

**SAGGI
ITINERARI**
per la storia del pensiero giuridico moderno
ARCHIVIO APERTO

Pietro Costa

**Saggi di storia
della cultura
giuridico-politica**

VI. Storie di concetti: Stato di diritto,
Stato totalitario



Quaderni fiorentini *ArchivO*_APERTO_saggi-itinerari
Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno

Open Access Publication <https://www.quadernifiorentini.eu/archivio/>
Creative Commons Attribution ShareAlike 4.0 International Licence (CC-BY-NC-4.0)

*ArchivO*_APERTO 2024/07_Costa
DOI: 10.69134/QFArchivO_24_07

Recommended citation:

Pietro Costa, *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchivO_24_07

PIETRO COSTA

SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA

GIURIDICO-POLITICA

Prefazione

È tradizione diffusa che uno studioso raccolga i suoi saggi, scritti in un lungo arco di tempo e dispersi nelle più varie riviste e opere collettanee. È una tradizione che intendo seguire. Non posso escludere che ad aderire a essa mi solleci un inconfessato narcisismo, ma confido che la motivazione prevalente sia un'aspettativa più disinteressata: l'aspettativa che rendere agevolmente disponibili scritti difficilmente accessibili contribuisca (sia pure in modo infinitesimale) allo scambio delle idee e allo sviluppo della ricerca.

In questa prospettiva, appare molto promettente una delle risorse messe a disposizione dalla 'rete': la possibilità di pubblicare i risultati delle proprie ricerche in 'open access', affidandoli a testi cui il lettore accede senza vincoli e restrizioni. Mi sembra quindi quanto mai opportuno che il Centro di studi dell'università di Firenze (dedicato alla storia del pensiero giuridico moderno) abbia deciso di creare al suo interno una Sezione che reca il significativo nome di Archivio aperto. Questa Sezione, infatti, è programmaticamente interessata a ospitare documenti diversi per struttura (volumi compiuti ma al contempo liberamente rivedibili e trasformabili, non meno di progetti di ricerca, di interventi puntuali, di scritti in itinere) e tuttavia accomunati dall'obiettivo di facilitare e incrementare il dialogo endo- ed interdisciplinare.

Ospitata nella nuova sezione del Centro fiorentino, la raccolta dei miei saggi vede la luce come un insieme di testi liberamente fruibili dai visitatori del sito e organizzati nella forma dell' 'auto-archiviazione'. La raccolta degli scritti, infatti, è, sì, organizzata in undici 'volumi', ma ciascuno di essi è, più che un vero e proprio 'libro', piuttosto un 'archivio': un assemblaggio di testi, che può essere, nel corso del tempo, modificato, incrementato, alleggerito, con una libertà e facilità di intervento improponibili per un 'libro' (anche in versione digitale).

I saggi sono 'archiviati' senza alcuna modifica (né nel testo né nelle note) rispetto alla loro versione originaria. Di ciascun saggio vengono indicati gli estremi bibliografici della prima pubblicazione. Ciascuno dei volumi (più esattamente, dei 'volumi-archivio') è corredato da un contrassegno DOI, che lo rende perfettamente individuato e inconfondibile.

Proprio perché i 'volumi-archivio' sono strutturalmente aperti e modificabili, sono gradite le proposte e i suggerimenti che i volenterosi 'utenti' vogliono proporre

per favorire la fruibilità della raccolta. Per quanto riguarda i suoi contenuti, invece, ho rinunciato a qualsiasi velleità di revisione e miglioramento: posso soltanto ripetere (con il famigerato procuratore romano) “quod scripsi, scripsi” e affidarmi all’indulgenza dei lettori.

INDICE GENERALE

Vol. I

Scritti metastoriografici

Vol. II

Storie di concetti: cittadinanza

Vol. III

Storie di concetti: diritti

Vol. IV

Storie di concetti: ordine, conflitti

Vol. V

Storie di concetti: sovranità

Vol. VI

Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario

Vol. VII

Storie di concetti: popolo, nazione, rappresentanza

Vol. VIII

La pena di morte

Vol. IX

Diritto e interpretazione

Vol. X

Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti

Vol. XI

Ritratti

Volume VI

Storie di concetti:
Stato di diritto, Stato totalitario

Indice del volume

PARTE I: STATO DI DIRITTO	1
LO STATO DI DIRITTO: UN'INTRODUZIONE STORICA	2
1. <i>Le scansioni storiche dello Stato di diritto</i>	2
2. <i>L'orizzonte di senso dello Stato di diritto</i>	5
3. <i>La 'preistoria' dello Stato di diritto: fra illuminismo e rivoluzione</i>	7
4. <i>Lo Stato di diritto fra rivoluzione e '48</i>	19
5. <i>Lo Stato di diritto nella giuspubblicistica tedesca del secondo Ottocento</i>	26
6. <i>'Rechtsstaat' e 'rule of law': il contributo di Dicey</i>	37
7. <i>Stato di diritto e costituzione: la riflessione kelseniana</i>	45
8. <i>Lo Stato di diritto fra «istituzioni giuridiche oggettive» e 'Stato sociale'</i>	56
9. <i>'Stato di diritto', 'Stato di giustizia', 'Stato etico'</i>	64
10. <i>Lo Stato di diritto sociale e i suoi critici: il secondo dopoguerra</i>	73
11. <i>Considerazioni conclusive</i>	79
STATO DI DIRITTO E DIRITTI DEL SOGGETTO: IL PROBLEMA DEL LORO RAPPORTO NELL'EUROPA MODERNA	85
1. <i>Premessa</i>	85
2. <i>Stato di diritto e diritti individuali: un nesso costitutivo della modernità</i>	86
3. <i>La costruzione della teoria: dall'amministrazione sub lege al Rechtsstaat costituzionale</i>	90
4. <i>Dal modello kelseniano al costituzionalismo del secondo dopoguerra</i>	96
5. <i>Il carattere 'selettivo' e 'intermittente' dello Stato di diritto: i paradossi dell'eguaglianza e l'astuzia del potere</i>	101
THE RULE OF LAW: AN OUTLINE OF ITS HISTORICAL FOUNDATIONS	109
1. <i>The early roots of the rule of law: issues of ancient and medieval culture</i>	111

2. <i>The near roots of the rule of law: the struggle against monarchical absolutism in England</i>	116
3. <i>The near roots of the rule of law: the revolutions of the late eighteenth century</i>	118
4. <i>Concluding considerations</i>	124
IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: UN CAMPO DI TENSIONE NELLA MODERNITÀ PENALE	127
1. <i>Premessa</i>	127
2. <i>Il tema di riferimento: il nesso 'individuo-Stato-controllo sociale'</i>	127
3. <i>Il momento delle origini: fra Sette e Ottocento</i>	130
4. <i>Dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale: i campi di tensione</i>	137
5. <i>Il secondo Novecento: discontinuità e persistenze</i>	155
FRA <i>MACHTSTAAT</i> E <i>RECHTSSTAAT</i> : IMMAGINI DELLO STATO NEGLI ANNI VENTI	161
1. <i>La 'cultura di guerra' e la crisi della sovranità</i>	161
2. <i>Stato di diritto e "dittatura sovrana"</i>	166
3. <i>Stato di diritto, Stato giuridico, Führerstaat</i>	169
4. <i>Stato di diritto e "soziale Rechtsstaat"</i>	174
LA CERTEZZA DEL DIRITTO FRA FASCISMO E REPUBBLICA: A PROPOSITO DI FLAVIO LOPEZ DE OÑATE	179
1. <i>Cenni introduttivi</i>	179
2. <i>La certezza del diritto e i suoi temi</i>	180
3. <i>La critica del giusliberismo</i>	184
4. <i>I diritti soggettivi</i>	190
5. <i>L'individuo, fra idealismo ed esistenzialismo</i>	194
6. <i>La certezza del diritto, fra giuspositivismo e giusnaturalismo</i>	199
7. <i>La certezza del diritto di fronte alla catastrofe: continuità e fratture</i>	208
PARTE II: STATO TOTALITARIO	225
CORPORATIVISMO, CORPORATIVISMI, DISCIPLINE: A PROPOSITO DELLA CULTURA GIURIDICA DEL FASCISMO	226
LO 'STATO TOTALITARIO': UN CAMPO SEMANTICO NELLA GIUSPUBBLICISTICA DEL FASCISMO	236
1. <i>Cenni introduttivi</i>	236
2. <i>La determinazione del campo semantico 'totalitario'</i>	238

3. <i>'Stato totalitario' e 'Stato di diritto'</i>	248
4. <i>'Stato totalitario' e 'rappresentanza'</i>	260
5. <i>'Stato totalitario' e 'Stato etico'</i>	270
6. <i>'Stato totalitario' e 'partito'</i>	279
7. <i>'Stato totalitario' e 'corporazione'</i>	285
8. <i>'Stato totalitario' e 'gerarchia'</i>	294
9. <i>'Stato totalitario' e 'regime'</i>	302
10. <i>'Stato totalitario' e individuo</i>	307
11. <i>La 'destrutturazione' del campo semantico 'totalitario' negli anni Quaranta</i>	312
«HO TENTATO DI DIRE LA VERITÀ»: GEORGE ORWELL E L'UNIVERSO TOTALITARIO.....	333
1. <i>Cenni introduttivi</i>	333
2. <i>La libertà e la 'politica della verità'</i>	334
3. <i>Dalla critica dello stalinismo al concetto di 'totalitarismo'</i>	339
4. <i>La 'rivoluzione tradita' e l'incubo totalitario: Animal Farm e Nineteen Eighty-Four</i>	346
IL MOMENTO GIURIDICO NELLA COSTRUZIONE DEL 'MODELLO' TOTALITARIO: ERNST FRAENKEL, FRANZ NEUMANN, HANNAH ARENDT	353
1. <i>Cenni introduttivi</i>	353
2. <i>Ernst Fraenkel: la teoria dei 'due Stati'</i>	355
3. <i>Franz Neumann: l'eclissi del Leviatano</i>	362
4. <i>Hannah Arendt: l'ordine del terrore</i>	370
5. <i>Cenni conclusivi</i>	378
IL REGIME FASCISTA FRA 'DIRITTO' E 'POLITICA': UN CASO DI 'DUAL STATE'?	383
1. <i>Cenni introduttivi</i>	383
2. <i>La 'restaurazione' dell'autorità e la 'fascistizzazione' della nazione</i>	384
3. <i>'Diritto' e 'politica': una mappa delle loro interazioni</i>	388
4. <i>Interpretazioni della 'dualità'</i>	404

Parte I: Stato di diritto

LO STATO DI DIRITTO: UN'INTRODUZIONE STORICA

1. *Le scansioni storiche dello Stato di diritto*

‘Stato di diritto’ è un’espressione che ha conosciuto in anni relativamente recenti una rinnovata fortuna, non solo nel sapere specialistico ma anche nella pubblicistica politica. Appellarsi allo Stato di diritto può servire, a seconda dei punti di vista, ad opporre la libertà al totalitarismo, oppure a rivendicare l’importanza dei diritti, oppure ancora ad esaltare l’autonomia dei privati contro l’invasione della burocrazia¹. L’insofferenza verso un’organizzazione centralistica del potere, la crisi dello Stato sociale, la straordinaria moltiplicazione dei diritti, l’esaurimento di alternative ai modelli politico-giuridici delle democrazie occidentali hanno in vario modo contribuito a riportare alla ribalta una nozione – lo Stato di diritto – la cui parabola storica poteva sembrare ormai conclusa.

Quale sia il grado di vitalità attribuibile al concetto di Stato di diritto, quali impieghi analitici, critici, valutativi di questa nozione siano oggi proponibili sono domande che solo il giurista e il filosofo del diritto e della politica sono in grado di affrontare con cognizione di causa; ed un contributo in questa direzione si propongono appunto di offrire i saggi di carattere teoretico ospitati nel nostro libro. Come autore di una ‘introduzione storica’, il mio compito è assai più facile e modesto: si tratta di guardare all’indietro, alla storia (e alla preistoria) del concetto, per offrire una mappa (inevitabilmente schematica e selettiva) dei significati e problemi che nel corso del tempo sono stati attratti dal campo gravitazionale dello Stato di diritto; l’intenzione è semplicemente quella di fornire una cornice o uno sfondo a quei saggi che, nell’ambito del volume, si soffermano analiticamente sull’una o sull’altra sezione della parabola storica dello Stato di diritto.

Di che cosa vuol essere storia la storia dello Stato di diritto? La risposta può provenire soltanto da una ricognizione dei significati che nei diversi contesti assume quella ‘formula’ o espressione composita che in italiano suona come ‘Stato di diritto’, in tedesco come ‘Rechtsstaat’, in francese come ‘État de droit’ e in inglese,

¹ Cfr. ad es. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l’État: sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, Paris 1985.

P. Costa, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 2-84.

Orig. in Pietro Costa, Danilo Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, pp. 89-170.

in ipotesi, come 'rule of law' (ma si tratta di un'ipotesi di traduzione che dovrà essere a suo tempo vagliata e circostanziata). Per impostare la domanda conviene però disporre di una provvisoria pre-comprensione del termine, di una bussola rudimentale che permetta di fissare la direzione della ricerca.

In prima approssimazione, i punti cardinali dello Stato di diritto sembrano essere i seguenti: il potere politico (la sovranità, lo Stato), il diritto (il diritto oggettivo, le norme), gli individui. Più esattamente, queste tre grandezze costituiscono le condizioni di possibilità e di senso dello Stato di diritto, mentre lo Stato di diritto come tale si risolve in un peculiare collegamento fra esse: un collegamento fra 'Stato' e 'diritto' che si riveli complessivamente vantaggioso per gli individui. Lo Stato di diritto appare insomma un mezzo per uno scopo: ci si attende che esso indichi come intervenire (attraverso il 'diritto') sul 'potere' al fine di rafforzare la posizione dei soggetti. Il problema dello Stato di diritto può essere allora presentato come un momento del 'discorso della cittadinanza': se il 'discorso della cittadinanza' assume come proprio oggetto il rapporto che unisce l'individuo ad una comunità politica e ne determina l'identità politico-giuridica, lo Stato di diritto costituisce una delle sue possibili strategie, dal momento che la sua ragion d'essere è appunto incidere sul rapporto fra Stato e individuo introducendo, a vantaggio del soggetto, una qualche limitazione ('giuridica') del potere sovrano².

Dal fatto che lo Stato di diritto assume come propria destinazione finale il vantaggio del soggetto può derivare una conseguenza ulteriore: si può cioè ritenere che la posizione di favore che lo 'Stato di diritto' intende procurare al soggetto si concretizzi in un ventaglio di diritti di cui l'individuo viene ad essere titolare. Il collegamento tematico fra Stato di diritto e 'diritti individuali' è dunque possibile, ma non obbligatorio, dal momento che è ipotizzabile uno Stato di diritto che produca, per i soggetti, effetti vantaggiosi, ma non coincidenti necessariamente con l'attribuzione di specifici diritti³.

² Per i numerosi punti di contatto che si sono venuti determinando, nel corso di un lungo sviluppo storico, fra la tematica dello Stato di diritto e il 'discorso della cittadinanza' mi permetto di rinviare a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, voll. 1-4, Roma-Bari, Laterza 1999-2001.

³ Sulla nozione storico-teorica di Stato di diritto cfr. A. L. Goodhart, *The Rule of Law and Absolute Sovereignty*, in «University of Pennsylvania Law Review», 106, 7, 1958, pp. 943-63; E.-W. Bockenförde, *Entstehungswandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a.M. 1969, pp. 53-76; M. Tohidipur (a cura di), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1978; B. Barret-Kriegel, *L'état et les esclaves*, Calmann-Lévy, Paris 1979; J. Raz, *The Rule of Law and its virtue* (1977), in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979, pp. 210-29; J. Finnis, *Natural law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford

Quali sono i tempi storici nei quali situare la vicenda dello Stato di diritto?

Blandine Barret-Kriegel, identificando nello Stato moderno uno Stato organizzato e limitato dal diritto, fa coincidere le origini dello Stato di diritto con il primo affermarsi delle grandi monarchie nazionali⁴. Si tratta di una scelta sicuramente legittima, ma altrettanto plausibile è assegnare al problema, di cui la formula ‘Stato di diritto’ vuol essere una soluzione, uno scenario temporalmente ben più ampio e in sostanza coincidente con la storia politico-intellettuale dell’Occidente, dal momento che in essa torna sempre di nuovo l’esigenza di sottolineare l’inevitabile tensione (e la necessaria connessione) fra potere e diritto.

Convieni però distinguere fra il problema generale coinvolto dall’espressione ‘Stato di diritto’ e il significato prossimo e storicamente specifico della ‘formula’, individuando i ‘tempi storici’ nei quali la vicenda dello Stato di diritto si scandisce.

Propongo una divisione in tre ‘tempi’, che presento in ordine di decrescente prossimità con il nostro tema. Il primo tempo è la *storia*, in senso stretto, dello Stato di diritto: è una storia che ha inizio dal momento in cui esiste l’espressione lessicale in questione, quando cioè di fronte al grande, ricorrente problema del rapporto fra potere, diritto, individuo non solo si mette a punto una peculiare soluzione, ma si trova per essa anche un nome corrispondente (appunto lo Stato di diritto). Esiste però, per la nostra ‘formula’, anche una *pre-istoria*: ovvero i contesti e i tempi nei quali, se pure manca ancora il ‘nome’, esiste già la ‘cosa’, sono cioè riconoscibili i

1980, pp. 270 sgg.; N. MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, in «Juristische Zeitung», 39, 1984, pp. 65-70; F. Neumann, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society* (1935), Berg, Leamington 1986; A. C. Hutchinson, P. Monahan (a cura di), *The Rule of Law. Ideal or Ideology*, Carswell, Toronto-Calgary-Vancouver 1987; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 889 sgg.; M. Stolleis, voce *Rechtsstaat*, in A. Erler, E. Kaufmann (a cura di), in *Handwörterbuch zur deutscher Rechtsgeschichte*, Schmidt Verlag, Berlin 1990, IV Band, pp. 367-75; S. Amato, *Lo Stato di diritto: l’immagine e l’allegoria*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», LXVIII, 1991, pp. 621-66; M. Fioravanti, *Costituzione e Stato di diritto*, in «Filosofia politica», V, 2, 1991, pp. 325-50; J. Chevallier, *L’État de droit*, Montchrestien, Paris 1992; B. Montanari (a cura di), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Giappichelli, Torino 1992; M. Troper, *Le concept d’État de droit*, in «Droits», 15, 1992, pp. 51-63; I. v. Münch, *Rechtsstaat versus Gerechtigkeit?*, in «Der Staat», 33, 2, 1994, pp. 165-184; M. Fioravanti, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, in G. Gozzi, R. Gherardi (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna 1995, pp. 161-77; P.P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in «Diritto pubblico», 1, 1995, pp. 35-55; H. Noske (a cura di), *Der Rechtsstaat am Ende? Analyse, Standpunkte, Perspektiven*, Olzog, München-Landsberg 1995; A. Catania, *Lo Stato moderno: sovranità e giuridicità*, Giappichelli, Torino 1996; H. Hofmann, *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Beiheft 65, Steiner, Stuttgart 1996, pp. 9-31; S. Amato, *Lo Stato di diritto: l’immagine e l’allegoria*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», LXVIII, 1991, pp. 621-66.

⁴ B. Barret-Kriegel, *L’état et les esclaves*, cit., pp. 27 sgg.

tratti di un'impostazione che troverà nello Stato di diritto la sua esplicita formulazione. La preistoria dello Stato di diritto, come l'insieme delle condizioni prossime che ne hanno reso possibile l'insorgenza, è dunque il secondo tempo della nostra vicenda. Più indietro ancora si apre il terzo tempo: un tempo nel quale la tematizzazione del rapporto potere/diritto è, sì, ricca e compiuta, ma anche culturalmente molto lontana dalle visioni politico-giuridiche che costituiranno la pre-condizione (la 'preistoria') dell'espressione (e del concetto) di Stato di diritto. L'importanza di questi remoti 'precedenti' non deve essere ricondotta al banale (e falso) 'nihil sub sole novi', dal momento che cambiano radicalmente nel corso del tempo l'impostazione e la soluzione del nostro problema, e nemmeno deve essere fondata sull'immagine di uno sviluppo lineare nel quale ogni anello della catena rinvia al precedente, ma consiste nell'offrire alla storia (e alla preistoria) dello Stato di diritto quell'*orizzonte di senso* nel quale anche la sua più recente fenomenologia continua a collocarsi.

2. *L'orizzonte di senso dello Stato di diritto*

Se lo Stato di diritto si iscrive nell'esigenza di porre argini alla forza debordante e tendenzialmente incontrollabile del potere (un potere terribile e minaccioso, ma nello stesso tempo indispensabile per la fondazione e il mantenimento dell'ordine); se lo Stato di diritto è l'espressione della fiducia che gli individui, incalzati dalla forza numinosa ed arcana del potere, ripongono nel diritto, nella norma oggettiva, come in una diga capace di frenare o comunque di regolare l'energia disordinata e debordante della sovranità, allora il suo orizzonte di senso si colloca in uno scenario temporale estremamente ampio, che include tanto il mondo antico quanto la cultura medievale.

Non occorre attendere l'età moderna per trovare la precisa tematizzazione di una 'grande dicotomia' che oppone l'un tipo di regime ad un altro assumendo come criterio distintivo precisamente il rapporto fra 'governo' e 'legge'. Tanto in Platone quanto in Aristotele (pur nella diversità, metodica e sostantiva, delle rispettive filosofie politico-giuridiche) il problema delle forme di governo – anch'esso un luogo obbligato della riflessione politica 'occidentale' – viene discusso mettendo in evidenza il ruolo centrale della legge.

Platone non è entusiasta del governo secondo le leggi: se fosse possibile affidare il governo a chi, possedendone «l'arte», fosse capace di attuare la giustizia, le leggi

non servirebbero; dal momento però che «un re non nasce negli Stati nel modo in cui nasce negli alveari, unico ad eccellere senz'altro per corpo e per anima», è inevitabile dare importanza al momento della legge, tanto da individuare, per le tre forme di governo (monarchia, aristocrazia, democrazia), il loro 'doppio', a seconda che l'uno, i pochi o i molti governino «secondo le leggi o contro le leggi»⁵. Allo stesso modo Aristotele, nella sua critica della (falsa) democrazia, nella contrapposizione fra la «politìa» e la «democrazia», introduce il tema della sovranità della legge: «ragionevole, quindi, sembrerebbe la censura di chi afferma che tale democrazia non è una costituzione, perché dove le leggi non imperano non c'è costituzione. Bisogna infatti che la legge regoli tutto in generale e i magistrati in particolare: ecco quel che si deve ritenere una costituzione»⁶.

Il ruolo della legge, la tensione fra il suo carattere generale e le manifestazioni sempre diverse della singolarità, la difficile, ma necessaria, composizione fra la decisione 'dispotica' e il rispetto di un ordine normativo indisponibile sono temi ampiamente presenti nella riflessione antica ed ereditati, approfonditi, trasformati dal mondo medievale. Per i teologi e i giuristi che riscoprono e reinterpretano creativamente la *Politica* di Aristotele e il *Corpus Iuris* la rappresentazione del potere è inseparabile dalla sua collocazione in un ordine che lo trascende e lo fonda. Il potere ha la sua emblematica espressione nella *iurisdictio*: in un *dicere ius* che incarna l'essenza del potere proprio perché il potere presuppone l'ordine e lo 'dichiara', lo conferma, lo realizza; l'immagine del potere non è separabile dall'idea di un ordine normativo nel quale le singole volizioni si dispongono secondo le naturali gerarchie che costituiscono le strutture portanti del cosmo e della società. Uno dei grandi temi della cultura medievale (peraltro ben presente anche nel pensiero antico) – il tema del tiranno – diverrebbe incomprensibile trascurando il legame costitutivo fra governo e legge, fra potere e ordine.

Si potrebbe forse dire (per amore di didascalica contrapposizione ma senza troppe forzature) che il rapporto fra potere e ordine assume nell'universo medievale un andamento speculare a quello che (noi 'moderni') siamo indotti a ipotizzare: se per noi è familiare l'idea di un potere (spontaneamente) eccessivo e 'disordinato', per la cultura medievale è scontata l'immagine di un ordine che racchiude in sé il potere, anzi i poteri, e li dispone, li regola, li contiene nella rete di una precisa ed ideale gerarchia.

⁵ Platone, *Politico*, 301-302 (Platone, *Opere*, Laterza, Bari 1966, vol. I, pp. 502-503).

⁶ Aristotele, *Politica*, IV, 4, 1291 b – 1292 a (Aristotele, *Opere*, Laterza, Roma-Bari 1991, vol. IX, p. 126).

La formazione di una nuova, 'assolutistica' immagine di sovranità coincide con il lento, progressivo autonomizzarsi di quei centri di potere (le *civitates*, i *regna*) che il giurista medievale collocava nella sua ideale gerarchia culminante nel vertice imperiale: sovrano diviene, per l'innovativa riflessione di Bodin, il re di Francia, investito di un potere che si dice 'assoluto'. Non serve però spendere molte parole per fugare un equivoco che solo traluzie abitudini mentali potrebbero perpetuare: l'equivoco di un 'assolutismo' cinque-seicentesco caratterizzato (in teoria e in pratica) da un potere sfrenato e illimitato. Sappiamo tutti che il processo di costruzione di un centro effettivamente 'sovrano' è lento e farraginoso, si scontra con resistenze locali, forze centrifughe, poteri e diritti di corpi, città, ceti che (in Francia) solo lo Stato post-rivoluzionario riuscirà a debellare (e non è qui il caso di chiedersi se per avventura i 'particolarismi' dei corpi e delle città non rinascano come araba fenice dalle ceneri dell'antico regime). Coerentemente, la stessa teoria della sovranità – valga l'esempio emblematico di Bodin – nonostante le pur rilevanti discontinuità con la tradizione medievale non calca la mano sulla 'illimitatezza' del potere: si sostiene il carattere 'assoluto' del potere per ribadire l'originarietà; e se pure si valorizza, come segno eminente della sovranità, la *potestas* legislativa, non si omette di elencare i limiti di un potere tenuto a rispettare la legge divina, la legge naturale, quindi i patti conclusi con i sudditi ('*pacta sunt servanda*'), infine le *leges fundamentales* del regno.

