più *giusta* legge di una più giusta e "naturale" ragione di cui il giudice si faccia interprete. Ma il risultato è che i giudici hanno potuto accumulare più potere di fatto di quanto ne disponessero prima dell'avvento della sovranità popolare. E ciò perché la legge – pur divenuta inoppugnabile nella sua democratica legittimità procedurale – rimette tuttavia la sua efficacia proprio nelle mani dei giudici. È sempre qui, alla fin fine, la scaturigine incompressibile del "far politica" dei giudici: la facoltà che i giudici detengono, in quanto tali, di manipolare i comandi normativi del potere sovrano.

Di questa facoltà e dell'uso che ne vien fatto si compone la storia delle relazioni e dei conflitti tra potere giudiziario e potere politico sotto ogni latitudine costituzionale e in ogni tipo di regime, pur nelle infinite varianti culturali, dottrinarie e ordinamentali in cui si è espressa la sempiterna ricerca di equilibri, pesi e i contrappesi tra poteri e legittimazioni, parallele o giustapposte. Ma è anche la storia dell'incerta funzione che viene assegnata al principio di legalità: in parte arma, in parte ostaggio nelle mani di chi alla lotta partecipa.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AHRENS H., *Dottrina generale dello Stato*, in BRUNIALTI A. (a cura di), *Lo Stato moderno*, Torino, 1891 (1850).

BARATTA A., *Stato di Diritto*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fischer, Scienze Politiche I (Stato e Politica)*, a cura di A. NEGRI, Milano, 1970.

BASILE S., "Valori superiori", *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in "Giurisprudenza costituzionale", XXXVIII, n. 3, 1993, 2201-2258.

(DE) BEZE T., *Du droit des magistrats*, Genève, 1971 (1575).

BIAGI E., *Prefazione a Flick, G.M., Lettera a un procuratore della Repubblica*, Milano,

- 1993.
- BOBBIO N., *The Promotion of Action in the Modern State*, in HUGHES H. (a cura di), *Law Reason and Justice*, New York, 1969.
- *Diritto*, in BOBBIO N. e MATTEUCCI N. (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, pp. 320-324.
- *Legalità*, in BOBBIO N. e MATTEUCCI N. (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, pp. 518-520.
- *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977.
- BODIN J., *Six livres de la république*, Parigi, 1576 (1964); trad. it., *I sei libri dello Stato*, voll. I-II, Torino, 1964.
- BORLANDI M., *Magistratura*, in FARNETI P. (a cura di), *Politica e società*, Firenze, 1979; *Il mondo contemporaneo*, vol. II, 1979, pp. 519-554.
- BURDEAU G., *Traité de science politique*, vol. IV, Paris, 1952.
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1989 (1935).
- CALASSO F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, 1957.
- CALISE M., *Dopo la partitocrazia? L'Italia tra modelli e realtà*, Torino, 1994.
- CAPPELLETTI M., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969.
- CARCASSONE E., *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII siècle*, Paris, 1927.
- CARDOZO B. N., *Il giudice e il diritto*, Firenze, 1962 (1947).
- CARLASSARRE L., *Legalità (principio di)*, in *Novissimo Digesto*, 19??.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920-1922.
- CASSANO G.B., *Trattato italiano di psichiatria*, Milano, 1992.
- CHERUEL A., *Dictionnaire historique des institutions, moeurs et coutumes de la France*, Paris, 1874 (1855).
- COSTANTINO S., *Sfere di legittimità e processi di legittimazione. Weber, Schmitt, Luhmann, Habermas*, Torino, 1994.
- COTTA M., *Il contributo dei «policy studies» alla scienza politica contemporanea*, in PANEBIANCO A. (a cura di), *L'analisi della politica. Tradizioni di ricerca, modelli, teorie*, Bologna, 1989.
- COTTA S., *Éléments d'une phénoménologie de la légitimité*, in AA.VV., *L'idée de légitimité*, Paris, 1967.
- DAMASKA M.R., *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986.
- DICEY A. V., *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, 1902 (1885).
- DI FEDERICO G., *La crisi del sistema giudiziario e la questione della responsabilità civile dei magistrati*, in CORBETTA P. e LEONARDI R. (a cura di), *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni*, Bologna, 1988, pp. 93-129.
- DUVERGER M., *Introduzione alla scienza politica*, Bari, 1966.
- ERCOLE F., *Da Bartolo all'Althusio. Saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del Rinascimento italiano*, Firenze, 1932.
- EHRlich E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976 (1913).
- EVAN W.M., (ed.), *The Sociology of Law. A Social-structural Perspective*, New York, 1980.
- FARNETI P., *Elementi teorici per uno schema analitico di politica comparata*, in FARNETI