Lungi dal disporre di un potere assoluto, il sovrano 'assolutista' può fare assegnamento su un potere assai limitato, essendo costretto a fare i conti con assetti normativi, con strutture istituzionali, con *iura et privilegia* di corpi e città ancora largamente autonomi, che lo fronteggiano, lo condizionano, lo vincolano. Potremmo sostenere, con una battuta solo apparentemente provocatoria, che lo Stato 'assoluto' è il più riuscito Stato di diritto: uno Stato, appunto, limitato dal diritto (e dai diritti), titolare di una sovranità che, lungi dal creare con la sua potenza legiferante un ordine da essa integralmente dipendente, 'trova' un ordine già costituito, si imbatte nei diritti e nei privilegi che fioriscono alla sua ombra e subisce gli inevitabili condizionamenti dell'uno e degli altri.

3. La 'preistoria' dello Stato di diritto: fra illuminismo e rivoluzione

Lo Stato 'assoluto' è uno Stato 'limitato' dal diritto, dai diritti, dagli *iura et privilegia* degli individui, dei ceti, dei corpi: le società di antico regime non sono il

regno dell'arbitrio che un'antica apologetica 'liberale' contrapponeva al nuovo ordine 'razionale' dei codici ottocenteschi. Non si fronteggiano non-ragione e ragione, disordine e ordine ma entrano in contatto, e si pongono in contrasto, atteggiamenti e valori profondamente diversi: comincia a formarsi, fra Sei e Settecento, una nuova visione del soggetto, dei diritti, della sovranità, si sviluppa un nuovo 'discorso della cittadinanza' che viene a costituire la condizione di insorgenza, il terreno di formazione dell'espressione Stato di diritto; la specifica soluzione che lo Stato di diritto intenderà dare al rapporto fra potere e diritto sarebbe incomprendibile senza presupporre quell'imponente processo di ridefinizione del lessico politico-giuridico che si sviluppa nell'Europa sei-settecentesca.

La tematizzazione della sovranità e della legge passa attraverso il filtro di una nuova antropologia filosofica: còlto nei suoi tratti essenziali e perenni, l'individuo è strappato alla logica delle appartenenze, alla connessione con i corpi, per essere rappresentato come un unitario soggetto di bisogni e di diritti, definito dai parametri della libertà e dell'eguaglianza. La libertà del soggetto non è però sfrenatezza sottratta ad ogni vincolo: è, per un verso, spazio protetto dalle indebite intromissioni altrui (come se l'antica *immunitas* si fosse trasformata in una qualità dell'essere umano 'come tale'), per un altro verso è rapporto con la legge, possibilità di azione ed espansione personale che trova nella legge il fondamento, il limite, la garanzia.

La legge non ha un rapporto (hobbesianamente) disgiuntivo con la libertà, per cui questa inizia là dove si arresta la forza coattiva della prima. Per Locke, per Montesquieu la legge (la legge naturale, la legge civile) è il tramite indispensabile della libertà. Ciò che per Montesquieu impedisce il dispotismo – la degenerazione di un sano regime politico – è il felice connubio fra libertà e legge. L'individuo è libero in quanto agisce nei binari della legge e questa a sua volta è l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio. È appunto dal nesso fra libertà e legge che nasce la possibilità di contenere l'arbitrio del principe e di tutelare la sicurezza dei soggetti. La libertà e la sicurezza (della persona, dei beni) sono i valori finali che la legge permette di raggiungere nella misura in cui impedisce l'arbitrio.

La legge non è solo un momento interno all'organizzazione della sovranità: trae senso dalla sua destinazione funzionale, dal collegamento con un individuo che in essa trova la cornice e la tutela della sua azione. È in questo contesto che vengono formulati quei principi di legalità ('*nullum crimen sine lege*') e di eguaglianza giuridica (l'eguale sottoposizione di tutti i soggetti alla legge) che la civiltà giuridica ottocentesca darà in qualche modo per acquisiti (almeno idealmente, pur restando

incerta e problematica la loro effettiva realizzazione). Nel 'Settecento riformatore', comunque, la fiducia nella legge come strumento di protezione e di rafforzamento della libertà, della proprietà, dei diritti del soggetto va di pari passo con un atteggiamento ottimistico nei confronti della sovranità: che nella sua attuale configurazione tende pericolosamente al dispotismo, ma può, deve divenire l'espressione e il tramite di un ordine finalmente razionale.

Sovranità, legge, libertà (proprietà, diritti) si presentano dunque alla coscienza critica dei riformatori settecenteschi come momenti strettamente connessi; né questo collegamento viene travolto dal terremoto scatenato dalla rivoluzione, che pure introduce un linguaggio e una prassi di gran lunga eccedenti le previsioni e le aspettative dei *philosophes*. Anche per gli uomini della rivoluzione la sovranità è chiamata a tutelare quei diritti (la libertà e la proprietà innanzitutto) che costituiscono la chiave di volta e la condizione di legittimità del nuovo ordine: secondo la *Dichiarazione* dell'89 la sovranità è chiamata a realizzare (tutelare, coordinare) attraverso la legge i diritti naturali dei soggetti. I diritti naturali vengono (rousseauvianamente) trasformati in diritti civili e come tali rafforzati e compiutamente tutelati.

Non mancano comunque le novità, di grande rilievo, e riguardano tanto il sovrano quanto il soggetto. Chi sia il sovrano è stato già detto, alle soglie della rivoluzione, da Sieyès: la sovranità spetta a quei «venti milioni di francesi» che, fra loro eguali, immuni dallo stigma del 'privilegio', compongono, *sono* la nazione. Sovrana è la nazione ed il soggetto si realizza come cittadino in quanto, in aggiunta ai suoi diritti naturali-civili, gode di diritti politici, è parte attiva ed impegnata del corpo politico.

Il settecentesco ottimismo nei confronti della sovranità trova nella 'filosofia' della rivoluzione non soltanto una conferma ma una cassa di risonanza: il consueto circolo virtuoso fra sovranità, legge e libertà è rafforzato dalla nuova immagine del titolare della sovranità, che rinvia non più al monarca (sia pure illuminato), ma alla nazione, all'ente collettivo, al 'corpo'. Chiave di volta del rapporto fra sovrano ed individuo diviene allora (per la forza delle cose, al di là di 'filologiche' filiazioni) il pathos 'corporatista' del rousseauviano *Contratto sociale*: essendo il sovrano l'io comune, il corpo collettivo, coincidendo i molti con l'uno, il rapporto del soggetto con il sovrano è retto dalla convinzione che 'il corpo non può far male ai suoi membri'.

E' su questo terreno (la visione ottimistica della sovranità, rafforzata dall'immagine 'corporatista' della nazione sovrana) che si radica un orientamento

caratteristico della pubblicistica rivoluzionaria: la scarsa attenzione dimostrata nei confronti delle ‘garanzie’, nei confronti dei meccanismi giuridico-istituzionali capaci di rendere effettive le libertà solennemente dichiarate proteggendole dalle invadenze del potere: non c’è bisogno di garanzie perché, come voleva Rousseau, il corpo non nuoce ai suoi membri; le tentazioni dispotiche del potere sono bloccate, alla radice, dalla natura stessa del portatore della sovranità.

Se è vero dunque che, per il comune sentire degli uomini della rivoluzione, custode dei diritti è la nazione sovrana, se la sovranità (in quanto incarnata nel corpo della nazione) è non una minaccia ma un tramite dei diritti individuali, è anche vero che alcuni dei suoi più brillanti protagonisti (Sieyès, Condorcet) hanno tenuto presente l’ipotesi di una degenerazione ‘tirannica’ delle istituzioni; e per Condorcet sarà proprio la *Dichiarazione dei diritti*, collocata ad un livello più alto della legislazione ordinaria, il vero «rempart des citoyens», il miglior baluardo contro le leggi ingiuste che i rappresentanti della nazione vengano eventualmente ad emanare⁷.

Il tema della torsione ‘dispotica’ delle istituzioni repubblicane, lungi dall’essere innocuo e accademico, si pone al centro del dibattito e della lotta politica nel corso della progressiva radicalizzazione della spinta rivoluzionaria. È nel contesto della Francia assediata, della rivoluzione minacciata, che il rapporto fra sovranità e legge, fra costituzione, governo e diritti, si pone in una luce nuova e drammatica. Per Robespierre, per Saint-Just, non serve appellarsi alla costituzione quando è urgente l’esigenza di far fronte al nemico e salvare la patria: occorrono il terrore e la virtù; occorre un governo pronto a reagire e a colpire, libero dagli impacci, dalle lentezze e dalla astrattezza delle regole; conta non la legge, ma l’eccezionalità della situazione; è lo ‘stato di eccezione’ il principio che impone la difesa terroristica della libertà repubblicana: è la «necessità», è «la più santa di tutte le leggi, la salvezza del popolo», a legittimare il governo rivoluzionario rendendolo «terribile verso i cattivi», «favorevole ai buoni»⁸. E sarà, di nuovo, Condorcet a opporre invano allo ‘stato di necessità’, «pretesto della tirannia», l’esigenza di indicare tassativamente i

⁷ J.A.N. Caritat de Condorcet, *Réflexions sur ce qui a été fait et sur ce qui reste à faire, lues dans une société d’amis de la paix* (1789), in J.A.N. Caritat de Condorcet, *Oeuvres*, IX, a cura di A. Condorcet O’Connor e M.F. Arago (Didot, Paris 1847), rist. anast. Frommann, Stuttgart-Bad Cannstatt 1968, p. 447.

⁸ M. Robespierre, *Sui principi del governo rivoluzionario* (25 dicembre 1793), in M. Robespierre, *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. Cerroni, Studio Tesi, Pordenone 1992, pp. 145-46.

marginì e la durata dei provvedimenti eccezionali, di mantenere insomma i parametri essenziali della giustizia comune e della legalità⁹.

In brevissimo tempo, nella vorticosa 'accelerazione storica' impressa dalla rivoluzione, l'armonia prestabilita che sembrava regnare fra la sovranità, la legge e i diritti, la convinzione che la legge agisse come termine medio fra il soggetto e il potere traducendo la razionale volontà di quest'ultimo nei diritti 'naturalmente' spettanti al primo, si infrangono per essere sostituite da drastiche e drammatiche alternative: da un lato la percezione della pericolosità del potere, della possibile discrepanza fra la legalità formale e il sostanziale dispotismo dei provvedimenti del potere legislativo (e il conseguente tentativo di trovare nella *Dichiarazione dei diritti* un baluardo inattaccabile), dall'altro lato la teorizzazione di uno 'stato di necessità' che in nome della lotta della luce contro le tenebre, della libertà contro il dispotismo, della virtù contro la corruzione può legittimamente azzerare la legalità formale e i diritti individuali.

Certo, nei dibattiti rivoluzionari non ricorre l'espressione 'Stato di diritto': siamo quindi ancora nella 'pre-istoria' della nostra formula; che è 'pre-istoria' però anche in quanto annovera aspettative e problemi che costituiscono le pre-condizioni del futuro Stato di diritto. La 'filosofia' e la prassi rivoluzionarie si distaccano infatti nettamente da un 'regime' – la società dei corpi, delle gerarchie, dei 'privilegi' – che da quel momento comincia ad esser detto 'antico'. Non solo entra in scena un nuovo soggetto, che 'come tale' rivendica il diritto alla proprietà, alla libertà, alla partecipazione politica, ma anche si delineano una nuova immagine e una nuova 'esperienza' del potere. Mai come in questo momento il potere ha manifestato la sua straordinaria energia e capacità incisiva e trasformatrice. Il potere 'absolutus' dell'antico monarca (costretto in realtà a confrontarsi con assetti 'oggettivi' dai quali nascevano differenziate e consolidate posizioni soggettive) procedeva lungo binari in qualche misura sottratti alla sua volontà. Il potere della nazione sovrana si scrollava di dosso ogni predeterminato vincolo, tanto formale quanto contenutistico: la nazione, per Sieyès, è semplicemente tutto ciò che deve essere. È un assoluto potere costituente che con la sua forza irresistibile cancella l'antico regime e instaura il nuovo ordine della libertà e della proprietà. Certo, ci sono i diritti naturali (la libertà, la proprietà) che la nazione si limita a 'dichiarare': ma nel momento in cui li dichiara (e passa poi a realizzarli e coordinarli) essa dimostra anche nei confronti dei diritti

⁹ J.A.N. Caritat de Condorcet, *Sur le sens du mot révolutionnaire* (1793), in Condorcet, *Oeuvres*, cit., vol. XII, p. 623.

tutta la sua potenza determinante. L'ordine si fonda sui diritti, ma l'ordine dei diritti è instaurato dalla volontà costituente della nazione. Volontà legiferante e diritti si stringono in un rapporto che non è stato mai così stretto, mediato da una rivoluzione che si immagina e si legittima come un atto di distruzione del vecchio mondo e di instaurazione di un ordine nuovo.

La frattura rivoluzionaria è una vicenda specificamente francese. Il 'modello francese', anche se destinato a produrre effetti di enorme portata per l'intera Europa, non è però l'unica possibile risposta al problema del rapporto fra potere e diritto (e diritti): al contrario, un grande paese europeo, l'Inghilterra, aveva precocemente mostrato come comporre la vocazione 'assoluta' della sovranità con un sistema di vincoli capace di limitarne l'arbitrarietà e proteggere i soggetti, al punto da costituire un punto di riferimento esemplare per numerosi intellettuali francesi che, nel secolo dei lumi, vedevano prosperare in essa quello spirito di libertà e di tolleranza ancora duramente osteggiato nella loro patria.

L'assetto politico-sociale della Gran Bretagna settecentesca poteva apparire con buoni motivi a numerosi intellettuali 'illuminati' la migliore approssimazione possibile al modello di convivenza da essi raccomandato. L'immagine di società nella quale diverse filosofie sociali, tanto francesi quanto inglesi (e in particolare scozzesi), finivano per incontrarsi ha un carattere 'dicotomico': il segreto dell'ordine è riposto essenzialmente nell'azione dei soggetti e nella loro interazione; la società si organizza spontaneamente intorno ad alcune regole costitutive (la libertà, la proprietà, il contratto), mentre il potere politico interviene 'dall'esterno', come strumento di tutela e di protezione. La libertà individuale (la libertà di espressione, la libera soddisfazione dei bisogni nella forma 'razionale' della proprietà e del contratto) è la linfa vitale di un ordine che vive indipendentemente dall'intervento e dalle decisioni del potere sovrano, mentre la legittimazione di quest'ultimo è riposta nel nesso funzionale che lo lega alla società. Che si creda ancora negli argomenti giusnaturalistici e contrattualistici cui Locke ricorreva o ci si rivolga piuttosto a diversi schemi fondativi, la legge del sovrano non ha un valore costitutivo, ma ha soltanto una funzione protettiva e rafforzativa di un ordine che si radica nella struttura stessa dell'azione intersoggettiva.

Questo schema (nei cui profili essenziali, fatte salve le differenze di impostazione teorica, potevano riconoscersi Hume o Hutcheson o Smith o Blackstone) non è ovviamente la 'fotografia' della Gran Bretagna settecentesca, ma non è nemmeno una mappa di Utopia: è la rappresentazione, nella forma astratta e 'modellistica'

della teoria, di un tipo di società che costituisce il punto di approdo di un processo sviluppatosi in Inghilterra nei secoli precedenti.

Fino al XVII secolo la monarchia inglese, non troppo diversamente dai suoi corrispettivi continentali (Spagna e Francia), persegue con qualche successo la costruzione di un forte potere centrale. È nel corso del Seicento che le storie delle diverse monarchie (che possono dirsi in qualche modo già 'nazionali') cessano di essere parallele e si determina l'anomalia inglese, certo non in modo rapido ed indolore. Ci vuole un secolo o poco meno (caratterizzato da lotte cruente, colpi di scena, un regicidio, rivoluzioni, restaurazioni, patiboli, congiure) perché alla fine la storia dia ragione a Coke e torto a Hobbes: viene infatti teorizzata e costruita una sovranità divisa, o condivisa, e limitata ma non per questo l'ordine viene meno, travolto dal *bellum omnium*.

Coke ha ragione, *post mortem*, perché, dopo la guerra civile e la 'gloriosa rivoluzione', l'ordine politico-giuridico si assesta non intorno alla volontà monocratica del re, bensì intorno alla condivisione della sovranità e al primato del *common law*. L'ordine giuridico non è deciso dal sovrano, ma coincide con una tradizione immemorabile, si sviluppa nel tempo, cresce su stesso, si modifica e si impone come un insieme coerente di regole e di principi con il quale il potere politico deve fare i conti.

Il *common law* è, romanisticamente, *ratio scripta*: non ragione astratta, ragione naturale, ma ragione storicamente realizzata grazie ad una tecnica messa a punto e tramandata da generazioni di giuristi e giudici; ragione artificiale, quindi, ragione tecnica, ragione oggettivata, incorporata in un sistema di norme, ragione collettiva, espressione di un *corpus* di *sapientes* che di generazione in generazione perfezionano il sistema, lo raffinano e lo adattano alle mutevoli circostanze. È a giuristi come Coke, Hale, Blackstone che si devono la rappresentazione e la legittimazione di un tipo di ordine che si integra con il nuovo corso costituzionale inglese e si presenta come un sistema normativo dal quale discendono le posizioni di vantaggio, le libertà e i diritti dei soggetti.

Da un lato, dunque, l'assetto della sovranità viene investito da «una serie di lotte per il dominio e la composizione dei diversi organi del potere statale»¹⁰ che ne spezza l'originaria vocazione 'assolutistica', mentre, dall'altro lato, i doveri e i diritti dei soggetti vengono fatti dipendere da un sistema normativo largamente indipendente da un unitario centro di 'volontà'.

¹⁰ N. MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, cit., p. 66.

Il modello ‘dicotomico’ (l’idea di un ordine socio-giuridico rafforzato ‘dall’esterno’ dall’intervento del governo) non è dunque una superfetazione ‘teorica’ separata dalla realtà, ma è l’attendibile trascrizione (nel lessico ‘astratto’ della filosofia sociale) della logica profonda di un assetto ormai consolidato nella Gran Bretagna del Settecento.

Se questo è vero, la distanza dalla Francia appare allora nettissima anche quando i due mondi sembrano toccarsi, quando cioè i *philosophes* dichiarano tutta la loro ammirazione per il ‘modello inglese’. La distanza nasce dal fatto che quel modello, che i riformatori francesi usano come strumento di critica di un esistente assetto politico, per gli inglesi non appartiene al mondo del possibile e dell’alternativa, ma coincide sostanzialmente con l’ordine realizzato: non a caso Blackstone può tranquillamente coniugare giusnaturalismo e *common law* proprio perché è convinto che il diritto naturale (con il suo corredo di diritti, libertà, proprietà ecc.) trovi la sua puntuale e positiva realizzazione nel vigente sistema giuridico-costituzionale.

Per i francesi non sarà possibile tradurre in realtà il modello ideale, realizzare l’ordine dei diritti, ricondurre il sovrano al ruolo di custode della libertà e della proprietà, se non inaugurando una titanica ed esplosiva ‘politica della volontà’: se non affidando alla nazione sovrana il ruolo del demiurgo capace di abbattere l’ordine antico e realizzare i diritti. Si comprende allora il senso di quell’incandescente requisitoria che, già agli esordi della rivoluzione, Burke scaglierà contro gli uomini dell’89. Su entrambi i fronti si parla di diritti, ma in modo radicalmente diverso. I ‘veri’ diritti dell’uomo non possono essere decisi, voluti, imposti dall’atto ‘istantaneo’ di un’assemblea; essi sono una «inheritance», il retaggio di una tradizione immemorabile, il prodotto di una costituzione che si fa nel tempo e si sviluppa autonomamente.

Certo, nella Francia rivoluzionaria i diritti sono pur sempre ‘naturali’: essi però non si affermano per virtù propria, ma hanno bisogno dell’intervento della nazione sovrana per realizzarsi e la legge che li trasforma da ‘naturali’ a ‘civili’ acquista un valore in qualche modo costitutivo. La componente ‘volontaristica’ del modello francese che fa del diritto (e in ultima istanza dei diritti) l’espressione della volontà sovrana si oppone nettamente all’idea (emblematicamente burkiana) di un assetto giuridico oggettivo, impersonale, ‘non deciso’, che si integra con l’assetto della sovranità determinando la posizione dei soggetti.

Ancora diverso è il quadro offerto dalla federazione americana¹¹ *in statu nascenti*. Per il gusto della semplificazione e della combinatoria si potrebbe vedere in essa una 'terza via' che, per certi versi, raccoglie l'eredità del *common law* inglese, ma per altri versi si apre a temi e a preoccupazioni che appariranno caratteristici dell'ambiente francese. Un'esigenza comune a francesi e ad americani è la redazione di una costituzione che trasformi in norme giuridiche positive i diritti umani, i diritti naturali. Certo, i contesti sono profondamente diversi e diversi sono i 'nemici' contro i quali il progetto costituente si dirige: se per gli americani è la madre-patria a proiettare sulle colonie l'ombra di una sovranità ostile e mortificante, per i francesi è un'intera organizzazione politico-sociale, un lungo e pesante passato 'feudale' che occorre spazzar via.

In entrambi i casi prende comunque forma un processo costituente che nella sua dinamica e nel suo esito si differenzia nettamente dalla situazione inglese: è il potere costituente che 'positivizza' i diritti altrimenti costretti alla debolezza e alla precarietà del loro statuto 'naturale'. Il momento della volontà costituente ha quindi in America un rilievo che non ha riscontro in Gran Bretagna – ed è in questa prospettiva che occorre situare la 'fortuna' americana del contrattualismo lockiano – ma non dà luogo alle scelte che saranno proprie dell'assemblea francese (l'onnipotenza della nazione, la centralità della legge, soprattutto il forte nesso fra legge e diritti).

Le colonie americane non combattono contro il feudalesimo: lottano contro la sovranità del parlamento inglese e contro l'esercizio tirannico della sovranità che esso, a loro avviso, ha dimostrato di poter fare¹². La percezione della potenziale pericolosità della sovranità popolare trova quindi precoci e importanti manifestazioni nel dibattito americano, dove le tesi di Jefferson o di Paine, che intendono ricondurre l'edificio costituzionale alla 'assoluta' volontà di un popolo che in ogni occasione può 'ricominciare da capo' e riscrivere le regole del gioco, si contrappongono alla posizione di chi, come Adams, pur non rinunciando al fondamento ultimo della sovranità popolare, vuole stemperarne l'impatto ricorrendo al federalismo e al bilanciamento dei poteri.

¹¹ Al 'rule of law' americano è dedicato il saggio di B. Casalini, *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America*, in questo stesso volume.

¹² G. Stourzh, *The Declarations of Rights, Popular Sovereignty and the Supremacy of the Constitution: Divergencies between the American and the French Revolutions*, in *La Révolution américaine et l'Europe*, Ed. du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris 1979, p. 361.

Certo, anche in Francia non mancano – si pensi a Condorcet – precisi richiami al rischio del dispotismo e alla necessità di porre argini all’onnipotenza del legislatore. Se però le preoccupazioni ‘garantistiche’ appaiono in Francia niente di più di un ‘sentiero interrotto’, esse in America si traducono, a partire dalla famosa sentenza del giudice Marshall, in una dottrina giuridica e in una prassi, che se pure contemplanò come fondamento ‘originario’ dell’ordine politico la sovranità popolare, tuttavia attribuiscono ai principi costituzionali il valore di norme inderogabili, tutelate dal controllo che il giudice esercita sull’attività del potere legislativo.

È per questa via che negli Stati Uniti la libertà e la proprietà appaiono il perno di un ordine che la legge e il sovrano devono rispettare e tutelare. In America, come nella Francia e nella Gran Bretagna coeve, si diffondono modelli teorico-sociali che assumono la libertà e la proprietà dei soggetti come l’elemento portante dell’ordine e attribuiscono al sovrano l’onere di rispettarne e tutelarne le strutture portanti. Se dunque l’organizzazione del potere è in ogni caso legittimata dal nesso di funzionalità che la collega all’individuo e ai suoi diritti, il gioco del potere e del diritto, il rapporto fra legge e sovranità, è impostato nei diversi paesi secondo regole piuttosto diverse: in Francia e in America è, almeno in ultima istanza, la volontà del popolo sovrano che realizza i diritti; questa volontà però in America, ma non in Francia, si sdoppia in sistemi normativi nettamente differenziati – la costituzione e la legge – tanto da far retrocedere dietro le quinte il fondamento ‘volontaristico’ della prima; mentre, all’estremo opposto, la Gran Bretagna tende a ricondurre i diritti ad un ordine oggettivo che per esistere ed imporsi non ha bisogno di un preciso e fondante atto di volontà.

Al di là della diversità dei contesti e della difformità delle soluzioni, il tema del rapporto fra sovranità, diritto e libertà, a fine Settecento, si pone al centro della rappresentazione e della fondazione dell’ordine politico; ed è con la piena consapevolezza del suo ruolo ‘strategico’ che questo tema diviene uno dei principali passaggi della riflessione politico-giuridica kantiana.

La quadratura del circolo è per Kant riuscire a comporre la pienezza del potere sovrano con la libertà dei soggetti. Se per la morale la libertà coincide con l’interiore autonomia del soggetto, per il diritto, che si occupa soltanto della «relazione esterna, e precisamente pratica, di una persona verso un’altra»¹³, la libertà è inseparabile dalla

¹³ I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in I. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Utet, Torino 1956, p. 406.

dimensione intersoggettiva. Il diritto è la cornice normativa dell'azione dei soggetti, la condizione della loro coesistenza: il suo fine è conciliare la libertà di un individuo con la libertà dell'altro; esso, quindi, non è che «l'insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uomo può accordarsi coll'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà»¹⁴. Sistema di coordinamento degli arbitri, il diritto, in quanto «derivato da principi a priori», non ha un carattere contingente, non è soggetto alla varietà dei luoghi e dei tempi, alle decisioni del principe: è un diritto che Kant continua a chiamare «naturale», in quanto le sue caratteristiche fondamentali prescindono dall'intervento di una specifica organizzazione politica¹⁵.

Il coordinamento delle libertà non è però un effetto che scaturisce dalla semplice esistenza di uno schema normativo: è sempre aperta la possibilità del conflitto e della prevaricazione e il diritto non può limitarsi ad enunciare il principio del coordinamento delle libertà, ma deve garantirne l'effettiva applicazione. Dato che l'obbligazione giuridica non si fonda su una motivazione etica, ma «si appoggia unicamente sulla possibilità di una costrizione esterna» che renda effettivamente possibile la 'coesistenza degli arbitri'¹⁶, la coazione viene quindi a far parte integrante dell'obbligazione giuridica.

La coazione evoca il sovrano: non si dà diritto senza la possibilità di ricorrere ad una forza capace di dirimere il conflitto e reprimere le violazioni; per questo Kant parla dell'obbligatorio passaggio dallo 'stato di natura' allo 'stato civile' (da un sistema giuridico in sé compiuto ma sprovvisto di forza coattiva ad un regime dove la norma è garantita dalla forza) come del «postulato del diritto pubblico» e indica nel «contratto originario» il fondamento della comunità politica. Il contratto originario è però non «un fatto», ma «una semplice idea della ragione»¹⁷: l'antica figura contrattualistica, che in Sieyès si era trasformata nella realtà (e nel simbolo) della volontà costituente della nazione, è ricondotta da Kant al ruolo di idea regolativa dell'ordine politico, che appare comunque come l'«unione di tutte le volontà particolari e private di un popolo in una volontà comune e pubblica»¹⁸.

Il diritto non è l'espressione della volontà sovrana né il sovrano rinvia alla volontà creatrice di un processo costituente. Ciò non toglie però che il diritto ha bisogno del sovrano e della sua forza coattiva per svolgere la sua funzione ordinante, richiede

¹⁴ Ivi, pp. 406-407.

¹⁵ Ivi, p. 422.

¹⁶ Ivi, pp. 408-409.

¹⁷ I. Kant, *Sopra il detto comune: "Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica"*, in I. Kant, *Scritti politici*, cit., p. 262.

¹⁸ *Ibidem*.

l'intervento di un «padrone» che pieghi la volontà di ciascuno e «lo obblighi ad obbedire a una volontà universalmente valevole, sotto la quale ognuno possa essere libero». È a questo punto che si profila il problema che Kant non esita a definire come il più difficile che l'umanità si trova di fronte: la legge ha bisogno dell'intervento coattivo del sovrano, ma questi «è a sua volta un essere animale che ha bisogno di un padrone»; si innesca così un processo *ad infinitum* che può essere risolto soltanto per approssimazione: «da un legno storto, come è quello di cui l'uomo è fatto, non può uscire nulla di interamente diritto»¹⁹.

La soluzione (sia pure tendenziale) si iscrive per Kant nella realizzazione di «una costituzione civile perfettamente giusta»²⁰. Ad essa non appartiene il perseguimento della felicità, che ciascun individuo determina variamente e liberamente. Se il governo assume come fine la felicità dei sudditi, esso non solo si arroga un compito impossibile (data la varietà dei contenuti individualmente attribuibili alla felicità), ma si sostituisce alle scelte insindacabili dei soggetti violando gravemente la loro libertà: togliendo «ogni libertà ai sudditi», il «governo paternalistico» è in realtà «il peggior dispotismo che si possa immaginare»²¹.

Non il perseguimento della felicità, ma la libertà, l'eguaglianza di fronte alla legge, l'indipendenza sono i principi di quella «giusta costituzione» che lo Stato è tenuto a rispettare e a realizzare coattivamente: la ragion d'essere e l'assetto costituzionale dello Stato si spiegano in rapporto ad un obiettivo che non ha a che fare con il benessere o la felicità promessa (o magari anche realizzata) da un regime dispotico, ma coincide con la tutela di «quello stato di cose, in cui la costituzione si accorda il più possibile coi principi di diritto»²². Il compito del sovrano è dunque tanto essenziale (dato il rapporto necessario che collega il diritto alla sanzione) quanto vincolato nel suo fine: esso deve agire per rispettare e difendere quei principi di libertà, uguaglianza e indipendenza che non sono leggi «che lo Stato già costituito emani» non sono principi di diritto positivo, sia pure di grado 'superiore', ma si presentano come quei «principi della pura ragione» che rendono possibile la giusta costituzione della società civile²³.

Sovrano e diritto appaiono dunque, nel rigoroso modello kantiano, perfettamente distinti e necessariamente collegati. Il diritto è uno schema normativo in sé compiuto dal quale dipende l'ordine delle libertà, che però solo l'intervento coattivo dello

¹⁹ I. Kant, *Idea di una storia universale*, in I. Kant, *Scritti politici*, cit., p. 130.

²⁰ Ivi, p.129.

²¹ I. Kant, *Sopra il detto comune*, cit., p. 255.

²² I. Kant, *Principi metafisici*, cit., p. 505.

²³ I. Kant, *Sopra il detto comune*, cit., p. 254.

Stato può rendere effettivamente vigente. I compiti del sovrano sono quindi chiaramente predeterminati: escluso un intervento 'positivo' in vista della felicità, il sovrano mette la sua forza al servizio della «giusta costituzione» della libertà (e merita di ottenere la pronta e assoluta obbedienza dei sudditi). La volontà (del sovrano, del popolo) non ha parte alcuna nella fondazione del diritto (e dei diritti) né compare come momento di un processo costituente da cui dipenda la creazione dell'ordine politico. E' nella razionale organizzazione dello Stato e nel nesso funzionale che collega la sua forza coattiva con il diritto (con l'ordine delle libertà) che è riposta la possibilità di risolvere (almeno per approssimazione) quel problema che lucidamente Kant presenta come un dilemma decisivo: comporre cioè la posizione 'assolutamente' dominante del «padrone» con l'inflessibilità di una regola di cui egli deve essere semplicemente il custode.

4. *Lo Stato di diritto fra rivoluzione e '48*

Kant non fa uso dell'espressione 'Rechtsstaat', 'Stato di diritto', ma già nel 1798 J. W. Placidus, riferendosi a Kant e ai suoi seguaci, parla della «Schule der Rechts-Staats-Lehre»²⁴ e instaura un collegamento 'originario' fra Kant e la dottrina dello Stato di diritto che resterà fermo nella riflessione successiva; ed è appunto in Germania che nel corso dell'Ottocento l'espressione 'Stato di diritto' esce dalla 'preistoria' ed entra ufficialmente nella 'storia', divenendo oggetto di un'elaborazione che eserciterà un forte (anche se tardivo) influsso sulla cultura giuridica tanto italiana quanto francese.

Anche là dove l'espressione 'Stato di diritto' tarda a comparire, come in Francia, vengono comunque al pettine i nodi che il dilemma kantiano aveva lucidamente messo in evidenza, aggravati dalla decisiva ma ingombrante eredità della rivoluzione. È con la rivoluzione che si misurano quegli intellettuali che cominciano ad essere chiamati 'liberali' – da Constant a De Staël, a Guizot, a Tocqueville – ed è dalla rivoluzione che essi traggono la convinzione di dover ripensare a fondo il problema della sovranità, della legge, dei diritti. La critica constantiana a Rousseau (e, per esso, alla rivoluzione giacobina) pone in primo piano quel problema delle garanzie che il pathos corporatista e la fiducia nella nazione sovrana relegavano ai margini del dibattito rivoluzionario. La fiducia (prima illuministica e poi

²⁴ M. Stolleis, voce *Rechtsstaat*, cit., p. 368. E.-W. Böckenförde (*Entstehungswandel des Rechtsstaatsbegriffs*, cit., p. 53-54) ricorda che Carl Theodor Welcker, nel 1813, e Johann Christoph Freiherr von Aretin, nel 1824, impiegano l'espressione 'Rechtsstaat'.

rivoluzionaria) nel sovrano e nella sua naturale alleanza con l'individuo crolla di fronte al traumatico episodio del Terrore per dar luogo ad una 'strategia del sospetto' nei confronti del potere politico²⁵.

Indispensabile (anche secondo Constant) per garantire l'ordine, il sovrano appare tuttavia costitutivamente esposto al rischio del dispotismo. Il problema di controllare ed arginare la terribile energia del potere – un problema d'altronde già presente nella 'preistoria' dello Stato di diritto – acquisisce, in Constant e nel liberalismo francese del primo Ottocento, un'urgenza e una centralità nuove. La difesa dei diritti individuali (la libertà, la proprietà) deve essere presentata come un'esigenza 'assoluta', indisponibile ad eccezioni e temperamenti, deve suggerire un'organizzazione costituzionale adeguata, deve soprattutto tradursi in una lotta senza quartiere a ciò che Constant considera la degenerazione più grave cui il potere è costantemente esposto: l'arbitrio, la sottrazione alle regole in nome dell'efficienza o della necessità. Quello 'stato di necessità' che serviva ai giacobini per legittimare la sospensione della costituzione appare a Constant il varco attraverso il quale irrompe la forza sfrenata e terribile del potere. È proprio il Terrore ad offrire l'esempio più drammatico della patologia del potere e a suggerire, per contrasto, una possibile terapia: se il sovrano travolge l'individuo proprio perché il suo potere è sottratto ad ogni limite e controllo, l'antidoto non può essere offerto che dal rispetto delle regole, dall'osservanza dei vincoli formali.

La certezza dei diritti dipende dalla certezza delle regole. La stessa condanna constantiana dell'interventismo 'illuminato' di Mably e di Filangieri²⁶ nasce dalla convinzione che le 'leggi speculative', le leggi che incidono sulla dinamica sociale perseguendo finalità sempre nuove e inaspettate, proprio perché 'guardano al futuro' reintroducono surrettiziamente quel tasso di imprevedibilità e di incertezza, quel margine di arbitrarietà, che il rispetto delle forme e delle regole si proponeva di eliminare.

La certezza dei diritti rinvia alla certezza delle norme e delle forme giuridiche e queste a loro volta implicano il sostegno esterno, sostanziale e non formale, di quella

²⁵ B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, a cura di E. Hofman, T.I. Droz, Genève 1980, pp. 22 sgg. Cfr. anche B. Constant, *Principes de politique* [1815], in B. Constant, *Oeuvres*, a cura di A. Roulin, Gallimard, Paris 1957.

²⁶ Cfr. B. Constant, *Commento sulla scienza della legislazione di Gaetano Filangieri*, Tipografia Elvetica, Capolago 1838.

vera e propria valvola di chiusura del sistema che per Constant (e per l'intero liberalismo ottocentesco) è costituita dall'opinione pubblica²⁷.

Il gioco dei mezzi e dei fini, il quadro degli 'alleati' e dei 'nemici', comincia dunque ad essere chiaramente definito. L'obiettivo è la sicurezza della libertà e della proprietà, il mezzo è la rete di regole e di vincoli formali che avvolge il sovrano impegnandolo (con l'ausilio 'esterno' dell'opinione pubblica) a svolgere il suo indispensabile compito di custode dell'ordine. La complicazione del quadro – il dilemmatico passaggio dal kantiano 'legno storto' al 'legno 'diritto' – nasce dal fatto che la tutela (coattiva) dei diritti è offerta inevitabilmente da quel potere da cui proviene, per quegli stessi diritti, la più temibile minaccia.

Constant svolge il filo delle sue riflessioni in anni ancora molto vicini alla conturbante esperienza del Terrore. È già però determinato il quadro delle aspettative e dei timori che anche il successivo liberalismo francese continuerà a coltivare di fronte ad un potere i cui profili, già tratteggiati nei brevi anni della 'grande rivoluzione', sembrano trovare una conclusiva conferma nelle aspirazioni e nelle convulsioni quarantottesche. Per chi non persegue l'obiettivo della 'repubblica politica e sociale', per chi continua ad assumere come proprio punto di riferimento non il '93 ma l'89, non la repubblica giacobina ma la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, il potere continua ad essere una minaccia che si concretizza storicamente nell'immagine della 'maggioranza tirannica': è la forza cieca e brutale del numero, è il deprecabile avvento di una 'democrazia senza qualità' che giocando sulla sinergia di alcuni dei più trascinanti simboli rivoluzionari – l'eguaglianza, la sovranità popolare, il suffragio universale – minaccia di travolgere qualsiasi freno e garanzia. La maggioranza onnipotente reintroduce quel primato della 'volontà' che la rivendicazione del carattere 'assoluto' dei diritti tentava di esorcizzare facendo leva sul rispetto delle regole e sulla forza della pubblica opinione.

Il liberalismo prequarantottesco è perfettamente consapevole dell'importanza della posta in gioco e della fragilità dei 'rimedi' proposti: la posta in gioco è quell'ordine della libertà e della proprietà che costituisce la destinazione di senso dell'apparato politico-costituzionale e i rimedi nei confronti della 'tirannia' appaiono fragili perché dipendenti, in ultima istanza, da quello stesso sovrano che, in nome del primato della volontà (dell'assemblea, della maggioranza, del popolo) può

²⁷ Cfr. B. Constant, *Le reazioni politiche*, in B. Constant, *Le reazioni politiche; Gli effetti del terrore*, a cura di F. Calandra, E.S.I., Napoli 1950, p. 91, p. 97.

decidere di travolgerli. Di fronte a questo pericolo largamente sentito, la proposta forse più precisa e articolata è sviluppata da Antonio Rosmini: per un verso offrire ai diritti una fondazione ‘forte’, metafisicamente inoppugnabile, per un altro verso fare del sovrano, per mezzo di un meccanismo rappresentativo rigorosamente censitario, lo specchio fedele dell’assetto proprietario, infine – ed è l’aspetto più rilevante – predisporre, attraverso l’istituzione di un «tribunale politico», di una «Suprema corte di giustizia politica», un efficace controllo dell’assemblea legislativa. È questo tribunale che dovrà svolgere «l’ufficio di conservatore e di guardiano della Costituzione nazionale», controllando la conformità delle leggi «colla legge fondamentale, che dev’essere a tutte l’altre superiore, a tutte pietra di paragone». Aniché varare una costituzione e poi lasciarla «là sola», senza pensare ad alcun potere «incaricato di custodirla», occorre creare un organismo che la difenda da ogni infrazione: la costituzione allora «non è più una carta scritta senza voce», ma «le è data la vita e la parola»²⁸.

Al di là degli interventi di ‘ingegneria costituzionale’ immaginati per arginare le minacce del potere²⁹, sia che si profili l’ipotesi di una norma costituzionale superiore e intangibile sia che si invochi genericamente il ruolo garantistico delle norme e delle forme giuridiche, in nessun caso la tensione fra potere e diritto appare risolta dalla semplice predisposizione di espedienti e meccanismi formali: questi infatti, per un verso, vengono presentati come strumenti per un fine (la preservazione dei diritti individuali) cui si attribuisce un valore ‘assoluto’, mentre, per un altro verso, vengono concepiti non come un rimedio autosufficiente, ma come uno mezzo che, pur indispensabile, presuppone, per funzionare effettivamente, l’intervento (‘esterno’ e non formale) dell’opinione pubblica.

Se il liberalismo pre-quarantottesco ripropone nei suoi termini costitutivi il dilemma kantiano e tenta di prospettarne una soluzione giocando su un doppio collegamento (fra il potere e il diritto, fra il potere giuridicamente vincolato e i diritti individuali), a sua volta rafforzato dal controllo dell’opinione pubblica, la cultura politico-giuridica tedesca affronta il medesimo viluppo tematico introducendo, già prima del ’48, un termine destinato a notevole fortuna: ‘Rechtsstaat’.

Quali che siano i significati che questo lemma assume nell’Ottocento tedesco, certo è che essi vengono profilandosi all’interno di un sapere giuspubblicistico che

²⁸ A. Rosmini, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, in A. Rosmini, *Progetti di costituzione. Saggi editi ed inediti sullo Stato*, a cura di C. Gray [Edizione nazionale delle opere edite e inedite di A. Rosmini-Serbati, vol. XXIV], Bocca, Milano 1952, p.231.

²⁹ Cfr. J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’Ottocento*, Giappichelli, Torino 1990.

si distanzia dal 'modello francese' in ogni sua componente, nella fondazione dello Stato e nella descrizione del suo ruolo così come nella rappresentazione del soggetto e dei suoi diritti. Domina in essa un 'paradigma storicistico' che, pur interpretato in modo profondamente diverso dall'uno o dall'altro autore, pur risolto in opzioni politico-ideologiche anche opposte (conservatrici o liberali), tuttavia resta ancorato ad alcuni fondamentali e ricorrenti assunti: in primo luogo, l'ordine politico non è deciso, voluto, costruito, ma è legato alla tradizione, alla storia, alla continuità dello sviluppo; in secondo luogo, il 'soggetto' dello sviluppo è un ente collettivo, il popolo, che storicamente plasmato e corredato di una sua specifica identità etico-spirituale, si realizza, si rende visibile, nello Stato³⁰; in terzo luogo, l'identità politico-giuridica del soggetto si determina nell'appartenenza al popolo-Stato e i diritti, di conseguenza, non possono essere riferiti ad un'astratta, giusnaturalistica personalità, ma nascono dal nesso vitale che collega l'individuo al popolo-Stato.

È in questo quadro che si sviluppano le due principali versioni della formula del 'Rechtsstaat' nella Germania della prima metà dell'Ottocento, dovute a Friedrich Julius Stahl e a Robert Mohl³¹.

Per Stahl³², «il soggetto del diritto è il popolo nella sua unità..., non il singolo come tale». E' nella concreta appartenenza al popolo che la personalità individuale si realizza concretamente, storicamente. Il rapporto fra il singolo e l'ordine giuridico è mediato dall'appartenenza al popolo: l'individuo è sottoposto al diritto «non come singolo, come *homo*», ma in quanto parte del popolo, «membro dell'intero», «*civis*»³³. Il popolo, a sua volta, si trasfonde e si realizza necessariamente nello Stato: esso è la «personificazione della comunità umana», l'unione di un popolo sotto un'autorità sovrana³⁴, una totalità originaria, l'espressione oggettiva e necessaria della comunità nazionale, non una formazione dipendente dalla volontà dei singoli membri.

³⁰ Cfr. M. Ricciardi, *Linee storiche sul concetto di popolo*, in "Annali dell'istituto italo-germanico in Trento", XVI, 1990, pp. 303-369.

³¹ Allo Stato di diritto nella cultura tedesca è dedicato il saggio di G. Gozzi, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in questo volume; cfr. anche I. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in M. Tohidipur (a cura di), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, cit., vol. I, pp. 13-81; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 35 sgg.

³² Cfr. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, Beck, München 1992, pp.152 sgg.

³³ Fr. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts, II, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Erste Abteilung, *Die allgemeinen Lehren und das Privatrecht* (Tübingen 1878⁵), Olms, Hildesheim 1963, pp. 195-96.

³⁴ Ivi, p.131.

È a questo Stato che Stahl riferisce il termine di 'Rechtsstaat', indicando con chiarezza il senso di questa espressione. Qualificare lo Stato come Stato di diritto non significa vedere in esso una realtà eticamente indifferente (peraltro esclusa già per il legame storico-spirituale che esso intrattiene con il popolo) né postula l'adesione all'idea kantiana (o humboldtiana) di un sovrano impegnato soltanto nella difesa dei diritti individuali: non si vuole, con quell'espressione, impedire allo Stato di perseguire i fini più vari né si vuole estendere il dominio del diritto allo «scopo e al contenuto dello Stato». Con Stato di diritto si intende semplicemente contrassegnare uno Stato che agisce nella forma del diritto, uno Stato che si propone di «determinare esattamente e fissare incrollabilmente le linee e i limiti della sua attività così come le libere sfere dei cittadini nella forma del diritto (in der Weise des Rechts)». Il diritto è la modalità formale dell'azione dello Stato, la sua veste giuridica: lo Stato di diritto si contrappone allo 'Stato di polizia' (così come al «Volksstaat» di Rousseau e di Robespierre) e corrisponde alla tendenza evolutiva dell'età moderna non tanto perché adotta l'uno o l'altro contenuto, quanto perché sottrae la sua azione all'estemporaneità e all'arbitrio, la rende regolare, 'normata', giuridica. Lo Stato moderno, in quanto Stato di diritto, non può che agire (quali che siano i contenuti della sua azione) nella forma del diritto³⁵.

Lo Stato di diritto non è tale in quanto assume come propria immanente finalità la tutela dei diritti individuali e a questo scopo si preoccupa di sottoporre il potere a vincoli che neutralizzino la pericolosità della sua azione. Certo, Stahl parla di diritti fondamentali, di libertà, di eguaglianza, adottandosi per offrirne una rappresentazione che si vuole sottratta alle 'individualistiche' astrattezze del 'modello francese, consapevole di dover mediare i diritti individuali con le caratteristiche di un ordine necessariamente diseguale e gerarchico. Essenziale comunque, nella prospettiva di Stahl, è il fatto che il 'Rechtsstaat' si traduce non già in un sistema di vincoli contenutistici cui l'azione dello Stato soggiace, ma nella modalità formale, giuridico-normativa, nella quale l'attività statale deve esprimersi.

Che il 'Rechtsstaat' per Stahl contrassegni essenzialmente una modalità di azione dello Stato piuttosto che un ponte (costruito dal diritto) fra il sovrano e i soggetti è una conseguenza coerente non tanto (o non soltanto) della sua scelta politicamente conservatrice quanto della sua complessiva impostazione teorica, dominata dalla centralità del popolo-Stato e dalla convinzione di dover declinare i diritti in stretta connessione con l'appartenenza del soggetto alla comunità politica.

³⁵ Ivi, pp. 137-38.

Da questa interpretazione dello Stato di diritto diverge nettamente la proposta di Robert Mohl, che introducendo il termine 'Rechtsstaat' nel titolo stesso di una sua vasta opera dedicata alla 'Polizeiwissenschaft'³⁶ tiene, per così dire, ufficialmente a battesimo quell'espressione³⁷. Non siamo certo di fronte ad un titolo 'kantiano' e d'altronde Mohl dichiara apertamente la sua insoddisfazione nei confronti di una prospettiva, quale quella kantiana, che conduce ad un'eccessiva mortificazione e contrazione dell'impegno amministrativo e 'governante' dello Stato. Occorre piuttosto ripensare l'interventismo del sovrano (un *topos* della tradizione cameralistica tedesca) alla luce degli enunciati fondamentali dello Stato di diritto, ponendo al centro la libertà individuale, ma nello stesso tempo superando il rigorismo 'astensionista' della teoria kantiana.

Lo Stato di diritto è per Mohl un tipo di Stato adeguato ad una società che vuole svilupparsi contando sulle energie e sull'iniziativa dei suoi membri. La valorizzazione delle risorse individuali e collettive passa necessariamente attraverso il potenziamento della libertà, che per Mohl non si identifica con il semplice 'spazio vuoto' di un soggetto preoccupato delle altrui ingerenze, ma si sostanzia nell'azione affermativa ed espansiva del singolo. Lo Stato di diritto è appunto un tipo di Stato capace di valutare esattamente la misura e i limiti del suo intervento, deciso a non compromettere l'autonomia delle scelte e delle iniziative individuali, ma anche pronto a sorreggere il singolo rimuovendo gli ostacoli che le sue sole forze non bastino a superare.

Non è allora sufficiente, come voleva Stahl, che l'intervento statale si esprima nella forma del diritto: perché lo Stato sia un 'Rechtsstaat' il diritto deve intervenire vincolando la sua azione al perseguimento di un obiettivo – la libertà individuale – che non si identifica con una grandezza meramente negativa, con una zona protetta dall'interferenza del potere, bensì coincide con lo «sviluppo onnilaterale» della personalità. Se occorre quindi determinare normativamente la sfera individuale e affidarne al giudice la tutela, occorre anche guardarsi dal limitare l'intervento dello Stato alla semplice funzione giurisdizionale, come se fosse possibile vivere in uno Stato che non fornisse nessun altro servizio al di fuori dell'amministrazione della giustizia³⁸.

³⁶ *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*.

³⁷ Cfr. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 95 sgg.; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., p.258.

³⁸ R. von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832) vol. I, Laupp, Tübingen 1844², p.10, nota 1.

Non la centralità dello Stato, comunque, ma la libertà del soggetto è la stella polare della riflessione di Mohl: è la libertà (come 'immunitas' e insieme come azione espansiva e affermativa) il fine, il limite, il criterio dell'azione statale, che anche là dove si traduce in un intervento a sostegno dell'intrapresa individuale, deve procedere nell'osservanza delle norme giuridiche come delle regole di costume, deve tener conto dell'indole e delle inclinazioni peculiari di un popolo³⁹ e soprattutto rispettare la proprietà, che costituisce la condizione imprescindibile dello sviluppo individuale⁴⁰.