- P., *Sistema politico e società civile*, Torino, 1971.
- FASSO G., *Stato di diritto e Stato di giustizia*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", XL, 1963, pp. 83-119.
- *Società, diritto e repressione*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", L, 1973, pp. 685-703.
- *Società, legge e ragione*, Milano, 1974.
- FIORAVANTI M., *Principio di legalità e stato di diritto*, in *Quaderni dell'Associazione per gli Studi e le Ricerche parlamentari*, n. 5, Torino, 1995.
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss.
- FREUD S., *L'avvenire di un'illusione*, in S. FREUD, *Il disagio della civiltà e altri saggi*, Torino, 1971.
- FRIEDMAN L.M., *The Legal System. A social Science Perspective*, New York, 1975.
- FRIEDRICH C. J., *Constitutional Government and Democracy*, New York, 1968 (1950).
- GIASANTI A., *La società tra Behemoth e Leviathan. Per una teoria del controllo sociale* Messina, 1992.
- GUARNIERI C., *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1992.
- GURVITCH G., *Sociologia del diritto*, Milano, 1957 (1947).
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965 (1961), Einaudi.
- HUNTINGTON S. P., *Political Order in Changing Societies*, New Haven, 1968.
- IRTI N., *Società civile. Elementi per un'analisi del diritto privato*, Milano, 1992.
- JEMOLO A.C., *Il nostro tempo e il diritto*, in A.C. JEMOLO, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957.
- (DE) JOUVENEL B., *De la souveraineté*, Paris, 1955.
- KANTOROWICZ H., *La definizione del diritto*, Torino, 1962 (1958)
- KELSEN H., *Society and Nature*, Chicago, 1943 (1953), (trad. it., Torino).
- *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1946 (1952), (trad. it., Milano).
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966 (1945).
- KIRCHHEIMER O., *Political Justice*, Princeton, 1961.
- LANGE P., REGINI M., *Gli interessi e le istituzioni: forme di regolazione sociale e politiche pubbliche*, in P. LANGE, M. REGINI (a cura di), *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bologna, 1987, pp. 9-41.
- LEVI L., *Il problema della legittimità nel Parlamento dell'Italia repubblicana*, Torino, 1970.
- LINZ J.J., *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown and Reequilibration*, Baltimore-London, 1978.
- LOCKE J., *Two Treatises of Government* – trad. it. di L. Pareyson, Torino, 1690 (1948).
- LOYSEAU C., *Traicté des Seigneuries*, Genève, 1620 (1609).
- MAITLAND F. W., *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1909.

- MARRADI A., *Scienza politica e sistema giudiziario*, in "Rivista italiana di scienza politica", I, 1971, pp.393-345.  
 – *Funzioni delle Corti Costituzionali nel sistema politico*, in "Rivista italiana di scienza politica", II, 1972, pp. 483-523.
- MATTEUCCI N., *Organizzazione del potere e libertà*, Torino, 1976.
- MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig, 1895.
- MCILWAIN C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York (trad. it., Bologna), 1947 (1990).
- MITTEIS H., *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia, Morcelliana, 1962 (1955).
- MURATORI L.A., *Dei difetti della giurisprudenza*, Roma, 1933 (1742).
- NEUMANN F., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973 (1957).
- OLIVECRONA K., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972 (1971).
- ORTEGA Y GASSET J., *Meditaciones del Quijote*, Madrid – trad. it., Napoli, 1914 (1986).
- PAGANI A., *La professione del giudice*, Varese, 1969.
- PARSONS T., *The Law and Social Control*, in EVAN W.M. (ed.), *The Law and Sociology*, New York – trad. it. in GIASANTI A. e POCAR V. (a cura di), *La teoria funzionale del diritto*, Milano, 1981 (1962).
- PIZZORNO A., *La corruzione nel sistema politico*, introduzione a D. DELLA PORTA *Lo scambio occulto. casi di corruzione politica in Italia*, Bologna, pp. 13-74, 1992.
- PREDIERI A., *Un diritto solidarista contro le diseconomie esterne*, in "Studi & Informazioni – Rivista trimestrale sul governo dell'economia", n.3, 1993.  
 – *Potere giudiziario e politiche. Suggestimenti per ricerche interdisciplinari*, in M. CACIAGLI, F. CAZZOLA, L. MORLINO, S. PASSIGLI (a cura di), *L'Italia fra crisi e transizione, Scritti in memoria di Alberto Spreafico*, Bari, 1994, pp. 227-263.  
 – *La certa osmosi – Gli incerti paradigmi. Il mercato e la concorrenza nello Stato prefederativo*, Milano, 1995.
- PUFENDORF S., *De iure naturae et gentium libri octo (Il diritto della natura e delle genti)*, Venezia, 1672 (1759).
- RAITERI M., *Rappresentazione del giudice e realtà della magistratura*, in GIASANTI A. (a cura di), *Giustizia e conflitto sociale*, Milano, 1992.  
 – *Magistratura, opinione pubblica, consenso*, in A. GIASANTI, M. MORISI (a cura di), *Magistratura tra legalità e consenso*, Messina, 1995, Soveria Mannelli.
- REBUFFA G., *Legalità e illegalità nella Costituzione*, in "Quaderni di sociologia", XXX-VII, n.4, 1993, pp. 97-104.
- ROUSSEAU J.J., *Oeuvres Complètes*, Paris, 1964.
- ROUSSELET M., *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, 1957.
- SARTORI G., *Nota sul rapporto tra Stato di Diritto e Stato di Giustizia*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del diritto", XLI,1964, p. 307 e seg.
- SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, 1965.
- SCHMITT C., *Legalità e legittimità*, trad. it. *Le categorie del «politico»*, Bologna, 1932



- (1972;1987) e in G. PECORA (a cura di), *Potere politico e legittimità*, Milano.  
– *Il problema della legalità*, in *Le categorie del «politico»*, cit., 1950.  
SCHUBERT G., (a cura di), *Judicial Decision Making*, Glencoe, 1963.  
STOPPINO M., *Potere politico e Stato*, Milano, 1968.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bologna, 1976.  
TOMEIO V., *Interpretare il conflitto*, in “*Critica liberale*”, 144, 6 (agosto), 1973.  
TOMEIO V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Milano, 1981.
- VEDEL G., (a cura di), *La dépolitisation: mythe ou réalité?*, Paris, 1962.  
VICO G., *Principi di una scienza nuova d'intorno alla natura delle nazioni*, Napoli 1725  
(1910-1916), (qui in edizione commentata da F. NICOLINI, Bari).
- WEBER M., *Economia e società*, Milano, 1922 (1968), Comunità.  
WOODBINE G.E., (a cura di), *H. de Bracton, De Legibus et Consuetudinibus Angliae*,  
New Haven, 1922.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.