Critico di uno Stato kantianamente limitato alla salvaguardia dei diritti, Mohl è comunque incline a sottolineare il nesso funzionale che lega lo Stato ad un individuo proteso al libero e creativo impiego delle proprie risorse: si comprende quindi che con qualche ragione Stahl potesse accusare Mohl di un'eccessiva inclinazione al vizio (capitale, per il paradigma storicistico) dell'atomismo'. In realtà, anche se Mohl ritiene di sfuggire all'accusa di Stahl proprio perché anch'egli convinto del ruolo attivo ed insostituibile dello Stato e del suo nesso vitale con la società, le radici del dissenso rinviano a due immagini profondamente diverse di Stato e quindi di Stato di diritto. Anche Stahl parla di 'Rechtsstaat' e vuole un'azione statale giuridicamente 'normata': ma se per Stahl il centro di gravitazione è la comunità politica, il popolo-Stato dall'appartenenza al quale dipende l'effettiva realizzazione dei diritti del soggetto, per Mohl la condizione di legittimità e la misura dell'azione statale sono dettate dalla libertà degli individui.

Certo, anche per Stahl dall'intimo legame fra Stato e diritto, dalla necessaria traduzione giuridico-normativa cui l'azione dello Stato (in quanto Stato di diritto) è sottoposta, nasce per i soggetti un preciso vantaggio: il vantaggio di poter contare sul carattere prevedibile, regolare, regolato dell'intervento statale. Ciò che però in Stahl viene a cadere, mentre continua ad essere centrale in Mohl, è la destinazione funzionale cui il diritto pretende di piegare lo Stato collegandolo strettamente all'individuo e ai suoi diritti fondamentali.

5. Lo Stato di diritto nella giuspubblicistica tedesca del secondo Ottocento

La formula dello Stato di diritto, se prima del '48 in Germania può servire come parola d'ordine per una politica di riforme liberal-costituzionali, nella seconda metà

³⁹ Ivi, pp. 30-32.

⁴⁰ Ivi, pp. 21-22.

del secolo subisce, per un verso, un processo di depoliticizzazione e di tecnicizzazione⁴¹, mentre, per un altro verso, stimola importanti approfondimenti teorici e legittime rilevanti innovazioni istituzionali.

Occorre tener presenti, sullo sfondo, le trasformazioni cui il paradigma storicistico va incontro nello sviluppo del sapere giuspubblicistico nella Germania del secondo Ottocento. Se l'opzione storicistica e organicistica continua, in termini generali, ad essere un tratto caratteristico della cultura politico-giuridica tedesca, a partire dagli anni Cinquanta-Sessanta si dipartono linee di riflessione fra loro divergenti: in un caso, si colloca lo Stato sullo sfondo di una rete di gruppi e associazioni con la quale esso è ontologicamente collegato e si indica nell'associazione, nella *Genossenschaft*, la matrice dell'intero diritto pubblico, prendendo sul serio e sviluppando fino in fondo le suggestioni organicistiche della tradizione; nell'altro caso, pur mantenendo ferma l'idea di un legame genetico fra 'popolo' e 'Stato', fra la realtà storico-spirituale della nazione e la sua realizzazione giuridico-istituzionale, si fa dello Stato e della sua volontà sovrana il perno dell'ordine e l'oggetto specifico ed esclusivo del sapere giuridico.

La formula dello Stato di diritto non può non essere coinvolta da questa complessa vicenda intellettuale.

Al 'Rechtsstaat' Otto Bähr intitola, agli inizi degli anni Sessanta, un'opera che sarà un importante punto di riferimento per il dibattito non solo tedesco ma anche italiano. Bähr si muove in quella prospettiva che, da Beseler a Gierke, insiste sul ruolo centrale che, nel costituirsi dell'ordine, ha svolto e continua a svolgere il gruppo sociale, la *Genossenschaft*. È convinzione di Bähr che solo in questa prospettiva sia possibile superare l'insoddisfacente posizione di Stahl, che decanta le virtù dello Stato di diritto, ma, riducendolo ad una dimensione puramente formale, rinuncia a porre limiti effettivi all'attività discrezionale del sovrano⁴².

Quando infatti si prenda in considerazione la struttura di un qualsiasi gruppo sociale emergono con chiarezza i tratti generali del fenomeno politico-giuridico: ogni associazione è un microcosmo caratterizzato da regole costitutive, da ruoli di comando, da una determinata distribuzione di oneri e diritti. La vita di ogni associazione dipende insomma dalla capacità di combinare la supremazia e la discrezionalità decisionale dei governanti con la tutela delle posizioni di vantaggio degli associati⁴³. Ciò che vale per una qualsiasi associazione vale anche per lo Stato,

⁴¹ M. Stolleis, voce *Rechtsstaat*, cit., p. 372.

⁴² O. Bähr, *Der Rechtsstaat* (1864), Scientia, Aalen 1961, pp. 1-3.

⁴³ Ivi, pp. 32-39.

che è semplicemente il culmine di una lunga catena di gruppi di diversa estensione e complessità⁴⁴. Anche lo Stato implica l'esistenza di una «legge fondamentale», che non è il frutto di un'improvvisa e volontaristica 'decisione', ma è la consacrazione normativa dell'assetto giuridico esistente e determina la competenza degli organi e i diritti e i doveri dei soggetti.

Il problema delicato, che si pone per lo Stato e non per le altre associazioni minori, è, anche per Bähr, il problema già limpidamente enunciato da Kant e destinato a costituire il vero rompicapo della dottrina ottocentesca dello Stato di diritto: la difficoltà di pensare un arbitro imparziale delle controversie quando le parti in conflitto sono, da un lato, il suddito, dall'altro lato, il sovrano, la difficoltà insomma di immaginare un controllore del controllore, quando l'azione *sub iudice* è imputabile a quella persona sovrana dalla quale l'ordine complessivo dipende.

La soluzione per Bähr è offerta dalla distinzione fra le varie funzioni dello Stato: di fronte allo Stato legislatore e allo Stato giudice le garanzie dei cittadini sono solo morali; quando però lo Stato agisce come amministrazione, è possibile affidarne il controllo a un giudice che tuteli la sfera giuridica individuale⁴⁵. È questo il nucleo concettuale destinato ad essere continuamente ripreso e approfondito nei decenni successivi⁴⁶, data la rilevante importanza di una teoria che apra la strada ad un controllo giurisdizionale dell'amministrazione e favorisca la messa a punto di quegli organi di giustizia amministrativa che in effetti si diffonderanno negli ultimi decenni dell'Ottocento in Germania come in Italia ed in Francia⁴⁷.

Per quanto fortunata e brillante, e legata ai fondamentali risvolti istituzionali della 'giustizia nell'amministrazione', la soluzione offerta da Bähr al problema 'kantiano' del 'legno storto' è però consapevolmente parziale: non lo Stato come tale, ma una sua specifica, ancorché rilevante, espressione (l'attività amministrativa) risulta giuridicamente controllabile. La formula dello Stato di diritto, in questa prospettiva, in parte riduce le sue pretese, in parte le rende più concrete e raggiungibili: non aspira

⁴⁴ Ivi, pp. 18-21.

⁴⁵ Ivi, pp. 45-52.

⁴⁶ In particolare da Otto Mayer. Su Mayer cfr. M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXXIII, 1983, pp. 600-659.

⁴⁷ Cfr., per l'Italia, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano 1985; per la Germania, W. Rübner, *Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in K.G.A. Jeserich, H. Pohl, G.-C. von Unruh (a cura di), *Deutsche Verwaltungsgeschichte, vol. III, Das deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart 1984, pp. 909 sgg.; per la Francia, F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, Paris 1995.

ad un limite 'globale' che, in nome del diritto, possa essere opposto all'arbitrio sovrano, ma nel contempo va al di là della 'formale' soluzione di Stahl (lo Stato di diritto come 'Stato che si esprime nella forma del diritto') e mette in evidenza un settore dove il gioco delle regole e dei controlli può essere chiaramente fondato e dar luogo ad una precisa organizzazione istituzionale.

Bähr si muove all'interno di una prospettiva che presuppone l'idea di *Genossenschaft* e la fondamentale omogeneità fra l'organismo sociale e lo Stato e su questa base valorizza la formula dello Stato di diritto. Allo Stato di diritto dichiara peraltro di attribuire importanza anche un giurista come Carl Friedrich Gerber, che si allontana dalla tradizione organicistico-storicistica facendo dello Stato-persona l'oggetto esclusivo del sapere giuspubblicistico⁴⁸.

Secondo Gerber, quando si voglia cogliere lo Stato nella sua dimensione specificamente giuridica, la vita 'organica' del *Volk* ed i suoi contenuti etico-spirituali non rilevano come tali, ma solo in quanto trasfusi e realizzati nello Stato. Lo Stato come capacità di volere, come «personalità giuridica», è il «custode e rivelatore di tutte le forze del popolo», «la suprema personalità di diritto»⁴⁹, incarnazione della «potenza etica di un popolo giunto a coscienza di sé, «forma sociale dell'umanità»: nessun potere concorrente può limitarne e insidiarne dall'interno la sovranità. La rappresentazione dei soggetti e dei loro diritti, che Gerber delinea, scaturisce dalla sua intransigente opzione statocentrica. I diritti individuali sono la conseguenza indiretta dell'autonoma decisione di uno Stato che agisce unilateralmente in vista dei propri fini: essi devono essere concepiti come «una serie di effetti di diritto pubblico», come i riflessi di un ordine normativo imperniato sulla volontà statale⁵⁰.

È difficile immaginare in questo contesto un legame funzionale fra Stato, diritto e soggetti: che lo Stato sia 'Stato di diritto', 'Rechtsstaat', è per Gerber un modo di affermare semplicemente l'esigenza che lo Stato realizzi «la sua più alta forza» agendo «all'interno della sua sfera di esistenza giuridica»⁵¹. L'interesse della riflessione di Gerber nella storia dello Stato di diritto sta però altrove, nella posizione che egli assume di fronte al suo punto critico, di fronte al riaffiorare di un'esigenza peraltro difficilmente appagabile, l'esigenza di 'pensare' (e di realizzare) uno Stato che possa essere, insieme, padrone e servo dell'ordine giuridico.

⁴⁸ Cfr. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione*, cit., pp. 243 sgg.

⁴⁹ C.F. v. Gerber, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in C.F. v. Gerber, *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Giuffrè, Milano 1971, p. 95.

⁵⁰ Ivi, pp. 65-68.

⁵¹ Ivi, p.118, nota 18.

La soluzione di Gerber è netta: è lo Stato il padrone, è lo Stato che determina, insieme all'ordine giuridico, i diritti individuali che di esso sono appunto i 'riflessi'. Da un punto di vista rigorosamente giuridico non si danno limiti formali alla sovranità statale e resta fermo che per il giurista l'oggetto unitario ed esclusivo di indagine è lo Stato. Ciò non toglie però che anche per Gerber lo Stato esiste storicamente in rapporto al popolo, di cui costituisce la realizzazione e la concrezione giuridica. Lo Stato è quindi sempre messo di fronte ad «interessi», a «manifestazioni e condizioni di vita» che si impongono perché sono parte del medesimo processo storico-spirituale da cui esso stesso promana: disattenderli suonerebbe come «un'ingiuria alla dignità etica di una Nazione o come un ostacolo al suo libero sviluppo»⁵². I tratti caratteristici della moderna civiltà giuridica che Gerber passa in rassegna (la libertà di coscienza, di pensiero, di stampa, di associazione, di espatrio, l'indipendenza della giurisdizione) finiscono dunque per essere i contenuti storicamente necessari di una volontà statale che pure, sul terreno giuridico-formale che è il suo proprio, definisce unilateralmente l'ordine giuridico e i diritti individuali.

La riflessione di Gerber, pur centrata sullo Stato e sulla rigorosa deduzione dei diritti individuali dall'ordine normativo determinato dallo Stato stesso, non si sottrae comunque alla postulazione di un 'doppio binario': il binario della storia, che plasma il volto dello 'Stato moderno' e lo correda di diritti che la coscienza collettiva non può non considerare irrinunciabili, e il binario del diritto, che non concede ai diritti altro fondamento che non sia la loro dipendenza dall'oggettivo ordine statale.

Che i diritti siano soltanto un effetto indiretto della volontà statale è una tesi decisamente respinta dal più agguerrito difensore della tradizione organicistica, Otto von Gierke⁵³. Nei confronti della 'svolta' di Gerber, e in particolare della rigidità dogmatica con la quale il suo allievo Laband la recepisce e la svolge, Gierke manifesta un netto dissenso, che investe tanto il metodo quanto i contenuti: sul piano del metodo, Laband recide il nesso fra storia e diritto, sopravvalutando la logica e dimenticando che il substrato storico-spirituale dello Stato è parte integrante della sua 'positiva' realtà; sul piano dei contenuti, egli applica gli schemi giusprivatistici al diritto pubblico con il risultato di assolutizzare, dello Stato, il carattere della 'volontà dominante', dimenticando il «Gemeinwesen», il substrato comunitario da cui esso dipende.

⁵² Ivi, p.120.

⁵³ Cfr. S. Mezzadra, *Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftslehre di Otto von Gierke*, in "Filosofia politica", VII, 3, 1993, pp. 445-476.

Per Gierke, una volta cancellata la dimensione 'organica' e comunitaria dello Stato, diviene impossibile intendere tanto il rapporto di cittadinanza quanto il fondamento e la portata dei diritti individuali. Il rapporto fra individuo e comunità politica deve essere invece inteso valorizzando come complementari il momento dell'appartenenza alla totalità, alla comunità politico-statuale, e la tutela della sfera giuridica individuale. I diritti non traggono il loro fondamento, come per Gerber, da un unilaterale atto di volontà statale: essi non sono il riflesso dell'ordine normativo voluto dallo Stato, ma affondano le radici nella vita della comunità. Accanto ai vincoli di appartenenza e ai doveri di obbedienza si forma quindi, nel tessuto stesso dell'organismo sociale, un sistema di limiti che impedisce agli altri membri come allo Stato di violare la sfera giuridica degli individui.

Non siamo di fronte a diritti naturali, pre-sociali, pre-statali, che si impongono, come limiti assoluti ed 'esterni', all'ordine giuridico positivo. I diritti che lo Stato si trova di fronte non hanno nessun'altra origine che non sia la *Mitgliedschaft*, la comune appartenenza dei loro titolari all'organica e vivente comunità politica: è dall'appartenenza al corpo che nascono per i singoli membri oneri e diritti ('negativi', ma anche 'positivi'). Stato, ordine giuridico, diritti si sviluppano e si determinano tutti come nervature dell'organismo sociale e politico. Lungi dall'esistere come 'riflesso' dell'ordine giuridico statale, i diritti si radicano nella compagine stessa della comunità e come tali limitano, incanalano, vincolano l'azione statale: la differenza dal rigoroso statocentrismo labandiano (e gerberiano) non potrebbe essere maggiore⁵⁴.

Occorre però tener presente due aspetti. In primo luogo, nemmeno per Gierke i diritti hanno una valenza 'assoluta': non solo perché egli li immerge nella storia, li rappresenta senza indulgere ad alcuna nostalgia giusnaturalistica, ma soprattutto perché li ritiene suscettibili di essere cancellati dallo Stato, qualora esso, titolare della suprema *potestas*, lo decida⁵⁵. Certo, si tratta, per Gierke, di un'ipotesi astratta ed 'estrema', dal momento che i diritti si radicano nello sviluppo storico-spirituale di un popolo e come tali si impongono allo Stato. Resta però vero – e questo è il secondo punto – che anche per Gierke la sovranità statale è in ultima istanza decisiva e che la garanzia 'ultima' dei limiti opponibili ad essa è riposta nella storia, nella forza di una società che 'detta' allo Stato le scelte congruenti con la civiltà che essa esprime. La distanza di Gierke dai 'formalisti' resta indubbiamente forte (per

⁵⁴ O. v. Gierke, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1961.

⁵⁵ Ivi, pp. 37-38.

quanto riguarda la rappresentazione del diritto, dei diritti, del sistema dei limiti), ma non deve nascondere i punti di convergenza (se non con Laband) con Gerber, anch'egli disposto a ritrovare nella 'storia' quei limiti contenutistici che il 'diritto' a suo avviso non poteva opporre allo Stato.

Si sta in altri termini sviluppando intorno alla formula del 'Rechtsstaat' una singolare *concordia discors*: per un verso, formalisti e organicisti contendono sul nesso fra Stato, diritto e diritti e propongono teorie francamente opposte; per un altro verso, però, tanto gli uni quanto gli altri vedono nel sovrano un arbitro (almeno in ultima istanza) non controllabile e si affidano come estrema *chance* alla storia, ai vincoli sostantivi che legano lo Stato al popolo e allo stadio di civiltà che esso esprime.

È in questo orizzonte che si situa una delle più note *performances* della giuspubblicistica tedesca: la teoria della 'autolimitazione' dello Stato, adombrata prima da Jhering e poi sviluppata conclusivamente da Jellinek.

Jhering affronta di petto il problema centrale (come far convivere la suprema forza dello Stato con il diritto, il limite, il controllo) dichiarando senza mezzi i termini che non è disposto a rinunciare, in nome del diritto, alla forza. Se infatti non si dà convivenza che non preveda gerarchia e coercizione, non è vero il reciproco, nel senso che anche una forza 'sregolata' può esercitare (almeno per brevi, eccezionali periodi) una funzione ordinante⁵⁶: lo Stato «è l'organizzazione della coercizione sociale», l'esercizio «regolato e garantito» del «potere coercitivo sociale»⁵⁷, mentre «l'anarchia, cioè l'impotenza del potere statale», è la negazione dell'ordine e «la scomposizione, il dissolvimento della società»⁵⁸.

Se dunque l'ordine dipende dalla forza del sovrano, il problema delicato anche per Jhering è capire se, fino a che punto, con quali garanzie sia possibile incanalare il potere nei binari del diritto, comporre l'arbitrio del sovrano, la sua 'assoluta' capacità decisionale, con un sistema di norme con il quale esso faccia i conti. Quando la potenza sovrana si esprime nella forma della legge, parlare di limiti è per Jhering inconcepibile: la legge è l'espressione per eccellenza della sovranità; come tale essa è giuridicamente illimitata; arbitrario può essere un atto legislativo solo nei confronti dei «principi generali del diritto», ma allora esso sarà giudicato non illegale, bensì «ingiusto»⁵⁹.

⁵⁶ R. v. Jhering, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1972, pp. 186-87.

⁵⁷ Ivi, p.224.

⁵⁸ Ivi, pp. 226-27.

⁵⁹ Ivi, pp. 261-62.

Diverso però è il rapporto che si instaura fra lo Stato e il diritto che esso stesso ha posto: in questo caso è possibile ipotizzare che il diritto si ponga come limite dell'azione statale, a patto però di risolvere o aggirare la famosa aporia, il dilemma che torna sempre di nuovo a insidiare la formula dello Stato di diritto: «come può il potere statale subordinarsi a qualcosa, dal momento che esso, per definizione, non conosce un potere superiore? Oppure, se la sottomissione consiste semplicemente in un'autolimitazione, chi la garantisce?»⁶⁰.

La risposta per Jhering è racchiusa appunto nell'idea di 'autolimitazione': non è un limite 'esterno' a condizionare il sovrano, non è un potere superiore che, vincolando lo Stato, si presenta come l'effettivo titolare della sovranità, ma è una libera decisione dello Stato che pone vincoli a se stesso. Il problema si sposta allora sul fronte delle garanzie: se la limitazione dell'arbitrio è un'autolimitazione, niente impedisce che lo Stato si scrolli di dosso un vincolo da esso stesso creato. La risposta di Jhering è giocata sul nesso genetico e funzionale che lega lo Stato alla società: sarà interesse dello Stato coltivare il proprio «autocontrollo» e garantire quella «certezza» dell'ordinamento dalla quale dipende «la forza spirituale e morale insita in un popolo»⁶¹; ma il fattore decisivo sarà la pressione della società sullo Stato, «il senso del diritto» che la società moderna percepisce come l'essenza della propria civiltà ed impone ai singoli come al sovrano.

Le articolazioni concettuali del nesso Stato-diritto sono a questo punto piuttosto chiare. Jhering ritiene di aver trovato nel concetto di 'autolimitazione' la formula capace di conciliare l'assoluta sovranità statale con un sistema di vincoli che ne limitano e incanalano l'esercizio. Appare di conseguenza fondata la possibilità di difendere la sfera giuridica individuale dalle indebite intrusioni dell'amministrazione. Resta invece libero da vincoli e da effettivi controlli l'operato del potere legislativo, che si conferma come l'essenza stessa dell'assoluta sovranità.

Se dunque è prospettabile uno Stato vincolato dal diritto senza che vengano meno le prerogative della sovranità, Stato e diritto costituiscono comunque i poli di un campo di tensione che resiste soltanto in quanto intervengono forze che 'dall'esterno' sostengono il meccanismo giuridico: la certezza del diritto «non riposa sulla costituzione: vi sono artifici per interpretarla così come si vuole e non è neppure concepibile una costituzione che praticamente sottragga al potere statale la possibilità di calpestare la legge». Ciò che conta è «la forza reale che sta dietro la

⁶⁰ Ivi, p.269.

⁶¹ Ivi, pp. 270-71.

legge, cioè un popolo che riconosce nel diritto la condizione della propria esistenza e che concepisce un'offesa al diritto come un'offesa a se stesso»⁶². Proprio per questo, se nella normalità di una civiltà tranquilla e sicura di sé Stato e diritto possono utilmente convivere, occorre anche tener presente il loro patologico, ma inevitabile divorzio nello 'stato di necessità', quando per la salvezza dell'ordine, per il valore supremo della 'salus populi', il rispetto dei vincoli formali deve cedere il posto, di nuovo, all'assoluta eccedenza del potere sovrano⁶³.

Jhering non ha difficoltà ad attribuire allo sviluppo storico-sociale il compito di regolare 'dall'esterno' il nesso fra Stato e diritto, avendo rinunciato al rigoroso formalismo giuridico che caratterizzava la prima fase della sua riflessione. Il punto di partenza e l'obiettivo di Jellinek sono invece diversi, ponendosi egli all'interno del 'paradigma statocentrico' inaugurato da Gerber, ma mirando ad un obiettivo che poteva apparire come una vera e propria quadratura del cerchio: mantenere il dogma dell'assoluta sovranità statale, far dipendere i diritti dall'appartenenza, ma presentarli non come meri riflessi dell'ordine normativo, bensì come vere e proprie prerogative dei soggetti. I capisaldi della soluzione jellinekiana coincidono, per un verso, con la teoria dell'autolimitazione dello Stato⁶⁴, per un altro verso con la dimostrazione che lo Stato, pur perseguendo sempre l'interesse generale, lo raggiunge in molti casi proprio moltiplicando i diritti dei soggetti, stabilendo con essi veri e propri rapporti giuridici. Lo Stato di diritto è allora quello Stato sovrano che, autolimitandosi, si pone come persona, come soggetto giuridico, titolare di diritti e di obblighi, tenuto a rispettare tanto il diritto oggettivo quanto i diritti dei soggetti con i quali entra in rapporto⁶⁵.

Lo Stato di diritto appare dunque formalmente compiuto in quanto lo Stato stringe una serie di rapporti giuridici con quegli individui che esso stesso (secondo una logica in qualche modo paradossalmente circolare⁶⁶) crea come soggetti di diritti grazie alla sua sovrana e incoercibile decisione di autolimitarsi. Lo Stato di diritto è ormai solidamente assestato e risolto in una serie di rapporti giuridici dove Stato e individui, amministrazione e soggetti, sono titolari di diritti e di obblighi

⁶² Ivi, pp. 271-74.

⁶³ Ivi, p.304.

⁶⁴ Cfr. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione*, cit., pp. 391 sgg.; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II*, cit., pp. 375 sgg.; pp. 450 sgg.; G. Valera, *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello Stato nel pensiero di G. Jellinek*, in G. Gozzi, R. Gherardi (a cura di), *Saperi della borghesia*, cit., pp. 53-118.

⁶⁵ Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice libraria, Roma Milano Napoli 1911.

⁶⁶ Cfr. M. La Torre, *Dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in «Materiali per la storia della cultura giuridica», XII, 1982, pp. 79-116.

giuridicamente stabiliti e giurisdizionalmente controllabili. Il punto critico, anche per Jellinek, si profila quando si lascia la sfera dell'amministrazione e si prende a riflettere sulla legislazione; e, ancora una volta, la difficoltà di porre limiti al potere legislativo viene risolta o aggirata compiendo un salto 'oltre' la configurazione giuridico-formale dell'ordinamento, rinviando alla maturità e alla civiltà di un popolo che agli «atti di volontà dello Stato formalmente inattaccabili» può opporre l'esistenza di principi solo lentamente modificabili o addirittura costanti e intoccabili⁶⁷.

Quando si guardi dall'alto, sinteticamente, alla riflessione che la giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento dedica allo Stato di diritto, la pur evidente diversità degli approcci non impedisce di cogliere temi e problemi ricorrenti.

Sono condivisi da 'formalisti' e 'organicisti' il rifiuto di una fondazione giusnaturalistica dei diritti, la tesi della costitutiva dipendenza dell'individuo dalla comunità politica, il dogma della centralità dello Stato. L'assoluta sovranità dello Stato e l'impossibilità di opporre ad essa elementi che traggano *aliunde* il loro fondamento formano il terreno sul quale germoglia il dilemma centrale evocato dalla formula dello Stato di diritto: come comporre l'eccedenza del potere sovrano con un ordine giuridico che renda regolare e prevedibile il suo intervento. I passaggi essenziali della teoria che, gradualmente messa a punto nel corso della seconda metà del secolo, trova in Jellinek la sua punta di diamante, sono l'idea dell'autolimitazione dello Stato (che rende compatibile l'assolutezza della sovranità con l'esistenza di vincoli al suo potere), l'esistenza di veri e propri rapporti giuridici fra lo Stato e i soggetti, la distinzione fra lo Stato (come totalità) e i singoli organi nei quali esso si realizza, con la conseguente possibilità di porre limiti all'uno o all'altro organo pur continuando a vedere nello Stato 'come tale' il titolare di un potere assoluto⁶⁸.

Con l'apporto di questa teoria diviene possibile disciplinare i rapporti fra Stato e individui, regolare giuridicamente l'attività dell'amministrazione e, attraverso il controllo giurisdizionale del suo operato, rafforzare la tutela della sfera giuridica individuale, mentre appare ancora problematica l'ipotesi di opporre precisi vincoli formali alla legislazione (quasi emblematica incarnazione della sovranità statale).

Che lo Stato di diritto si presenti essenzialmente nella veste di 'amministrazione *sub lege*' e si traduca nella costruzione di una giurisdizione amministrativa non è la

⁶⁷ G. Jellinek, *Dottrina generale dello stato*, a cura di M. Petrozziello, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano 1921, pp. 665-667.

⁶⁸ Offre un brillante contributo in questa direzione S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*. Soc. Ed. Libreria, Milano 1900, pp. 160 sgg.

mera conseguenza di una *impasse* teorica, ma risponde ad un bisogno storicamente pressante, venendo a costituire il contrappeso di un fenomeno apparentemente contrario ma in realtà complementare: il protagonismo dell'amministrazione, la sua crescente incidenza nella dinamica sociale. Se da un lato si accentua la tendenza ad impiegare l'amministrazione come strumento di integrazione sociale e di composizione dei conflitti, come veicolo di riforme che diminuiscano gli eccessi della disuguaglianza senza mettere in gioco i meccanismi di distribuzione del potere e della ricchezza, dall'altro lato si acuisce il timore nei confronti dei pericoli che minacciano la libertà e la proprietà e si mettono a punto strumenti che rendano controllabile e arginabile l'interventismo statale.

L'originaria inflessione 'amministrativistica' dello Stato di diritto è quindi comprensibile tenendo conto di un complesso di fattori: la preoccupazione per il crescente interventismo dello Stato, il processo di depoliticizzazione cui la formula dello Stato di diritto dopo il fallimento del '48 (quindi lo spostamento d'accento dai diritti politici agli interessi 'privati' dei soggetti), infine l'impressione che l'amministrazione si presti ad essere sottoposta a vincoli senza incorrere per questo nel delitto di 'lesa sovranità'. Questi motivi, che spingono a concentrare l'attenzione sull'amministrazione, tendono altresì a trattenere lo Stato di diritto sulle soglie della legislazione: perché la legislazione appare tuttora (anche se non per molto tempo ancora) una forza meno aggressiva nei confronti di quella libertà e di quella proprietà che l'amministrazione sembra minacciare più da vicino; e perché la legislazione sembra il più diretto precipitato di quella sovranità che per definizione non può trovare vincoli e resistenze.

La tesi dell'onnipotenza dello Stato legislatore non equivale però affatto, nemmeno per la 'statocentrica' giuspubblicistica tedesca, all'indifferenza o al silenzio nei confronti della libertà, della proprietà, dei diritti individuali. Emerge da questo punto di vista un tratto comune all'intera parabola ottocentesca dello Stato di diritto: per Jellinek come per Jhering, per Gerber come per Gierke, per Mohl come per Constant, quel campo di tensione che coincide con il rapporto fra lo Stato e il diritto, fra il sovrano e la norma, fra l'eccedenza e la regola, trova il suo punto di equilibrio 'oltre' se stesso, nella dinamica delle forze storicamente operanti: nell'opinione pubblica, che per Constant (come per l'intera tradizione liberale) costituisce la valvola di sicurezza 'esterna' di un sistema politico-giuridico pur imperniato sul rispetto delle regole e delle forme giuridiche; nel popolo che per i giuristi tedeschi si realizza nello Stato e impone ad esso le scelte corrispondenti al

suo stadio di civiltà. Il conflitto fra 'formalisti' e 'organicisti' è ovviamente di enorme rilievo, sul terreno della costruzione del sapere giuspubblicistico, ma non deve oscurare l'esistenza di un patrimonio comune, che per un verso include la valorizzazione massima della sovranità statale, ma per un altro verso non rinuncia a trovare una valvola di sicurezza nel popolo e nella sua storia: che la legislazione non sia sottoposta a limiti formalmente cogenti non è decisivo, per la cultura giuridica ottocentesca, non perché il problema appare irrilevante o inesistente, ma perché la risposta è comunque fornita dalla storia, che detta allo Stato i contenuti irrinunciabili della civiltà. L'orizzonte a tutti comune è un'ottimistica 'filosofia' del progresso che racchiude in unico plesso 'Stato', 'diritto', 'libertà e proprietà' e li contempla come manifestazioni di una civiltà 'moderna' presentata come il culmine della storia universale.

6. *'Rechtsstaat' e 'rule of law': il contributo di Dicey*

La teoria del 'Rechtsstaat' elaborata dalla giuspubblicistica tedesca nel corso dell'Ottocento si traduce in una peculiare impostazione del nesso potere-diritto: per un verso, si concentra l'attenzione sull'attività amministrativa per imporre ad essa precisi vincoli giuridici e corrispondenti controlli giurisdizionali, ma, per un altro verso, si esita a porre limiti all'attività legiferante, assunta come emblematica incarnazione dell'assoluta sovranità statale.

La formula del 'Rechtsstaat' ruota comunque intorno a quella dottrina giuridica dello Stato che costituisce una delle più significative manifestazioni della cultura tedesca dell'Ottocento. Occorre ora chiedersi se e fino a che punto è possibile estendere la formula dello Stato di diritto a contesti che, pur sensibili al problema del rapporto fra potere e diritto, non hanno sviluppato una teoria giuridica dello Stato in qualche modo analoga a quella espressa dalla cultura tedesca.

Ora, se l'Italia e la Francia mettono a punto (ciascuna a suo modo, in parte sviluppando tradizioni autoctone, in parte recependo suggerimenti e stimoli dal 'modello tedesco') una dottrina dello Stato che permette la puntuale riproposizione di dilemmi e spunti già caratteristici della formula tedesca del 'Rechtsstaat', non è affatto scontato che anche in contesti caratterizzati da una storia e da una cultura costituzionale profondamente diverse il gioco del potere e del diritto evochi le medesime aporie e suggerisca analoghi tentativi di soluzione.

È il caso della Gran Bretagna, che ha certo elaborato un'originale teoria della sovranità – e Austin ne è nell'Ottocento l'espressione più compiuta – ma non ha costruito una complessiva teoria giuridica dello Stato che possa proporsi (secondo l'esempio continentale) come il referente del nesso potere-diritto. Il punto di riferimento non è l'ente 'Stato' come sintesi globale dei poteri e incarnazione dell'ethos della nazione, ma è un ordinamento policentrico caratterizzato, per un verso, da una precoce divisione della sovranità, per un altro verso, da un sistema giuridico che, nel corso di uno sviluppo graduale e alluvionale, si è offerto come il principale baluardo dei 'diritti degli inglesi'⁶⁹.

È sullo sfondo di questa composita struttura politico-giuridica che in Gran Bretagna prende forma un'espressione – 'rule of law' – non meno fortunata del tedesco 'Rechtsstaat'. Nella misura in cui il termine 'rule of law' compendia in se stesso un peculiare modo di impostare e risolvere il problema del nesso potere-diritto-individui, esso può dirsi semanticamente analogo all'espressione 'Stato di diritto' ('Rechtsstaat', 'État de droit') ed essere presentato come la traduzione di quest'ultimo (o viceversa). Occorre però prendere sul serio il processo della 'traduzione', senza ridurlo ingenuamente ad un meccanico calco di una parola sull'altra: che (ad esempio) il greco *iatrós* e l'inglese *doctor* abbiano il medesimo significato dipende da una «nostra decisione», che, fra le attività attribuibili rispettivamente al *doctor* e allo *iatrós*, distingue fra le attività «culture-bound», come tali destinate ad essere espunte nel processo di 'traduzione', e quelle riconducibili ad un nucleo funzionale «culture-invariant», dalle quali dipende la possibilità dell'equivalenza e quindi della traduzione⁷⁰.

Che 'rule of law' sia equivalente a (traducibile in) 'Stato di diritto' non significa dunque che l'una nozione è il calco esatto e meccanico dell'altra; significa soltanto che la rilevante differenza degli aspetti 'culture-bound' non impedisce l'individuazione (ovviamente 'decisa', non 'oggettivamente' irrefutabile) di una comune «'culture-invariant' function». Sulle macroscopiche differenze fra i rispettivi contesti (inglese e tedesco, ed europeo continentale in genere) non importa tornare ad insistere. Conviene piuttosto cogliere le diversità (e le eventuali affinità) là dove, anche in Inghilterra, la tradizione costituzionale diviene l'oggetto di un approccio che si vuole sistematico e 'scientifico': ciò avviene esemplarmente con

⁶⁹ V. *supra*, § 3.

⁷⁰ J. Lyons, *Introduction to Theoretical Linguistics*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, p. 457.

l'opera di Albert Venn Dicey⁷¹, autore di *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, pubblicata nel 1885 e destinata ad una lunga e significativa fortuna⁷².

Non per caso, proprio negli anni nei quali la giuspubblicistica tedesca costruisce una compiuta 'dottrina dello Stato', un giurista inglese, nel momento in cui dichiara di voler scrivere un'opera di carattere autenticamente giuridico (che rompa con lo «antiquarianism» di una tradizione ferma alla semplice ricognizione 'esterna' della storia costituzionale e dimostri la legittimità e l'utilità della teoria⁷³) redige una 'introduzione alla costituzione': come il tema del popolo-Stato per la giuspubblicistica tedesca, così il riferimento alla costituzione per il giurista inglese è il tratto 'culture-bound'; e si tratta di vedere se il 'rule of law' della *Introduction* di Dicey e il 'Rechtsstaat' della cultura giuridica tedesca (e continentale) presentano tanto nell'impostazione quanto nella soluzione del problema del rapporto fra potere e diritto (e diritti) tratti 'invarianti' che permettano di stabilire una (relativa) equivalenza fra le due espressioni.

Certo, Dicey non sviluppa una complessiva 'dottrina dello Stato', ma la sua 'dottrina della costituzione' è in buona parte una teoria della sovranità: è alla sovranità che è dedicata l'intera prima sezione dell'opera ed è intorno alla sovranità che ruotano i principali problemi affrontati. La sovranità non è studiata in astratto, come l'essenza dello 'Stato come tale', ma è ricondotta alle istituzioni politiche che ne sono i titolari: la regina, la «House of Lords», la «House of Commons», in una parola il parlamento (la «Queen in Parliament»). Obiettivo dell'opera è però non la descrizione delle istituzioni e dei meccanismi costituzionali, ma precisamente la dimostrazione del carattere assoluto del potere sovrano: dal momento che il portatore della sovranità è il parlamento, l'assolutezza della sovranità significa l'incoercibile, irresistibile potere dell'assemblea parlamentare. In quanto assemblea legiferante il parlamento «ha il diritto di fare e disfare qualunque legge», cui ogni ente o individuo deve obbedienza.

Per Dicey la celebre frase di De Lolme (secondo cui il parlamento inglese può far tutto tranne che mutare l'uomo in donna) esprime il senso di una tradizione che da

⁷¹ Cfr. R. A. Cosgrove, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Macmillan, London 1980; S. Cassese, *Albert Venne Dicey e il diritto amministrativo*, in «Quaderni fiorentini», 19, 1990, pp. 5-82; S. Cassese, *La recezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXV, 1, 1995, pp. 107-31.

⁷² A Dicey e al 'rule of law' è dedicato il saggio di E. Santoro, in questo volume.

⁷³ A.W. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Macmillan, London 1959¹⁰, pp. 16 sgg.

Coke a Blackstone celebra l'onnipotenza del potere parlamentare⁷⁴. Il fatto che il sistema giuridico inglese sia di matrice giurisprudenziale non incide su questo assunto: non solo perché già Austin aveva fornito una fondazione 'imperativistica' del *common law*, ma anche perché nessun giudice ha mai preteso o può pretendere di disapplicare una legge del parlamento, mentre gli *Acts of Parliament* scavalcano tranquillamente qualsiasi norma giurisprudenzialmente consolidata⁷⁵.

La supremazia del parlamento è dunque «la vera e propria pietra angolare della costituzione»⁷⁶ e non sono immaginabili vincoli giuridici all'onnipotenza parlamentare. La sovranità 'assoluta' che la 'statocentrica' giuspubblicistica tedesca imputa allo Stato 'come tale' è riferita da Dicey al parlamento, ma conserva intatte le sue caratteristiche di potere sottratto ad ogni vincolo. L'onnipotenza del parlamento però – si affretta a precisare Dicey – deve essere intesa nel suo significato precisamente giuridico: se la si intendesse come onnipotenza 'effettiva' la tesi apparirebbe semplicemente assurda. Il potere del sovrano (il potere del parlamento) è effettivamente, politicamente, condizionato da limiti interni ed esterni: già il meccanismo elettorale permette ai cittadini di esercitare un'influenza sul parlamento e quando questa influenza sia insufficiente è sempre aperta la possibilità della disobbedienza e della resistenza; lo stesso parlamento, peraltro, è espressione e interprete di un preciso equilibrio politico e sociale e proprio per questo motivo ciò che il parlamento vuole è di regola molto vicino a ciò che esso concretamente può.

Occorre quindi distinguere fra due 'livelli di realtà', il giuridico e il politico: l'onnipotenza sovrana deve essere riferita al piano del diritto e significa impossibilità di opporre vincoli giuridici alla legge del sovrano. Ancora una volta, Dicey pensa certo non in modo identico (data la diversità del contesto), ma in modo equivalente a molti suoi colleghi tedeschi: pronti a celebrare l'onnipotenza dello Stato ma a postulare nel contempo una sorta di armonia (storicamente) prestabilita fra la volontà dello Stato e la civiltà del popolo che in esso si realizza.

Il primo termine del problema viene quindi posto sul tappeto secondo una logica che ci è familiare e che ruota intorno alla tesi dell'onnipotenza del sovrano e della conseguente impossibilità di porre limiti giuridici alla sua azione. È a questo punto che il problema del rapporto con il diritto (come sistema di limiti) diviene difficile e spinoso: se nei giuristi tedeschi la soluzione passa attraverso la teoria dell'autolimitazione dello Stato, la distinzione fra Stato ed organi e la fondazione

⁷⁴ A.W. Dicey, *An Introduction*, cit., pp. 39-43.

⁷⁵ Ivi, pp. 60-63.

⁷⁶ Ivi, p. 70.

della giurisdizione amministrativa, in Dicey procede in una direzione diversa, i cui passaggi fondamentali coincidono con il tema della costituzione e con la natura del *common law*.

Per quanto riguarda la teoria della costituzione Dicey finirà per essere debitore (nel corso delle numerose edizioni della sua opera) di un celebre contributo di Bryce, che, prima nel suo *The American Commonwealth*, del 1888, e poi in un più ampio saggio⁷⁷, introduce una distinzione destinata ad una durevole fortuna: la distinzione fra costituzione rigida e flessibile. Se la costituzione, come tale, è «l'ossatura di una società politica organizzata mediante e secondo il diritto», occorre distinguere fra due tipi diversi di costituzione: una costituzione che si forma nel tempo, cresce su se stessa grazie agli apporti di molteplici fonti e può dirsi appunto *flessibile* perché soggetta a continui aggiustamenti e mutamenti introdotti senza seguire procedure specifiche, e un diverso tipo di costituzione che può dirsi *rigida* in quanto, varata solennemente da un determinato organo, determina 'una volta per tutte' la forma dello Stato e scoraggia i mutamenti dichiarandosi intangibile o quanto meno prevedendo regole cogenti per la propria modificazione⁷⁸.

Tanto per Bryce quanto per Dicey, mentre le costituzioni antiche sono flessibili, le moderne sono di regola rigide e l'eccezione principale è per l'appunto offerta dalla costituzione inglese. Se dunque la costituzione inglese è flessibile, Dicey ha a disposizione un'ulteriore conferma della sua tesi: l'assoluta sovranità parlamentare è dimostrata (fra l'altro) dal fatto che il parlamento con una legge ordinaria può introdurre le più sconvolgenti trasformazioni costituzionali; manca quindi, coerentemente, un qualsiasi controllo di costituzionalità: mentre in America l'esistenza di una costituzione rigida e la distinzione fra legge ordinaria e legge costituzionale fa del giudice il custode della costituzione e il controllore del legislatore, in Gran Bretagna le corti giudiziarie devono astenersi dall'interferire con la «machinery of government»⁷⁹.

Non è dunque nella forma della costituzione che esistono argini all'assoluta sovranità parlamentare: il rapporto fra potere e diritto è fino a questo momento totalmente sbilanciato a favore del primo termine. Il campo di tensione fra potere e diritto si crea per Dicey quando su un piatto della bilancia si mette la sovranità parlamentare e sull'altro piatto il «law of the land»; ed è proprio nella composizione

⁷⁷ J. Bryce, *Flexible and rigid constitutions* (1901), in J. Bryce, *Constitutions*, Oxford University Press (American Branch), New York 1905.

⁷⁸ J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide* (1901), a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano 1998, pp. 11 sgg.

⁷⁹ A.W. Dicey, *An Introduction*, cit., p. 137.

di questi due principi che «pervadono l'interezza della costituzione inglese»⁸⁰ che Dicey ripone la soluzione del nesso potere-diritto e il senso autentico del 'rule of law'.

Del 'rule of law' Dicey individua tre componenti. In primo luogo, 'rule of law' implica in sostanza il rispetto del principio 'nullum crimen sine lege': un principio che anche il continente ha fatto proprio a partire dal riformismo illuministico, come Dicey riconosce, pur dichiarando il suo scetticismo sulla sua integrale applicazione nell'Europa continentale⁸¹.

In secondo luogo, 'rule of law' significa eguale sottoposizione di ognuno alla legge ordinaria; ed anche in questo caso siamo di fronte ad un principio che possiamo considerare (teoricamente) acquisito dalla civiltà giuridica ottocentesca, ma che per Dicey è duramente smentito dall'esistenza (in Francia e in genere sul continente) di una speciale giurisdizione amministrativa⁸². Inizia a questo punto una dura requisitoria di Dicey contro il 'droit administratif', una requisitoria che occorre 'storicizzare' accennando rapidamente a due aspetti: prima conviene ricordare che l'incomprensione di Dicey nei confronti del 'droit administratif' francese «era leggendaria»⁸³ e che Dicey stesso ammorbidirà la sua valutazione nel corso delle varie edizioni dell'*Introduction*; poi occorre tener presente la forte prevenzione politico-ideologica⁸⁴ che Dicey nutre nei confronti di un intervento amministrativo che in realtà anche in Gran Bretagna sta crescendo impetuosamente, sollecitato (come sul continente) dall'esigenza di 'governare' la società, dallo scopo di integrare quelle che un tempo si chiamavano le 'classes dangereuses'; e da questo punto di vista la difesa diceiana del 'rule of law' come di una zona preservata dagli inquinamenti amministrativistici è analoga all'intenzione continentale di rafforzare la giurisdizione amministrativa nel momento in cui aumenta la pressione dello 'Stato interventista'.

In terzo luogo – ed è il profilo decisivo – 'rule of law' significa per Dicey un peculiare processo di fondazione e realizzazione delle libertà e dei diritti, connesso al tipo di costituzione e in genere al sistema giuridico caratteristici della Gran Bretagna. La costituzione inglese è, come insegnava Bryce, flessibile, non 'decisa' ma sviluppatasi per continui aggiustamenti successivi: i suoi principi generali (ad

⁸⁰ Ivi, p. 407.

⁸¹ Ivi, pp. 188 sgg.

⁸² Ivi, p. 193; pp. 328 sgg.

⁸³ P.P. Craig, *Formal and substantive conceptions*, cit., p. 40.

⁸⁴ Cfr. in questo senso I. Jennings, *The Law and the Constitution*, University of London Press, London 1959⁵, pp. 54 sgg.

esempio i diritti di libertà) «sono il risultato di decisioni giudiziali». La sfera giuridica dei soggetti non è stata quindi determinata una volta per tutte, in astratto, ma si è venuta precisando gradualmente, 'dal basso', in rapporto a situazioni molteplici e varie, grazie all'intervento dei giudici che, chiamati a risolvere specifici problemi, ne hanno fissato nel corso del tempo i confini.

'Rule of law', dunque, è per Dicey un tratto inseparabile dal «judge-made-law» e proprio per questo esso è un modo peculiarmente inglese di impostare e risolvere il problema del rapporto fra potere e diritto, laddove il continente (in particolare il 'modello francese') si affida alle prescrizioni di una ('rigida') carta costituzionale. La differenza fra la Gran Bretagna e il continente potrebbe sembrare, osserva Dicey, puramente estrinseca e come tale irrilevante: se in Inghilterra o, ad esempio, in Belgio la libertà è assicurata e l'arbitrio è evitato, non ha nessuna importanza che ciò avvenga perché una costituzione scritta lo impone in termini generali o il «law of the land» lo realizza caso per caso. Esiste però una differenza collegata ad un problema decisivo, che Dicey mette acutamente in evidenza: il problema della garanzia. Sprovviste di appositi strumenti di controllo, le solenni dichiarazioni costituzionali appaiono a Dicey deboli enunciazioni di principio la cui violazione è sempre in agguato, mentre la forza della flessibile costituzione inglese dipende proprio dal fatto che in essa la tutela della sfera giuridica individuale non è teorizzata ma è realizzata; per la cultura giuridica inglese un'astratta enunciazione di diritti che non si preoccupi del loro 'rimedio' processuale non è concepibile, mentre è scontato che le libertà nascano dalla moltiplicazione degli interventi giurisprudenziali che ne garantiscono *in action* la tutela⁸⁵.

È a questo punto che si ripropone per Dicey il problema più spinoso, il rapporto fra potere e diritto, fra sovranità e legge, quindi, nel suo caso, fra sovranità parlamentare e «law of the land», quel «law of the land» da cui nasce la determinazione e la tutela della sfera giuridica individuale. Il «rule of law» si situa allora (proprio come lo Stato di diritto continentale) nel campo di tensione inaugurato dal rapporto fra il sovrano e la legge, fra il potere e il diritto (e i diritti); e resta da capire in che modo la tensione, per Dicey, si componga pur senza annullarsi.

Il suo tentativo di risposta si appoggia essenzialmente su due ordini di considerazioni. In primo luogo, sovranità parlamentare e diritto giurisprudenziale sono elementi, più che antagonistici, complementari nella logica complessiva

⁸⁵ A.W. Dicey, *An Introduction*, cit., pp. 198 sgg.

dell'ordinamento: è vero infatti che il parlamento può emanare qualsiasi legge senza incontrare alcun vincolo, ma questa legge, una volta prodotta, è interamente affidata all'interpretazione del giudice, che la intende alla luce della sua particolare sensibilità e dello «spirito generale del common law»⁸⁶. La volontà parlamentare è quindi, sì, formalmente assoluta, ma, quando la si collochi nel funzionamento complessivo dell'ordinamento, appare anche sostanzialmente condizionata dall'interpretazione e dall'applicazione giudiziale.

In secondo luogo, è indubbio che il parlamento può mutare come meglio crede la costituzione, può incidere sui diritti di libertà, può procedere alla sospensione dello «Habeas Corpus Act»; è altrettanto vero però che «la sospensione della costituzione», dal momento che essa «è basata sul rule of law», dipende cioè dal «law of the land» giurisprudenzialmente creato e interpretato, «significherebbe da noi niente di meno di una rivoluzione»⁸⁷.

Se pur 'rivoluzione', si tratterebbe pur sempre di una rivoluzione 'legale', dal momento che la sovranità del parlamento è, almeno in ultima istanza, assoluta e incontrollabile: da questo punto di vista, il campo di tensione in cui si iscrive il «rule of law» teorizzato da Dicey si scioglie 'verso l'alto', si risolve confermando il ruolo di una sovranità che per essere tale non può trovare vincoli giuridici insuperabili sul suo cammino. In questo senso allora il diceiano «rule of law» e la formula tedesca dello 'Staatsrecht' appaiono analoghi: non soltanto perché entrambi mettono a fuoco il medesimo campo di tensione fra potere e diritto, ma anche perché condividono la medesima aporia, la difficoltà di comporre l'assolutezza del potere sovrano con un sistema di vincoli funzionalmente collegato alla protezione della sfera giuridica individuale.

Su questa 'invariante' si innestano però rilevanti differenze che attengono alle strategie adottate per superare la difficoltà. Se in Jellinek il dilemma deve essere aggirato senza uscire dall'universo giuridico-statuale (giocando sull'autolimitazione dello Stato, sullo Stato-persona, sul rapporto giuridico ecc.), mentre la valvola di sicurezza del sistema è riposta nel popolo, nella storia, nella civiltà, insomma in grandezze 'esterne' alla cittadella del giuridico (anche se determinanti per la sua effettiva configurazione), per Dicey la sovranità parlamentare si confronta con un preciso assetto giuridico (dal quale la libertà e la proprietà primariamente dipendono), il «law of the land», il diritto giurisprudenziale, che ha una sua

⁸⁶ Ivi, p. 413.

⁸⁷ Ivi, p. 202.

autonoma genesi e consistenza: il sovrano può modificarlo, ma deve comunque fare i conti con un sistema normativo non riconducibile (almeno direttamente) alla sua volontà. Per continuare il gioco delle analogie, è semmai con lo storicismo di Gierke (che iscrive i diritti individuali nella struttura stessa della comunità e del suo divenire storico, pur mantenendo in ultima istanza allo Stato il potere di cancellarli *ad libitum*⁸⁸) che il modello diceiano di 'rule of law' può più strettamente apparentarsi.

Quale che sia l'orchestrazione giuridica suggerita dal «rule of law» diceiano o dalla formula tedesca del 'Rechtsstaat', in ogni caso restano fermi, per un verso, l'obiettivo della tutela della sfera giuridica individuale, per un altro verso, la convinzione di trovare nella storia e nella società l'indispensabile valvola di sicurezza del sistema.

Peculiari dell'*Introduction* di Dicey, al di là delle significative analogie con la vicenda continentale, restano comunque due spunti che sul continente tardano ad essere tematizzati con equivalente chiarezza: in primo luogo, il nesso obbligato fra il 'diritto' e la sua 'interpretazione', quindi l'insufficienza di un'analisi del rapporto fra potere e diritto che tenga conto soltanto del momento della creazione del diritto e non anche della sua effettiva applicazione; in secondo luogo, e di conseguenza, la rilevanza del problema delle garanzie e del controllo, quindi l'individuazione nel costituzionalismo continentale (e in particolare francese) di un tallone d'Achille, consistente appunto nella mancanza di un adeguato meccanismo di 'enforcement' degli enunciati costituzionali, laddove gli Stati Uniti d'America, se pure si sono allontanati dalla 'flessibilità' del modello britannico, hanno saggiamente affidato ai giudici la custodia della loro costituzione.

7. Stato di diritto e costituzione: la riflessione kelseniana

Favoriti, per un verso, dal peculiare sviluppo del 'rule of law' britannico, per un altro verso, dalla familiarità con il modello costituzionale americano, Dicey e Bryce (ciascuno a suo modo) mettono in evidenza un problema irrisolto della giuspubblicistica continentale: la permanente debolezza del diritto di fronte all'assolutezza del potere. Se la critica di Dicey al 'droit administratif' avrebbe potuto essere agevolmente respinta (o addirittura rinviata al mittente, non a torto imputabile di trascurare un analogo processo in corso nella sua stessa patria), assai più difficile sarebbe stato ignorare i rilievi del giurista inglese quando si volgesse lo

⁸⁸ V. *supra*, § 5.

sguardo dal diritto amministrativo al diritto costituzionale, quando insomma venisse in questione il problema dei vincoli giuridici opponibili non già allo Stato-amministratore ma allo Stato-legislatore.

Certo, nemmeno Dicey aveva risolto alla radice il problema, dal momento che la sua immagine di sovranità era del tutto analoga a quella adottata dalla giuspubblicistica continentale. Egli poteva però appellarsi ad una costituzione che, se pure flessibile e modificabile *ad libitum* dal parlamento, tuttavia includeva una struttura normativa giurisprudenzialmente consolidata che offriva alla libertà e alla proprietà dei soggetti un forte (anche se non insuperabile) cuscinetto protettivo nei confronti degli eventuali (ma storicamente, politicamente improbabili) colpi di mano del sovrano.

Che d'altronde l'esito prevalentemente 'amministrativistico' dello Stato di diritto non fosse la soluzione definitiva del problema del nesso 'potere-diritto' era un'impressione che si veniva affermando con forza crescente anche nella giuspubblicistica continentale, nei paesi di lingua tedesca come in Francia.

Nella cultura giuridica francese⁸⁹ il contributo forse più vicino alla tradizione tedesca del 'Rechtsstaat', e insieme ormai insoddisfatto dell'esito esclusivamente 'amministrativistico' dello Stato di diritto, proviene dalla rigorosa riflessione di un giurista alsaziano, Raymond Carré de Malberg⁹⁰.

Come per Jellinek (o per Orlando) anche per Carré de Malberg lo Stato è persona giuridica, personificazione di una nazione che in esso si realizza: lo Stato presuppone la nazione, che però non è una realtà provvista di un suo autonomo, ancorché embrionale, ordinamento, ma esiste in quanto personificata nello Stato; è lo Stato-persona che occupa da solo l'intero spazio teorico della giuspubblicistica⁹¹, è lo Stato che trascende la molteplicità dei soggetti e rende possibile la creazione (e la pensabilità stessa) di un ordine unitario⁹².

⁸⁹ Allo Stato di diritto nella cultura francese è dedicato il saggio di A. Laquière, *L'État de droit et la souveraineté nationale en France*, in questo volume. Cfr. anche Philippe Raynaud, *Des droits de l'homme à l'état de droit. Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public*, in "Droits. Revue française de théorie juridique", 2, 1985, *Les droits de l'homme*, pp.61-73; M.-J. Redor, *De l'état légal à l'état de droit. L'Évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica, Paris, 1992.

⁹⁰ Cfr. M. Galizia, *Il "Positivism juridique" di Raymond Carré de Malberg*, in "Quaderni Fiorentini", 2, 1973, 335-509; G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. du CNRS, Paris, 1985.

⁹¹ R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Sirey, Paris 1920, vol. I, pp. 2-7.

⁹² Ivi, pp. 48-50.

Anche per Carré de Malberg il contrassegno dello Stato è la titolarità di un potere sovranamente assoluto⁹³ e si ripropone quindi con urgenza il problema consueto: come rendere cioè compatibile potere e diritto, come immaginare, insieme alla forza irresistibile del sovrano, un sistema di limiti ad essa opponibili. Il problema è tanto più grave quanto più è evidente la posizione di dominanza occupata dal parlamento nel sistema costituzionale francese: «il parlamento francese – dichiara senza mezzi termini Carré de Malberg – è oggi, come quello d'Inghilterra, onnipotente»⁹⁴. In Inghilterra come in Francia è il parlamento il detentore della sovranità e il problema dei limiti non può non estendersi dall'azione dell'amministrazione all'operato del legislatore.

Carré de Malberg aderisce ad una soluzione che ci è già familiare: egli fa propria la teoria dell'autolimitazione, insiste sull'importanza 'garantistica' del nesso 'formale' fra Stato e diritto, sul fatto che lo Stato, in quanto organizzazione giuridica della nazione, non può che esprimersi nella forma del diritto e sostiene che lo Stato, in quanto persona giuridica, è sottoposto alle norme da esso create e può essere, come qualsiasi soggetto, titolare di obblighi non meno che di diritti.

La spina del fianco della teoria, l'obiezione più insidiosa (avanzata anche da Duguit⁹⁵) è però il carattere puramente *octroyée* del vincolo giuridico: un vincolo che riposa sull'autocontrollo (per usare l'espressione jheringhiana) del sovrano, modificabile o anche annullabile *ad libitum*, non è molto rassicurante per i soggetti. È a partire da questa consapevolezza che Carré de Malberg si interroga a fondo sul senso di quella sovranità nazionale di cui lo Stato è la personificazione. Rileggendo originalmente la storia costituzionale francese a partire dall'atto fondativo della rivoluzione, Carré de Malberg oppone la sovranità (a suo avviso) rousseauviana, la sovranità 'democratica', la sovranità identificata con la somma dei soggetti di cui si compone la nazione⁹⁶, alla sovranità coltivata e realizzata dalla rivoluzione dell'89; affidando alla nazione la sovranità la rivoluzione intendeva infatti sottrarla al monarca e, per esso, ad ogni singolo organo per attribuirlo allo Stato 'come tale', che della nazione è la personificazione.

⁹³ Ivi, p. 194

⁹⁴ R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, cit., vol. II, p. 140.

⁹⁵ Duguit attacca la teoria dell'autolimitazione facendo leva sul primato della società e della 'règle de droit'. Cfr. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, *La règle de droit - Le problème de l'État*, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris 1927³, pp. 633 sgg.; pp. 665 sgg. Cfr. E. Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1972, pp. 62 sgg.

⁹⁶ R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, cit., vol. II, pp. 154 sgg.

Se dunque, in forza di una corretta interpretazione della teoria della ‘sovranità nazionale’, è indebito individuare come portatore della sovranità (che spetta allo Stato-nazione) un unico organo, quindi anche il parlamento come tale, il potere di quest’ultimo ne esce ridimensionato: se ne respinge una rappresentazione ‘iperdemocratica’ che lo intenda come semplice cinghia di trasmissione della volontà degli elettori, si tiene sotto controllo l’antico ma sempre inquietante fantasma della ‘maggioranza dispotica’ e su questa base si ripropone il tema dello Stato di diritto tentando di esprimerne il senso e svilupparne tutte le potenzialità.

Certo, lo Stato di diritto ha già prodotto effetti importanti sollecitando la costruzione di un’amministrazione *sub lege*. Occorre però distinguere secondo Carré de Malberg fra «*état de droit*» e «*état légal*». Quest’ultimo persegue una rigida e generale sottoposizione dell’amministrazione alla legge anche quando non sono in gioco interessi individuali e si configura come «una forma speciale di governo», mentre il tratto distintivo dello Stato di diritto è il suo carattere strumentale, funzionale: è per rafforzare la sfera giuridica del singolo che esso vuole imporre vincoli giuridici all’amministrazione⁹⁷. ‘Stato legale’ e ‘Stato di diritto’ non combaciano dunque perfettamente: per un verso, il primo impone all’azione dell’amministrazione vincoli più rigidi e generalizzati di quanto non faccia il secondo, che interviene sempre e soltanto in vista della protezione degli interessi individuali; per un altro verso, però, mentre lo ‘Stato legale’ esaurisce i suoi effetti nell’ambito del rapporto fra amministrazione e legge, lo Stato di diritto non può arrestarsi a questa sfera: proprio perché il suo fine immanente e la sua ragion d’essere sono la protezione dei soggetti dalle prevaricazioni del potere, esso deve, seguendo il suo «sviluppo naturale», coinvolgere non solo l’amministrazione ma anche la legislazione; il compimento ‘naturale’ dello Stato di diritto è allora la messa a punto di una «costituzione» capace di garantire «ai cittadini quei diritti individuali» che nessuna legge deve poter scalfire. «Il regime dello Stato di diritto è un sistema di limitazione, non soltanto delle autorità amministrative, ma anche del Corpo legislativo». Perché si abbia un vero, compiuto Stato di diritto occorre che anche in Francia non ci si affidi soltanto alla ‘buona volontà’ dell’assemblea parlamentare, ma si offra ai cittadini la possibilità una tutela giurisdizionale delle loro libertà nei confronti non solo dell’attività dell’amministrazione, ma anche dell’operato del legislatore⁹⁸.

⁹⁷ R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l’État*, cit., vol. I, pp. 488 sgg.

⁹⁸ Ivi, pp. 492-93.

Nella sua *Théorie générale* Carré de Malberg chiede dunque allo Stato di diritto di estendere il controllo del potere fin dentro quel *sancta sanctorum* della sovranità che la tradizione identifica con il potere legislativo e indica, come mezzi congruenti con questo scopo, non soltanto una netta distinzione fra costituzione e legge (una distinzione che già Bryce presentava come tratto caratteristico del sistema costituzionale 'rigido'), ma anche l'introduzione di una qualche forma di controllo che assicuri l'effettiva supremazia della norma costituzionale (ed eviti il rischio, secondo Dicey alto nei sistemi 'continentali', di altisonanti principi disattesi).

Non è solo Carré de Malberg a nutrire simili preoccupazioni e a proporre simili rimedi. Negli anni subito precedenti alla prima guerra mondiale (quando Carré de Malberg redigeva la sua *Théorie générale*⁹⁹) e nel decennio successivo, Hans Kelsen, oltre che porre le fondamenta della sua originale costruzione teorico-giuridica, ne deduceva conseguenze di estremo rilievo sul terreno della costruzione e della strumentazione tecnica dello Stato di diritto¹⁰⁰.

La radicale cesura introdotta da Kelsen nella tradizione del 'Rechtsstaat' presuppone un preciso fondamento epistemologico (cui è possibile solo accennare): fino dalla sua grande opera dell'11 (gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) la distinzione fra essere e dovere¹⁰¹, quindi la distinzione fra le scienze votate alla spiegazione causale dei fenomeni e i saperi interessati all'analisi delle norme, è per Kelsen il principio alla luce del quale rileggere criticamente la tradizione giuspubblicistica¹⁰²; è al mancato rispetto di questo principio che devono essere ricondotte le aporie che la affliggono e che trovano il loro punto di origine nell'ascrizione dello Stato al dominio della 'realtà'.

Lo Stato non è un ente 'reale', ma è un oggetto teorico costruito dal giurista: concepire giuridicamente lo Stato «non può significare che concepire lo Stato come

⁹⁹ Cfr. G. Bacot, *Carré de Malberg*, cit., pp. 10-11.

¹⁰⁰ A Kelsen è dedicato il contributo di B. Bongiovanni, *Stato di diritto, primato della costituzione e giustizia costituzionale nella riflessione di Hans Kelsen*, in questo volume.

¹⁰¹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, E.S.I., Napoli 1997, pp. 41 sgg. Su Kelsen e il neokantismo cfr. G. Calabrò, *Kelsen e il neokantismo*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto dell'enciclopedia italiana, Roma 1983, pp. 87-92; S.L. Paulson, *Kelsen and the Neo-kantian Problematic*, in A. Catania, M. Fimiani (a cura di), *Neokantismo e sociologia*, E.S.I., Napoli 1995, pp. 81-98; R. Racinaro, *Cassirer e Kelsen*, in op. ult. cit., pp. 99-110.

¹⁰² Insiste opportunamente sulla valenza antitradizionalistica del pensiero giuridico kelseniano M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna 1987, pp. 51-103.

diritto»¹⁰³. Stato e diritto si identificano: è appunto la tesi della riduzione dello Stato ad un sistema di norme – una tesi che raggiungerà la sua più rigorosa formulazione nelle grandi opere degli anni Venti (nella *Allgemeine Staatslehre* e in *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*), ma è già sostanzialmente delineata negli *Hauptprobleme* – che permette a Kelsen di cancellare l'idea (jellinekiana e in genere 'tradizionale') della 'duplicità' dello Stato e di smantellare le sue più consolidate attribuzioni: cade l'idea dello Stato come potere 'realmente' eccedente e irresistibile, come soggetto che vuole, si propone scopi e dispiega tutta la sua forza per raggiungerli¹⁰⁴.

Lo Stato non è un ente reale ma è un sistema di norme¹⁰⁵: corredare lo Stato del predicato della 'realtà' è perpetuare un atteggiamento arcaico e 'religioso', è offrire dello Stato una visione 'sostanzialistica' e antropomorfica che la moderna epistemologia (da Vaihinger a Cassirer¹⁰⁶, da Mach ad Avenarius¹⁰⁷) ha ormai demolito. Se invece lo Stato coincide con l'ordinamento giuridico, se ne è semplicemente la 'personificazione', cade l'aporia che la formula dello Stato di diritto ha vanamente tentato di superare componendo (con la 'teoria dell'autolimitazione') il potere 'assoluto' dello Stato con la funzione vincolante (e 'garantistica) del diritto. L'aporia sta e cade infatti con la persistenza dell'immagine arcaica e mitica dello Stato-potenza, dello Stato come potere assolutamente eccedente e 'realmente' esistente; ed è un'aporia resistente all'espedito dell'autolimitazione, che anche a Kelsen appare un'arma spuntata, affidata com'è alla scelta (in ultima istanza) discrezionale del Leviatano. Se però lo Stato coincide con l'ordinamento giuridico, viene a cadere il termine principale dell'aporia: lo Stato ha a che fare non con il potere ma con il diritto, si risolve anzi integralmente nel diritto, è un sistema di norme e di esso esprime (per via di 'personificazione') l'unità.

Proprio perché Stato e diritto coincidono, persone fisiche, persone giuridiche, organi statuali si trovano tutti nell'identica condizione di essere destinatari di obblighi imposti loro dalle norme dell'ordinamento: «l'obbligo giuridico dello Stato

¹⁰³ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Giuffrè, Milano 1989, p.20.

¹⁰⁴ Cfr. in generale A. Carrino, *L'ordine delle norme: politica e diritto in Hans Kelsen*, E.S.I., Napoli 1984.

¹⁰⁵ H. Kelsen, *Stato e diritto. Il problema della conoscenza sociologica o giuridica dello Stato* (1922), in H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, E.S.I., Napoli 1991, p.69.

¹⁰⁶ Cfr. in particolare E. Cassirer, *Sostanza e funzione* (1910), La Nuova Italia, Firenze 1973.

¹⁰⁷ H. Kelsen, *Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico* (1922), in H. Kelsen, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Edizioni Lavoro, Roma 1989, pp. 5 sgg.

non si distingue in nulla da tutti gli altri soggetti giuridici»¹⁰⁸ e tanto lo Stato quanto qualsiasi singolo soggetto costituisce «la personificazione di norme giuridiche», con l'unica differenza che lo Stato personifica l'ordinamento giuridico totale, mentre i soggetti sono personificazioni di ordinamenti giuridici parziali¹⁰⁹.

I termini costitutivi dell'aporia che stava al fondo della formula del 'Rechtsstaat', il campo di tensione costituito dal sovrano, dal diritto e dai soggetti, saltano perché la loro originaria eterogeneità si dissolve nell'unità dell'ordinamento giuridico che da solo occupa interamente l'orizzonte del giurista. Non esistono, da un lato, l'irresistibile potere statale e, dall'altro, i soggetti che tengono testa ad esso impugnando la (pur debole) arma del diritto, perché lo Stato coincide con l'ordinamento e il soggetto è definito giuridicamente in rapporto ad un sistema oggettivo di norme; l'obbligo che da esse discende è appunto l'applicabilità della norma «ad un soggetto concreto», «la soggettivizzazione della proposizione giuridica»¹¹⁰. Momenti 'interni' dell'ordine giuridico, i soggetti non sono titolari di 'diritti' con i quali l'ordinamento giuridico debba fare comunque i conti: le persone sono tali in quanto l'ordinamento giuridico «sancisce i loro diritti o obblighi» e cessano di esserlo non appena lo Stato decida di «'sottrarre' loro questa qualità»¹¹¹. Ammettere l'esistenza di vincoli giuridici all'ordinamento riaprirebbe quella stagione giusnaturalistica che Kelsen considera definitivamente conclusa.

È dunque a partire da questa rigorosa riconduzione delle tradizionali *dramatis personae* del 'Rechtsstaat' all'omogenea dimensione dell'ordinamento giuridico, è a partire dalla simmetrica amputazione del momento del 'potere' e del momento della 'soggettività' (quali componenti di un 'reale' campo di tensioni mediato, se non risolto, dal 'diritto') che Kelsen affronta il tema dello Stato di diritto. Se l'assolutismo è per Kelsen la rinuncia a costruire giuridicamente lo Stato, lo Stato di diritto coincide con il programma dell'integrale giuridicizzazione di ogni attività statale: lo Stato di diritto è «determinato in tutte le sue attività dall'ordinamento giuridico, comprensibile giuridicamente in ogni parte essenziale»¹¹².

Stato di diritto significa quindi innanzitutto per Kelsen centralità della legge e conseguente battaglia contro la tendenza, molto forte nella giuspubblicistica del suo

¹⁰⁸ H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p.484.

¹⁰⁹ H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., pp. 31-32.

¹¹⁰ H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 395.

¹¹¹ H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., pp. 67-68.

¹¹² H. Kelsen, *Stato di diritto e diritto pubblico* (1913), in A. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, E.S.I., Napoli 1988, pp. 214-15.

tempo, a rivendicare all'amministrazione un ruolo più ampio di quello di semplice 'esecutrice' di indirizzi rigidamente predeterminati dalla legge¹¹³. Fino dai *Problemi fondamentali* Kelsen si sforza di intendere la 'discrezionalità' amministrativa non come libertà di deviazione dalla norma, ma al contrario come un processo che, come passaggio dall'astratto al concreto, come tramite di una progressiva determinazione della norma, la presuppone e diviene giuridicamente incomprensibile senza di essa¹¹⁴. In quanto attività esecutiva (attuativa di una norma e proprio per questo 'discrezionale'), l'amministrazione non è fonte autonoma di obblighi e di diritti, ma presuppone l'ordinamento giuridico, la cui condizione di esistenza è il «processo legislativo» e soltanto esso: sarebbe infatti compromessa l'unità dell'ordinamento se ammettessimo, accanto alla legislazione, «un secondo punto di partenza, autonomo e indipendente dal primo, della volontà statale»¹¹⁵.

Kelsen dunque, se in una prima fase del suo pensiero fa dello Stato di diritto l'emblema della tesi della centralità della legge e della lotta contro lo 'Stato amministrativo' – una lotta che alle valenze teoriche unisce un forte attacco al *monarchisches Prinzip* a difesa della centralità del parlamento¹¹⁶ – in una seconda fase imprime una svolta determinante al tema dello Stato di diritto innestandolo su quella analisi 'dinamica' dell'ordinamento¹¹⁷ che egli elabora accogliendo gli spunti presenti in vari saggi di Alfred Verdross e soprattutto di Adolf Merkl¹¹⁸.

In questa prospettiva l'unità dell'ordinamento giuridico non deve esser fatta coincidere meccanicamente con il sistema di norme generali, ma deve essere riposta nel rapporto 'dinamico' che si instaura fra 'norme generali' e 'norme individuali', entrambe componenti di un unitario processo di produzione del diritto¹¹⁹. Non si dà

¹¹³ Cfr. B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, Milano 1987, pp. 88 sgg.; B. Sordi, *Un diritto amministrativo per le democrazie degli anni Venti. La 'Verwaltung' nella riflessione della 'Wiener Rechts-theoretische Schule'*, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna 1987, pp. 105-30.

¹¹⁴ H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 560-61. Cfr. anche H. Kelsen, *Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale* (1913), in A. Kelsen, *Dio e Stato*, cit., p.233.

¹¹⁵ H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 612-13.

¹¹⁶ Cfr. B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 157 sgg.

¹¹⁷ Cfr. M. Barberis, *Kelsen, Paulson and the Dynamic Legal Order*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 49-61 e i saggi raccolti in L. Gianformaggio (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici: analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino 1991.

¹¹⁸ H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., Prefazione alla seconda edizione (1923), pp. 27-28. Cfr. i contributi raccolti in A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, Giuffrè, Milano 1987 (ivi *Presentazione* di M. Patrono). Cfr. A. Abignente, *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza: studio su Adolf Julius Merkl*, E.S.I., Napoli 1990.

¹¹⁹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 25-27.

quindi un'opposizione semplice fra produzione e applicazione del diritto: la sentenza del giudice è applicazione quando la si ponga in rapporto con la legge, «dalla quale è giuridicamente determinata», ma è «creazione del diritto, normazione giuridica, in quanto la si ponga in rapporto con quegli atti giuridici che devono essere compiuti *sulla base* di essa, per esempio gli atti esecutivi»¹²⁰.

Concepire 'dinamicamente' l'ordinamento, intenderne fino in fondo le caratteristiche giuridiche, quindi cogliere lo Stato di diritto nell'insieme dei suoi profili, impedisce allora di focalizzare l'attenzione sulla legge come tale. Non esistono soltanto la legge e la sua 'esecuzione': la legge è semplicemente un gradino della complessa architettura 'a livelli' che Kelsen delinea e se, guardando 'verso il basso' dell'ordinamento, si scorgono norme 'individuali' che 'applicano' la legge, guardando 'verso l'alto' ci si rende conto che la legge non è affatto il vertice del sistema, ma è a sua volta applicazione di una norma superiore, la norma costituzionale; ed è appunto la costituzione che, pur adombrata nei *Problemi fondamentali* ma non ancora sviscerata in tutte le sue potenzialità¹²¹, diviene, in numerosi scritti degli anni Venti, un tema essenziale del discorso kelseniano.

È la visione dinamica, 'a gradini', dell'ordinamento¹²² che permette a Kelsen di introdurre novità di grande rilievo tanto nella teoria (e nella legislazione¹²³) costituzionale quanto nella costruzione dello Stato di diritto. Quando la legge perda la sua posizione 'assoluta' nell'ordinamento per divenire un gradino intermedio nel processo di creazione-applicazione delle norme, quando essa cessi di essere un atto di pura e semplice creazione del diritto e si configuri come applicazione di una norma superiore, gli atti del potere legislativo appaiono essi pure suscettibili di controllo: di qualsiasi procedimento di 'applicazione' è infatti possibile e opportuno vagliare la «regolarità», la «corrispondenza» con il «grado superiore dell'ordinamento giuridico»¹²⁴. Il naturale sviluppo dello Stato di diritto conduce dunque per Kelsen all'istituzione di un organo di controllo della costituzionalità delle leggi. Data la

¹²⁰ H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato* (1923-24), in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano 1982, pp. 88-89.

¹²¹ Cfr. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 64 sgg.

¹²² Cfr. A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffrè, Milano 1979; M. Barberis, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XII, 1982, pp. 225-42, M. Troper, *Kelsen e il controllo di costituzionalità*, in «Diritto e cultura», IV, 1994, pp. 219-41.

¹²³ Kelsen svolge un ruolo rilevante nel processo che conduce alla costituzione austriaca del '20. Cfr. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre* cit., pp. 143 sgg.

¹²⁴ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Geraci, Giuffrè, Milano 1981, p. 148.

‘costruzione a gradini dell’ordinamento’, infatti, «il postulato della costituzionalità delle leggi è teoricamente e tecnicamente del tutto identico al postulato della legittimità della giurisdizione e dell’amministrazione» e richiede quindi di essere sottoposto al vaglio di un organo apposito¹²⁵.

Come norma superiore entro un ordinamento gerarchicamente strutturato, la costituzione rende teoricamente e tecnicamente possibile il controllo di costituzionalità e quest’ultimo a sua volta rende compiutamente obbligatorie¹²⁶ le norme costituzionali. È dunque la costituzione che si propone come valvola di chiusura dello Stato di diritto, mentre le leggi divengono momenti di applicazione delle norme costituzionali.

È a questo punto che lo Stato di diritto della tradizione ottocentesca subisce una radicale trasformazione per dar luogo ad una figura – lo Stato di diritto costituzionale – che per certi versi ne raccoglie l’eredità, mentre per altri versi ne costituisce un superamento e una trasformazione.

Il nesso dilemmatico fra ‘potere’ e ‘diritto’ (e ‘diritti’), che ha accompagnato la lunga storia dello Stato di diritto, più che risolto, viene spezzato con una tecnica gordiana: ne vengono azzerati i termini costitutivi grazie alla demolitrice critica di una tradizione che si era impigliata nella celebre aporia solo perché vittima del ‘mito’ dello Stato ‘realmente’ operante (né è possibile in questa sede interrogarsi se e in che modo il ‘dilemma’ esorcizzato torni a turbare le riflessioni kelseniane nel momento in cui queste raggiungono il tema della costituzione originaria e della norma fondamentale).

Fondato lo Stato di diritto sul rapporto di ‘applicazione’ che vincola la legge alla costituzione, il nesso con una qualche ‘definizione previa’ dei diritti individuali (caratteristico della storia precedente dello ‘Stato di diritto’) è reciso e lo Stato di diritto acquisisce una dimensione rigorosamente formale. E’ vero anche che Kelsen presenta lo Stato di diritto costituzionale (dove la costituzione richiede per la modifica una «maggioranza rafforzata») come uno strumento efficace per la protezione della minoranza e quindi come una forma favorevole allo sviluppo della democrazia¹²⁷: utile per la democrazia però lo Stato di diritto è non in quanto intrinsecamente connesso con una serie di diritti presupposti che trovano in esso un’efficace difesa contro il potere, ma per gli effetti indotti dalla sua stessa struttura giuridico-formale.

¹²⁵ Ivi, pp. 171-72.

¹²⁶ Ivi, p.199

¹²⁷ Ivi, p. 202

Grazie alla *Stufenbautheorie* e al primato della costituzione si interrompe il rapporto privilegiato tradizionalmente instaurato fra sovranità e parlamento; la legge non esprime, come tale, la quintessenza della sovranità e il problema dei limiti e del controllo si imposta e si risolve in modo analogo per il potere legislativo come per l'amministrazione ricorrendo al vaglio di un organo giurisdizionale. Quel limite al potere legislativo che la dottrina tradizionale era costretta a rintracciare nella storia, nella politica, nella società, per Kelsen è costruibile giuridicamente sulla base della medesima logica che rende controllabile l'attività di ogni organo statale.

Introdotta il controllo di costituzionalità della legge, cade l'acuta obiezione che Dicey rivolgeva al costituzionalismo continentale: ridondante nei principi, ma sguarnito sul piano delle garanzie. La garanzia è ora offerta dai meccanismi di controllo che l'ordinamento stesso, senza ricorrere a 'valvole di sicurezza' esterne al sistema, è in grado di approntare. Mentre Dicey si muoveva ancora all'interno della tradizionale concezione ottocentesca della sovranità e della legge e risolveva il problema delle 'garanzie' giocando sulla realtà sfaccettata di una costituzione 'flessibile' che, se per un verso prevedeva l'assoluta sovranità parlamentare, per un altro verso si appoggiava ad un ordine giuridico di matrice prevalentemente giurisprudenziale, Kelsen rompe con la tradizione, sottopone la legge alla costituzione e risolve il problema delle 'garanzie' giocando sui meccanismi di controllo interni ad un ordine giuridico rigorosamente unitario.

Certo, la preservazione dello 'Stato di diritto costituzionale' non può dipendere per Kelsen che da meccanismi di carattere formale: la difesa della costituzione è affidata ad un organo giurisdizionale che controlla che la legge rispetti i vincoli (formali e sostanziali) dettati dalla costituzione stessa, mentre la stabilità della costituzione è favorita dalla necessità di disporre di una maggioranza qualificata per introdurre modifiche al testo costituzionale. Al di là del profilo formale che per Kelsen è l'unico giuridicamente rilevante, si apre l'ambito dell'azione dei soggetti e della loro interazione; ed è dal complicato gioco degli interessi e delle motivazioni, dal grado di razionalità e di tolleranza di cui i singoli si rendono capaci che dipendono le sorti della democrazia e, con essa, di quello Stato di diritto costituzionale che della democrazia promette di essere uno strumento tecnicamente raffinato ed efficiente.

8. Lo Stato di diritto fra «istituzioni giuridiche oggettive» e ‘Stato sociale’

Kelsen inaugura per lo Stato di diritto una nuova stagione, che spezza alla radice i dilemmi ottocenteschi, mette fuori gioco la rappresentazione metagiuridica del potere e dei soggetti per concentrare l'attenzione sull'ordinamento giuridico, ne definisce i differenziati, gerarchici livelli normativi e su questa base supera il dogma dell'intoccabile maestà della legge, consacra il ruolo portante della costituzione, introduce vincoli all'operato del legislatore e ne rende possibile il controllo giurisdizionale.

La brillante *performance* kelseniana presuppone una rigorosa distinzione fra il piano dell'essere e il piano del dovere e si svolge e si esaurisce entro i confini di una rappresentazione ‘formale’ dell'ordinamento: per Kelsen restano fuori della portata del discorso giuridico la prospettazione di vincoli ‘contenutistici’ cui l'ordinamento debba comunque soggiacere, mentre la democrazia (cui Kelsen dedica una costante attenzione) è un metodo di convivenza che, proprio perché esclude un credo assoluto, trova nei meccanismi ‘formali’ dello Stato di diritto lo strumento più congeniale.

È comprensibile allora come nella diffusa reazione antiformalista (e antikelseniana) degli anni Venti vengano al pettine i nodi della definizione ‘formale’ di Stato di diritto. È vero infatti che la costituzione (nella prospettiva kelseniana) rende controllabile l'operato del legislatore; ma è altrettanto vero che la costituzione non trova altra difesa se non nel dato puramente numerico ed estrinseco della ‘maggioranza qualificata’ richiesta per la sua modifica: il problema del limite, che la *Stufenbautheorie* aveva permesso di risolvere per il potere legislativo, ad un livello ‘intermedio’ dell'ordinamento, torna a proporsi ai suoi vertici, quando è in gioco il potere costituente.

La tesi dell'insufficienza di un vincolo puramente formale all'arbitrio del potere circola insistentemente nel dibattito che divampa in Germania intorno alla costituzione weimariana e trova nella riflessione di Erich Kaufmann una precisa formulazione¹²⁸.

Kaufmann, superata una sua giovanile fase neokantiana, rompe decisamente con Stammler e con Kelsen¹²⁹ denunciando l'insufficienza di una visione puramente ‘formale’ del diritto: le «forme e norme» del neokantismo «sono vuote e nessun

¹²⁸ Cfr. E. Castrucci, *Tra organicismo e Rechtsidee. Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Giuffrè, Milano 1984.

¹²⁹ E. Kaufmann, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, a cura di A. Carrino, E. S.I., Napoli 1992.

ponte conduce da loro in basso, verso l'essere»; per Kaufmann è invece essenziale passare da un «sistema astratto di forme» ad «un ordine materiale di contenuti» e abbandonare «l'apriorismo formale» che «ci fa girare intorno senza guida nel mare della realtà effettiva»¹³⁰. Il suo impegno procede quindi in una direzione perfettamente contraria a quella di Kelsen e mira a cogliere, dietro i nessi 'concettuali', i rapporti reali, nella convinzione che i «Relationsbegriffe» traggono senso dai «Dingbegriffe»¹³¹. Occorre andare al di là della superficie formale e procedurale dell'ordinamento per individuare punti di riferimento 'oggettivi' che orientino le scelte del giudice come del legislatore: occorre insomma che i limiti opponibili all'azione dei pubblici poteri non siano «qualcosa di meramente formale», ma riposino su un «ordine materiale» capace di dettare «contenutisticamente» le condizioni dell'ordine¹³².

È il concetto di «istituto»¹³³ che può servire a superare il livello della pura analisi normativa: l'istituto è infatti qualcosa di più di un complesso di norme; esso è animato da principi propri, è l'espressione di un ordine oggettivo, di una 'logica delle cose' che il giudice, il legislatore ordinario, l'assemblea costituente sono tenuti a rispettare. Se in una prospettiva 'formalistica' il gioco dei limiti e dei controlli incrociati è costretto ad un certo punto ad arrestarsi per dar luogo all'inevitabile arbitrio di una 'volontà' (se non del legislatore ordinario, almeno del superlegislatore costituente), quando si superino i confini angusti del normativismo emergono principi, valori, forme di vita collettiva (gli 'istituti') che offrono nei confronti del dispotismo del potere quella 'garanzia' ultimativa e indisponibile che il formalismo è per sua natura incapace di fornire.

La nozione di 'istituto' come vincolo 'sostanziale' all'arbitrio del potere non è un'escogitazione solitaria di Kaufmann, ma, per un verso, è un estremo frutto della tradizione storicistico-organicistica tedesca, mentre, per un altro verso, rinvia (come Kaufmann stesso ci avverte) a Maurice Hauriou e a quella nozione di 'istituzione' che innovativamente il giurista francese aveva cominciato a delineare già negli ultimi anni dell'Ottocento.

¹³⁰ Ivi, pp. 12-13.

¹³¹ E. Kaufmann, *Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe*, in E. Kaufmann, *Gesammelte Schriften, III, Rechtsidee und Recht. Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrhunderten*, Schwartz, Göttingen 1960, p. 267.

¹³² E. Kaufmann, *L'uguaglianza dinanzi alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich* (1927), in E. Kaufmann, *Critica*, cit., p.85. Cfr. R. Miccù, *La controversia metodologica nella dottrina weimariana dello Stato*, in R. Miccù (a cura di), *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, E.S.I., Napoli 1992, pp. 155 sgg.

¹³³ E. Kaufmann, *L'uguaglianza*, cit., pp. 88-89. Cfr. E. Castrucci, *Tra organicismo e Rechtsidee*, cit., pp. 128-29.

Per Hauriou l'ordine giuridico deve essere compreso sullo sfondo di un'interazione sociale caratterizzata dal continuo formarsi dei più diversi gruppi e associazioni. Il termine 'istituzione' vuole appunto designare qualsiasi gruppo sociale organizzato, esigente e insieme protettivo nei confronti dei suoi membri, caratterizzato da una specifica distribuzione del potere al suo interno, capace di durare nel tempo¹³⁴: è nel microcosmo socio-giuridico dell'istituzione che si creano le regole che determinano gli oneri e le prerogative dei singoli membri¹³⁵.

L'istituzione, non lo Stato, è il fenomeno giuridico 'originario': lo Stato presuppone (storicamente e logicamente) un ricco e vario tessuto di istituzioni che condiziona il suo sviluppo e si mantiene vivo e vitale anche nella fase del suo massimo splendore¹³⁶. L'impostazione di Hauriou è 'dualistica' e si contrappone esplicitamente al monismo 'sociologico' di Duguit come al monismo 'formalistico' di Carré de Malberg o di Kelsen. L'ordine giuridico si regge sulla costitutiva dualità di 'Stato' e 'nazione'; e la nazione non esiste soltanto in quanto incarnata nello Stato (come vuole Carré de Malberg), ma è essa stessa una realtà storicamente determinata, visibile e operante, «un corpo sociale organizzato»¹³⁷, «l'insieme delle situazioni stabilite..., capaci di solidarizzare per fare da contrappeso al governo e costituire un blocco...»¹³⁸ dotato di una sua autonoma e giuridica consistenza.

Sono queste le coordinate che per Hauriou definiscono lo Stato di diritto: che deve essere fondato non sull'idea dell'autolimitazione, ancora interna al dogma dell'onnipotenza dello Stato, ancora espressione di un 'monismo' incapace di scorgere alcunché al di fuori dello Stato, ma su una 'teoria dell'equilibrio', che pensa l'ordine come il risultato dell'interazione fra lo Stato e il tessuto istituzionale al quale esso non può non riferirsi¹³⁹.

Certo, Hauriou non sottovaluta le ricadute 'interne', 'endo-statali', dello Stato di diritto: giocando infatti sulla pluralità degli organi e dei poteri è stato possibile sottoporre l'amministrazione alla legge e provvedere alla creazione di una giurisdizione amministrativa. Già più difficile però, mantenendosi fedeli a questa

¹³⁴ M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris 1896, pp. 314 sgg. Cfr. anche M. Hauriou, *La Théorie de l'institution et de la fondation. (Essai de vitalisme social)* (1925), in M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, Paris 1933, pp. 91 sgg.

¹³⁵ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, Paris 1910, pp. 128 sgg.

¹³⁶ Ivi, pp. 228 sgg.

¹³⁷ Ivi, p. 254.

¹³⁸ Ivi, p. 461.

¹³⁹ Ivi, pp. 72-73

prospettiva, è riuscire a porre limiti alla legislazione, anche se per Hauriou un esempio interessante in questa direzione è quello americano¹⁴⁰. Il punto è comunque che non si arriva ad una soluzione definitiva e appagante se non si esce dalla monade statale per riferirsi alla dinamica delle 'istituzioni sociali'.

Emergono allora i soggetti, gli interessi, i gruppi, le gerarchie e il graduale formarsi, nel vivo dei rapporti sociali, di «situazioni stabilite», di strutture che il potere statale può disciplinare, coordinare, tutelare, ma non creare o cancellare arbitrariamente¹⁴¹. Non è allora dall'autolimitazione dello Stato che nasce la libertà: per Hauriou il diritto e i diritti nascono dal tessuto istituzionale della società che costituisce, per un verso, la matrice originaria dello Stato stesso, e, per un altro verso, l'obbligatorio polo di riferimento della sua azione¹⁴².

La «costituzione politica» trae senso e forza dal suo rapporto con la «costituzione sociale»: gli stessi diritti individuali devono essere intesi non come unilaterali concessioni dello Stato o come attributi di un'assoluta e irrelata soggettività, ma come nervature della società, strutture socio-normative, forme di rapporti intersoggettivi, appunto 'istituzioni': è l'insieme di questi *status*, di queste «istituzioni giuridiche oggettive», che definisce la condizione dell'individuo, lo «statut» del cittadino francese¹⁴³.

È dal gioco combinato dell'iniziativa statale e della spontanea germinazione di forme istituzionali che nasce quell'equilibrio dinamico nel quale risiede la più forte garanzia di successo dello Stato di diritto. Proprio per questo, non è determinante che i diritti socialmente consolidati trovino una formale conferma in una costituzione scritta, come sta a dimostrare, per Hauriou, l'eloquente esempio della Gran Bretagna; e, viceversa, non basta che in una costituzione scritta manchi una precisa enunciazione delle libertà, come ad esempio nella costituzione francese del 1875, perché l'ordine giuridico divenga immediatamente 'illiberale', appunto perché, di nuovo, lo Stato di diritto vive non tanto negli assetti formali quanto nell'equilibrio che nasce dal rapporto fra istituzioni sociali e intervento statale. Ciò non toglie però che l'esistenza di una costituzione scritta sia secondo Hauriou un fatto di sicuro rilievo: per la Francia la *Dichiarazione dei diritti* è importante non tanto per i contenuti 'individualistici' che essa, figlia del suo tempo, fa propri¹⁴⁴, quanto perché, assunta come norma superiore alla legge ordinaria e auspicabilmente rafforzata da

¹⁴⁰ Ivi, pp. 75-77.

¹⁴¹ Ivi, pp. 78-80.

¹⁴² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris 1929² (1923¹), pp. 101-103.

¹⁴³ Ivi, p. 613.

¹⁴⁴ M. Hauriou, *Principes de droit public*, cit., p. 558.

un meccanismo di controllo della costituzionalità delle leggi, contribuisce notevolmente a rafforzare il rispetto delle ‘istituzioni giuridiche oggettive’¹⁴⁵.

Per quanto diversi siano i contesti, le impostazioni e le preoccupazioni di un Hauriou o di un Kaufmann, il punto di incontro e di consonanza risiede dunque in una duplice esigenza ‘antiformalistica’: mostrare le insufficienze di una definizione puramente formale di Stato di diritto, trovare una misura del diritto capace di sottrarsi ai colpi di mano di una politica che, tenuta sotto controllo nel corso della ‘ordinaria’ attività legislativa, può tornare alla ribalta nello ‘stato di eccezione’ dell’attività costituente. Pur apprezzando i dispositivi giuridico-istituzionali – tanto quelli ormai acquisiti, quali la giurisdizione amministrativa, quanto l’ultima sponda, rappresentata dal controllo di costituzionalità delle leggi – se ne paventa l’inadeguatezza ad arrestare, da soli, la deriva ‘dispotica’ del sovrano: torna ad aleggiare lo spettro di un ordine giuridico ‘in-fondato’, separato da una ‘logica delle cose’, da una struttura iscritta nella realtà stessa dei rapporti intersoggettivi, unico baluardo contro la sempre risorgente ‘eccedenza’ del potere.

Che questa preoccupazione si manifesti con insistenza nel dibattito weimariano è comprensibile, se si pensa al contraddittorio, ma innovativo e coraggioso tentativo che il costituente del ’19 compie impegnandosi in quel processo di ‘costituzionalizzazione’ dei ‘diritti sociali’ destinato ad essere proseguito e approfondito dalle costituzioni del secondo dopoguerra; e se per alcuni la costituzione weimariana si era sottratta ad una ‘decisione’ qualificante per arenarsi in uno sterile compromesso, per altri essa aveva al contrario mostrato una pericolosa propensione ‘interventistica’ minacciando, con la lunga serie di ‘diritti sociali’ in essa ospitati, il tradizionale primato della libertà e della proprietà.

Se dunque, per un verso, l’antiformalismo e l’antikelsenismo degli anni Venti si traduce nella ricerca di un argine al potere costituente, per un altro verso, in una prospettiva in qualche modo opposta, la critica al formalismo kelseniano può appuntarsi non già sui varchi da esso lasciati aperti al decisionismo del legislatore (costituente), ma sulle chiusure dimostrate nei confronti del ruolo creativo e trainante del potere.

Si muove in quest’ultima prospettiva Hermann Heller, che rimprovera a Kelsen di voler costruire una sorta di dottrina dello Stato senza Stato¹⁴⁶, mettendo in

¹⁴⁵ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, cit., pp. 611 sgg.

¹⁴⁶ H. Heller, *La crisi della dottrina dello Stato* (1926), in H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Giuffrè, Milano 1987, pp. 31 sgg. Cfr. anche H. Heller, *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, E.S.I., Napoli 1988, pp. 97 sgg.

parentesi il momento della sovranità, del potere, della decisione. Heller (che milita nelle fila della socialdemocrazia) intende tenersi a distanza tanto dall'economicismo dell'ortodossia marxista quanto dal formalismo kelseniano e va in cerca di una teoria della sovranità capace di dar conto, insieme, delle regole e dell'autorità che le istituisce e le rende effettive, senza cadere nell'errore di rendere giuridicamente 'invisibile' il momento del potere e dell'obbedienza¹⁴⁷. Heller è disposto ad usare Schmitt contro Kelsen per rivendicare l'esistenza di un'istanza suprema di comando capace «di decidere in modo definitivo ed efficace ogni questione riguardante l'unità dell'agire sociale collettivo sul territorio, eventualmente anche contro il diritto positivo, e di imporre questa decisione a ciascuno»¹⁴⁸.

Quanto al titolare della sovranità, esso, nei moderni ordinamenti costituzionali, è per Heller indubbiamente il popolo, centro di irradiazione di quella rousseauviana «volonté générale» che sostiene e legittima l'intero ordinamento¹⁴⁹. È intorno alla forte e determinata volontà popolare che si organizza la democrazia, che per Heller deve essere concepita tenendosi lontani tanto dalla celebrazione schmittiana dell'omogeneità e dell'assoluta unità del popolo quanto dal neutrale proceduralismo kelseniano che la riconduce alla strumentazione giuridico-formale dello Stato di diritto costituzionale. La democrazia implica la condivisione di un nucleo di valori e di principi fondamentali che non esclude però la differenziazione delle prospettive e delle strategie, il pluralismo, il conflitto, pur se regolato e stemperato dall'accettazione di regole comuni. Conseguentemente il parlamentarismo non è la proiezione istituzionale di compromessi eticamente 'neutri' (come vuole Kelsen) né la fragile copertura (come crede Schmitt) dei conflitti e degli accordi fra i partiti 'totali': la sua «base storico-spirituale» «non è la fede nella discussione pubblica come tale, ma la fede nell'esistenza di un fondamento di discussione comune»¹⁵⁰.

E' dalla capacità di riconoscersi in un comune patrimonio di valori che dipende per Heller la possibilità di uscire dalla crisi weimariana salvandone e anzi approfondendone le potenzialità democratiche; ed è in questo contesto che il problema dello Stato di diritto acquista per Heller tutta la sua pregnanza storica e politica.

¹⁴⁷ Ivi, pp. 95 sgg. Cfr. le osservazioni di P.P. Portinaro, *Staatslehre und sozialistischer Dezisionismus. Randbemerkungen zu Hellers Rechts- und Staatslehre*, in Ch. Müller, I. Staff (a cura di), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Nomos, Baden-Baden 1984, pp. 573-84.

¹⁴⁸ H. Heller, *La sovranità*, cit., p.174.

¹⁴⁹ Ivi, pp. 165-67.

¹⁵⁰ H. Heller, *Democrazia politica e omogeneità sociale* (1928), in H. Heller, *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti*, Editoriale Scientifica, Napoli 1998, pp. 17-18.

La parabola storica dello Stato di diritto è animata per Heller dall'esigenza di contenere l'arbitrio del potere rendendo prevedibili le conseguenze giuridiche dell'azione individuale. Giocando sul primato della legge e sul principio della divisione dei poteri è stato possibile introdurre dispositivi di controllo – in primo luogo la giurisdizione amministrativa – funzionali all'obiettivo perseguito, la tutela della libertà e della proprietà individuale. I tentativi recenti di alzare il tiro sottoponendo non soltanto l'amministrazione, ma anche il potere legislativo o addirittura il potere costituente ad un sistema di vincoli nascono per Heller dalle paure della borghesia, consapevole che i veri pericoli per la libertà e per la proprietà provengono oggi proprio dall'assemblea parlamentare, dove (con l'introduzione del suffragio universale e l'avvento dei partiti di massa) il proletariato agisce ormai da protagonista.

È a questo punto che si apre per Heller un'alternativa drammatica. Una possibilità è che la borghesia, spaventata dall'immagine di una democrazia decisionista e interventista, non si senta più sufficientemente tutelata dalle procedure formali dello Stato di diritto e si getti nelle braccia di «un neo-feudalesimo irrazionalistico»¹⁵¹, si rifugi nel culto dell'«uomo forte» abbandonando, insieme, la democrazia e la «nomocrazia», il parlamentarismo e lo Stato di diritto. Una diversa possibilità – l'unica strada che per Heller può salvare uno Stato di diritto altrimenti condannato all'impotenza – si profila solo a patto di ripensare a fondo la tradizione ottocentesca dello Stato di diritto e di riconoscere che l'obiettivo da essa perseguito – la difesa della sfera giuridica individuale dall'invadenza arbitraria del potere – realizza una condizione necessaria ma non sufficiente dell'ordine. Aggiornare lo Stato di diritto e porlo in sintonia con le esigenze del presente significa per Heller liberare la rappresentazione dei diritti dalle sue originarie ipoteche individualistiche¹⁵² e quindi trasformare lo Stato di diritto della tradizione, concentrato nella difesa della proprietà e della libertà, nel «Wohlfahrtsstaat» democratico-sociale, nello Stato di diritto sociale¹⁵³. Soltanto aprendo lo Stato di diritto alle nuove realtà della 'democrazia sociale', soltanto collegandolo funzionalmente a diritti non identificabili con la

¹⁵¹ H. Heller, *Stato di diritto o dittatura?* (1928), in H. Heller, *Stato di diritto*, cit., p.51.

¹⁵² H. Heller, *Grundrechte und Grundpflichten* (1924), in Hermann Heller, *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, Sijthoff, Leiden 1971, pp. 284 sgg.

¹⁵³ Ivi, p.291. Cfr. W. Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Nomos, Baden-Baden 1983²; I. Staff, *Forme di integrazione sociale nella Costituzione di Weimar*, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato*, cit., pp.11-50. Anche Neumann parla della «costruzione di uno Stato sociale di diritto» (F.L. Neumann, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar* [1930], in F.L. Neumann, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Il Mulino, Bologna 1983, p.134).

'classica' endiadi 'libertà e proprietà', lo Stato di diritto può rinascere dalle sue ceneri e divenire il tramite di una nuova legittimità.

Con la riflessione (soprattutto tedesca e francese) degli anni Venti può dirsi virtualmente conclusa quella parabola dello Stato di diritto che aveva avuta la sua 'preistoria' nel riformismo settecentesco e la sua piena affermazione nella giuspubblicistica europea del maturo Ottocento.

I punti-chiave del 'nuovo corso' dello Stato di diritto sono in sintesi i seguenti.

In primo luogo, la *Stufenbautheorie* kelseniana, determinando il rapporto gerarchico fra legge e costituzione, contribuisce a demolire il dogma della 'assoluta' sovranità parlamentare (un dogma condiviso nell'Ottocento dalle principali tradizioni giuridiche europee), permette di sottoporre a vincoli giuridici l'attività legislativa e la rende giurisdizionalmente controllabile (diminuendo da questo punto di vista la distanza, fino a quel momento notevole, fra la tradizione europea continentale e il costituzionalismo americano). Se dunque, per un verso, si introduce nella storia dello Stato di diritto (grazie al contributo kelseniano, pionieristico e per lungo tempo relativamente appartato) un momento di radicale discontinuità dovuto alla presenza nuova e determinante del 'momento costituzionale', per un altro verso, con Kelsen, lo Stato di diritto sviluppa fino in fondo quell'istanza di integrale 'giuridicizzazione' dell'ordinamento che, pur presente nel suo genoma, si era solo imperfettamente sviluppata entro i confini della giuspubblicistica ottocentesca.

Il dispositivo teorico impiegato da Kelsen nella sua brillante operazione è la tesi che nega la 'realtà' dello Stato identificandolo con l'ordinamento giuridico: per questa via Kelsen cessa di proporre una soluzione interna alla famosa aporia (l'ossimoro di uno Stato assolutamente sovrano e insieme giuridicamente vincolato) e ne dimostra piuttosto l'insussistenza decapitando uno dei termini dell'opposizione. E' a questo punto che emerge però un secondo punto-chiave del dibattito sullo Stato di diritto: è proprio l'intransigente normativismo kelseniano ad apparire il tallone di Achille di uno Stato di diritto che voglia offrirsi come 'definitivo' argine del sovrano. La mera, formale 'gerarchia delle norme' sembrerà allora un'arma spuntata di fronte ad un potere che, tenuto a freno in una zona dell'ordinamento, torna comunque a mostrare la sua 'eccedenza' ad un livello gerarchicamente superiore e non può essere realmente arginato finché non si compie un salto dalla forma al contenuto, dalle norme alle strutture sociali, agli 'istituti', alle 'istituzioni', ai principi fondanti.

In terzo luogo, mutano alcuni aspetti del rapporto che collega lo Stato di diritto con i diritti dei soggetti. Con Heller, con Neumann, lo Stato di diritto intrattiene un

legame privilegiato con una nuova classe di diritti (i diritti che possiamo ormai chiamare ‘sociali’), che consacrano giuridicamente la pretesa di un intervento ‘positivo’ dello Stato nei confronti dei soggetti. Resta comunque confermato un tratto caratteristico dello Stato di diritto in tutto l’arco della sua parabola: la sua destinazione funzionale, ‘garantistica’, la posizione di vantaggio che esso intende procurare agli individui e che spesso si traduce in un preciso ventaglio di diritti. Se però nella tradizione ottocentesca è alla tutela della libertà e della proprietà che lo Stato di diritto si dichiara essenzialmente votato, nella formula helleriana lo Stato di diritto, divenuto Stato di diritto sociale, si collega funzionalmente con una classe di diritti che ne allarga e ne complica notevolmente l’originaria destinazione.

In quarto luogo, si profila con inusitata chiarezza (ancora nella lucida testimonianza di Heller) la possibilità (non remota o ipotetica, ma concreta e decisiva) di un completo esaurimento delle ragioni storico-politiche dello Stato di diritto, inerme di fronte a una crisi che sembra esigere una radicale ‘trasvalutazione’ di qualsiasi impaccio ‘nomocratico’ e formalistico.

9. ‘Stato di diritto’, ‘Stato di giustizia’, ‘Stato etico’

La ‘dittatura’ che Heller paventava si sarebbe realizzata di lì a poco in Germania in una forma assai più complessa ed incisiva di quanto Heller stesso immaginasse, mentre l’Italia aveva già offerto al giurista tedesco l’esempio di una soluzione ‘anti-parlamentare’ della crisi dello Stato liberal-democratico. Certo, non siamo di fronte ad esperienze omogenee ed intercambiabili: i regimi che negli anni Venti e Trenta dominano la scena italiana e tedesca offrono all’analisi storico-comparativa un quadro complesso e variegato di analogie e differenze. Un dato innegabile (anche se grezzo ed elementare) è l’idiosincrasia, condivisa da entrambi i regimi, nei confronti della tradizione (o delle tradizioni) riconducibili al ‘liberalismo’ e alla ‘democrazia’: sarebbe però incauto indurne sbrigativamente che in Germania e in Italia si procede alla medesima esecuzione sommaria (o sacrificio rituale) della formula dello Stato di diritto.

In Germania, negli anni immediatamente successivi all’avvento, nel ’33, del nuovo regime, lo Stato di diritto è al centro di un’acre polemica fra giuristi¹⁵⁴, che

¹⁵⁴ Cfr. P. Caldwell, *National Socialism and Constitutional Law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter and the Debate over the Nature of the Nazi State 1933-37*, in «Cardozo Law Review», 16, 1994, pp. 399-427; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, Beck, München 1999, pp. 316 sgg.

deve essere peraltro interpretata senza dimenticare che, nei conflitti di potere che segnano in profondità la vita del regime nazionalsocialista, si tende ad esasperare (o ad inventare) differenziazioni ideologiche in realtà modeste (o inesistenti) per usarle come strumenti di liquidazione dell'avversario.

A rendere 'attuale' l'argomento dello Stato di diritto all'inizio dell'avventura nazional-socialista concorrono svariate circostanze: per un verso, il confronto con la celebre formula permette ai protagonisti del dibattito di fare i conti con la tradizione liberal-costituzionale e precisare il proprio credo politico, mentre, per un altro verso, gli stessi artefici della 'rivoluzione' nazionalsocialista, nel delicato momento di transito verso il nuovo assetto politico, attribuiscono al termine 'Rechtsstaat' una funzione rassicurante nei confronti dei ceti e degli intellettuali più legati alla tradizione.

Per i giuristi di antica o recente fede nazionalsocialista lo Stato di diritto è un'utile testa di turco per attaccare il 'liberalismo' dal quale viene fatto storicamente dipendere: non per tutti però la sorte del 'Rechtsstaat' è automaticamente segnata dalla liquidazione del liberalismo ed è proprio sulla possibilità di impiegare nella nuova Germania nazionalsocialista la nozione (e il 'simbolo') dello Stato di diritto che si apre un dibattito a più voci, dominato comunque da due giuristi che lottano per una posizione di preminenza nell'organigramma del nuovo regime: Otto Koellreutter e Carl Schmitt.

Se da tempo Koellreutter milita nelle fila dei nazionalsocialisti mentre Schmitt ha alle spalle una storia più complessa e travagliata, entrambi interpretano in modo analogo e valorizzano il 'Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich' del 24 marzo 1933¹⁵⁵, che conferisce al governo il potere di emanare leggi ed anche introdurre mutamenti costituzionali: per entrambi i giuristi è a partire da questo momento che, anche senza una formale abrogazione della costituzione weimariana, il vecchio ordine viene meno e inizia un regime fondato sul *Führertum* e sul *Volk*.

Nel '33 Koellreutter si diffonde su questi concetti, mostrando come il nazionalsocialismo, a differenza del fascismo che si appoggia soprattutto sullo Stato, fa leva sul *Volk* (unità di sangue, di razza, realtà omogenea caratterizzata da una specifica identità biologica e territoriale) e sul *Führer*, che ne interpreta le esigenze profonde: fondato sul nesso fra *Führer* e *Volk*, il regime nazionalsocialista trova

¹⁵⁵ Cfr. C. Schmitt, *Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 38, 1933, cc. 455-58.

quindi nel termine *Führerstaat* la designazione più pertinente¹⁵⁶. Sempre nel '33 Schmitt inizia la sua carriera di 'giurista del Reich'¹⁵⁷ pubblicando *Staat, Bewegung, Volk*¹⁵⁸, dove le sue precedenti simpatie o nostalgie per lo Stato forte, indipendente, distaccato dalla società (lo «Stato totale» in senso qualitativo¹⁵⁹) vengono sostituite da una 'triade' che, se mantiene ancora al suo interno il riferimento allo Stato, lo presenta come organo di un processo che trova nel 'movimento' l'elemento vitale e propulsivo e nel *Führer* il suo interprete e garante. Per entrambi i giuristi, dunque, il nuovo Stato è un *Führerstaat* che non fa che esprimere la forza di un popolo la cui caratteristica fondamentale deve essere considerata la «Artgleichheit»: l'eguaglianza qualitativa, l'omogeneità che nasce dalla comunione del sangue e della razza¹⁶⁰.

Se dunque intorno ai principi fondamentali del nuovo regime non sembrano esistere decisive differenze fra i due giuristi, a proporsi come *casus belli* è proprio lo Stato di diritto. Per Koellreutter il passaggio da quella che il giuspubblicista Gustav Adolf Walz chiamava la «Zwischenverfassung»¹⁶¹ (l'imbelle, impotente costituzione weimariana) al nuovo ordine nazionalsocialista è la trasformazione del vecchio, liberale Stato di diritto nel nuovo Stato di diritto che egli chiama «nazionale». Il nuovo Stato di diritto ha reciso ogni legame con il vecchio mondo dell'individualismo liberale: mentre lo Stato di diritto della tradizione è funzione dell'individuo e dei suoi diritti, lo Stato di diritto «nazionale» assume come punto di riferimento la vita del popolo. Che però il nuovo ordine possa essere connotato come un 'Rechtsstaat' è dimostrato dal fatto che in esso mantengono una loro importanza, secondo Koellreutter, le leggi generali e l'indipendenza dei giudici¹⁶². Resta fermo comunque che anche questi elementi sono legati funzionalmente non all'individuo ma al popolo e possono essere sospesi quando lo richieda lo stato di necessità: quella *salus populi* dalla quale la stessa legge del '33 trae la sua legittimazione¹⁶³.

¹⁵⁶ O. Koellreutter, *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1933, pp. 163-64.

¹⁵⁷ Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 1996, pp. 840 sgg.

¹⁵⁸ C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Anseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933.

¹⁵⁹ Cfr. C. Schmitt, *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland* (1931), in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1985, p.360. Cfr. G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996, pp. 107 sgg.

¹⁶⁰ C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, cit., p. 42; O. Koellreutter, *Grundriss*, cit., p. 54.

¹⁶¹ G.A. Walz, *Das Ende der Zwischenverfassung*, Kohlhammer, Stuttgart 1933.

¹⁶² O. Koellreutter, *Grundriss*, cit., pp. 108-109; pp. 255-56.

¹⁶³ Cfr. O. Koellreutter, *Der nationale Rechtsstaat*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 38, 1933, cc. 517-24.

Schmitt a sua volta non esclude che leggi generali e giudici indipendenti continuino ad esistere nell'ordine nazionalsocialista, ma aggiunge che ogni aspetto del nuovo regime deve essere ricondotto alla sua logica complessiva, tenendo conto che in esso l'eguaglianza non ha più un carattere meramente formale e che le leggi vigenti (anche le leggi emanate prima del '33 e non ancora abrogate) devono essere interpretate alla luce dei principi nazionalsocialisti¹⁶⁴. Ed è appunto come connotazione globale del nuovo regime che a Schmitt la nozione di Stato di diritto appare fuorviante.

‘Stato di diritto’ è un'espressione recente, ottocentesca. Essa nasce – ci ricorda Schmitt – come espressione di un'antropologia, di una metafisica, di una politica schiettamente liberali: ‘Stato di diritto’ si contrappone, per un verso, allo ‘Stato cristiano’, per valorizzare una legittimazione puramente secolare, genericamente ‘umana’, dell'ordine politico, e, per un altro verso, allo Stato hegeliano, per mettere in evidenza il nesso funzionale che deve legare il sovrano all'individuo. Di contro a questa caratterizzazione ideologicamente forte dello Stato di diritto si è poi sviluppata, a partire da Stahl, una diversa formulazione del concetto, orientata alla sua «neutralizzazione e tecnicizzazione»: in questa prospettiva preme soltanto che lo Stato sia ‘sottoposto al diritto’, quale che sia lo scopo che esso persegue, mentre il diritto si riduce ad una mera forma adattabile a qualsiasi contenuto¹⁶⁵.

Ora, l'idea di uno Stato che il formalismo normativista rende esangue, eticamente e teleologicamente indifferente, è per Schmitt incompatibile con la visione nazionalsocialista dell'ordine «concreto», fondato sull'endiadi ‘Blut und Boden’¹⁶⁶. Lo Stato di diritto, colto nella sua precisa destinazione di senso, appare inseparabile dal relativismo e dall'agnosticismo che lo ha risolto in un «Gesetzesstaat», in uno ‘Stato legislativo’, in uno Stato formalisticamente identificato con lo sterile gioco della ‘posizione’ e della ‘applicazione’ delle norme¹⁶⁷. In quanto ‘Stato legislativo’,

¹⁶⁴ C. Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in «Juristische Wochenschrift», 63, 1934, pp. 716-18.

¹⁶⁵ C. Schmitt, *Was bedeutet der Streit um den ‘Rechtsstaat’?*, in C. Schmitt, *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, a cura di G. Maschke, Duncker & Humblot, Berlin 1995, pp. 123-25.

¹⁶⁶ Ivi, p. 126.

¹⁶⁷ Anche l'allievo di Schmitt, Forsthoff, sostiene l'impossibilità di separare lo Stato di diritto dalla sua matrice liberale, recensendo (in «Juristische Wochenschrift», 62, 1934, p. 538) *Der deutsche Führerstaat* di Koellreutter. La risposta di Koellreutter è contenuta nel suo *Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 39, 1934, pp. 626-28. Cfr. anche le osservazioni di H. Helfritz, *Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 39, 1934, pp. 425-33.

lo Stato di diritto è irriducibile allo Stato nazionalsocialista¹⁶⁸ per il quale Walz ha coniato la fortunata formula di «völkischer Führerstaat»: ammettendo anch'egli l'esistenza di leggi generali e di giudici che le applicano, ma insistendo sul loro valore strumentale, dal momento che il cuore del nuovo ordine è un popolo che non è affatto una massa eterogenea e 'plurale', ma un «artgleicher deutscher Volk» che trova nel «Führerstaat» la sua naturale espressione¹⁶⁹.

A connotare propriamente il nuovo *Führerstaat* non può dunque essere impiegata la formula Stato di diritto, dato il suo carattere congenitamente 'formalistico'. Risolta storicamente e concettualmente in 'Stato legislativo' essa si oppone ad un altro tipo di Stato che più esattamente può essere invocato per connotare il regime nazionalsocialista: lo 'Stato di giustizia'. Non si deve cadere nella trappola dei liberali che vorrebbero far credere che intorno al 'Rechtsstaat' si giochi l'alternativa fra «Recht» e «Unrecht», fra diritto e torto, fra giustizia e ingiustizia. Al contrario, lo Stato di diritto, risolto in 'Stato legislativo', si sbriga della 'giustizia' facendone una questione di regolarità, di conformità alla legge. Valga l'esempio del settore penale, dove la 'giustizia' reclama la punizione del colpevole ('nullum crimen sine poena'), mentre il formalismo si adagia sulla vuota massima 'nulla poena sine lege'. Se dunque lo 'Stato legislativo' si attaglia al vuoto scetticismo liberale, è semmai lo 'Stato di giustizia' la connotazione riferibile all'«ordine concreto» del popolo¹⁷⁰.

È da questo assunto che coerentemente Schmitt deduce la legittimazione della 'notte dei lunghi coltelli', la liquidazione dei vertici delle S.A.: di fronte al supremo pericolo il duce agisce come supremo giudice. Se il formalismo dello Stato di diritto ha portato alla rovina la nazione tedesca – il liberalismo usa le garanzie costituzionali per proteggere i colpevoli di alto tradimento – la giustizia concreta del *Führer* salva la nazione. Certo, anche nella tradizione giuridica liberale, come Schmitt non manca di ricordare, era iscritta la possibilità di sospendere le garanzie in nome della necessità 'eccezionale'. Nel nuovo regime però la necessità interviene come momento non già di sospensione ma di rivelazione del diritto: Hitler non ha agito, come il dittatore repubblicano, «in uno spazio giuridicamente vuoto» per far fronte ad una contingenza eccezionale, superata la quale torna in auge il formalismo dello Stato di diritto; la sua azione al contrario è stato un autentico atto di giustizia: la sua

¹⁶⁸ C. Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, cit., pp. 714-15; C. Schmitt, *Der Rechtsstaat*, in H. Frank (a cura di), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, NSDAP, München 1935, pp. 5-6.

¹⁶⁹ G.A. Walz, *Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat?*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 38, 1933, cc. 1338-40.

¹⁷⁰ C. Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, cit., pp. 713-14.

giurisdizione affonda le radici nella fonte del diritto, il popolo, e nell'estrema necessità il *Führer* è il supremo giudice e il tramite ultimo della realizzazione del diritto¹⁷¹.

Di lì a poco, la discussione sullo Stato di diritto si sarebbe spenta perché ormai inutile per un regime che non aveva più alcun interesse a tenere in piedi un pur fragile ponte con il passato. Appaiono comunque chiari e significativi i termini della contesa. Se la formula dello Stato di diritto aveva espresso fino a questo momento il tentativo di usare il diritto (attraverso una sua raffinata strumentazione tecnica) come strumento di contenimento e di controllo del potere rendendone l'azione prevedibile e 'regolare', ora essa, per essere accolta nell'Olimpo dei concetti nazionalsocialisti, deve impostare in termini rovesciati il nesso fra potere e diritto: è il potere (il potere per definizione 'eccezionale' del *Führer*) ad usare il diritto in vista della *salus populi*. Nasce di qui il rilievo attribuito allo 'stato di necessità'. Certo, si tratta di un antico arnese della tradizione giuridica, già invocato dai giacobini per legittimare la sospensione della costituzione¹⁷² e mai dimenticato dalla giuspubblicistica liberale¹⁷³: con il nuovo regime però è la 'regola' un momento interno alla 'eccezione' e non il contrario. È il potere a dominare la scena e a decidere sulla base di considerazioni di opportunità destinate a prevalere (non eccezionalmente, ma 'strutturalmente') sulle regole: queste possono svolgere ancora una utile funzione, a patto che resti indiscussa la loro funzione 'subalterna' e la loro destinazione alla disciplina di rapporti politicamente 'secondari'. La soluzione 'conservatrice' di Koellreutter è in fondo (involontariamente) vicina all'acuta diagnosi fraenkeliana del 'doppio Stato'¹⁷⁴: uno Stato – caratteristico del regime nazionalsocialista – dove il livello 'alto' della politica irrefrenabile e incontrollabile si sovrappone (in utile sinergia) al livello 'basso' della 'normalità' (dello svolgersi 'secondo regole') dei rapporti privati ed economici.

Il gioco della norma e dell'eccezione, del diritto e della necessità non è una prerogativa della discussione tedesca sullo Stato di diritto, ma si era già proposto (in termini analoghi e insieme diversi) nell'Italia fascista¹⁷⁵. È lo stesso Schmitt che fa

¹⁷¹ C. Schmitt, *Der Führer schützt das Recht* (1934), in C. Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939*, Duncker & Humblot, Berlin 1988, pp. 200-201.

¹⁷² V. *supra*, § 3.

¹⁷³ V. *supra*, § 5 l'esempio di Jhering.

¹⁷⁴ Cfr. E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Einaudi, Torino 1983. Ivi le osservazioni di N. Bobbio, *Introduzione*, pp. IX-XXIX.

¹⁷⁵ Per una più ampia documentazione mi permetto di rinviare al proposito a P. Costa, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in «Quaderni fiorentini», XXVIII, 1999, pp. 61-174.

rilevare come, tanto in Italia quanto in Germania, nel momento di crisi e di 'superamento' del liberalismo si sia concentrata l'attenzione sullo Stato di diritto: la qualità degli interventi era stata però più alta in Italia, come a suo avviso è dimostrato da un libro di Sergio Panunzio, uscito nel '21 e intitolato appunto allo Stato di diritto¹⁷⁶.

Panunzio in effetti delinea precocemente e chiaramente un'impostazione che, con molte variazioni, continuerà ad essere coltivata nel ventennio fascista. L'intenzione di Panunzio non è demolire lo Stato di diritto, ma solo limitarne la portata, dimostrarne l'inadeguatezza ad esaurire, da solo, l'intero fenomeno della statualità. Il sistema delle norme, dei vincoli, dei controlli è importante, purché si sia consapevoli dell'ambito della sua applicazione: lo Stato di diritto vale essenzialmente per la coesistenza 'contrattuale' degli individui e presuppone un'ordinaria e tranquilla quotidianità. La storia però è assai più esigente: scoppia lo stato di eccezione, di cui la guerra è l'esempio emblematico; non serve allora «la logica 'ordinaria'» dello Stato di diritto, «ogni criterio giuridico è superato» e chi si assume la responsabilità del momento supremo è l'Eroe, la personalità eccezionale che interpreta le esigenze 'profonde' della nazione «al di sopra di ogni limite e criterio giuridico». Cessa lo Stato di diritto e subentra lo 'Stato etico', «come ente storico e come persona a sé e per sé, che è lo Spirito stesso»¹⁷⁷.

Lo Stato di diritto non è cancellato: è collocato soltanto ad un livello più basso nella gerarchia dei concetti giuridici fondamentali e deve fare i conti con un'altra dimensione, diversa e determinante, della statualità, lo 'Stato etico', lo Stato come azione, dinamismo, proiezione verso il futuro, incarnazione della comunità nazionale e come tale irriducibile al kantiano temperamento delle libertà (private)¹⁷⁸. Muta quindi, nella prospettiva dello 'Stato etico', il nesso 'individualistico' che lo Stato di diritto della tradizione liberale aveva intrattenuto con i soggetti, assunti come destinatari dell'azione dello Stato e del sistema dei limiti ad essa opponibile. Il soggetto (per Gentile, per Battaglia, per Volpicelli) è certo il protagonista del processo politico: ma il soggetto non è l'individuo egoista, l'individuo 'empirico', la 'persona' dei giuristi, l'astratto centro di imputazione di immutabili diritti e doveri, ma è la soggettività soggiacente ad ogni diversa e superficiale individualità, il soggetto che scopre se stesso come «autocoscienza»,

¹⁷⁶ C. Schmitt, *Was bedeutet der Streit*, cit., p. 121.

¹⁷⁷ S. Panunzio, *Lo Stato di diritto*, Il Solco, Città di Castello 1921, pp. 156-159.

¹⁷⁸ Cfr. U. Redanò, *Lo Stato etico*, Vallecchi, Firenze 1927. Cfr. anche la recensione di C. Curcio, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VII, 1928, pp. 102-104.

«supera la sua immediatezza» e «conosce la sua essenza»¹⁷⁹. In quanto organizzazione totale della vita umana nella concreta forma dell'*ethos*, lo Stato, per Battaglia, non si presta quindi, come vuole Panunzio, ad essere distinto in 'Stato di diritto' e in 'Stato etico': lo Stato è interamente etico, nel senso che l'intero processo di costituzione della sovranità ... «si fonda nel soggetto in quanto divenga cittadino», in quanto coglie in se stesso, *in interiore homine*, la radice dello Stato¹⁸⁰.

La coesistenza di 'Stato di diritto' e di 'Stato etico' non è sempre facile e indolore e non mancano nella pubblicistica fascista voci duramente critiche nei riguardi dell'adozione di una formula intrinsecamente 'individualistica': valga l'esempio di Giuseppe Maggiore che, attento agli sviluppi dell'ideologia nazionalsocialista, attacca il principio di legalità nel diritto penale, invoca il duce come incarnazione della coscienza popolare e fonte di ogni diritto¹⁸¹ e sviluppa fino alle ultime conseguenze quella critica dei diritti pubblici soggettivi (e della soggiacente antropologia 'individualistica') che egli già prima del fascismo aveva impostato opponendo all'individuo lo Stato: presentandolo come l'atto originario, l'oggettivarsi nella storia della coscienza del Soggetto, «il soggetto universale, l'Uno che si dialettizza nell'opposizione di suddito e sovrano»¹⁸². L'individuo non ha un'autonoma consistenza, è impensabile come tale, dal momento che «è il Tutto come soggettività universale» che conferisce ad esso valore e significato¹⁸³. Non contano gli individui e i loro diritti: valgono la totalità e la forza dello Stato, una forza che è «la stessa energia immanente del processo giuridico: l'atto del diritto per eccellenza»¹⁸⁴.

Non mancano dunque testimonianze nettamente avverse alla sopravvivenza della formula dello Stato di diritto nella cultura giuridica del regime. La strategia più diffusa è però diversa e, piuttosto che reclamare una frontale rottura con la tradizione giuspubblicistica, ne accentua la già pronunciata vocazione statocentrica e fa leva sul protagonismo dello Stato e sulla sua 'assoluta' sovranità. Lo Stato si determina

¹⁷⁹ F. Battaglia, *Dall'individuo allo Stato* (1932), in F. Battaglia, *Scritti di teoria dello Stato*, Giuffrè, Milano 1939, pp. 48-51.

¹⁸⁰ F. Battaglia, *La concezione speculativa dello Stato* (1935), in F. Battaglia, *Scritti*, cit., pp. 164-65. Cfr. anche per analoghe considerazioni ad es. A. Volpicelli, *Lo Stato e l'etica. Nuove osservazioni polemiche*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», IV, 1931, pp. 163-75; G. Gentile, *Il concetto dello Stato in Hegel*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», IV, 1931, pp. 321-32.

¹⁸¹ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, Cedam, Padova 1939 (estratto da «Rivista italiana di diritto penale», XI, 1939), pp. 20 sgg.

¹⁸² G. Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, Firenze, Palermo 1916, pp. 107-110.

¹⁸³ Ivi, pp. 101-102.

¹⁸⁴ Ivi, p. 113.

liberamente e sovranamente attraverso il diritto e i diritti scaturiscono dal giuridico organizzarsi dello Stato. La legge non è «un unilaterale comando al suddito», ma è un ordine che lo Stato rivolge a se stesso, nel suo «continuo e inderogabile organizzarsi e procedere giuridicamente». Lo Stato esiste in quanto si organizza ponendo la legge: «in virtù dell'atto legislativo in cui lo Stato *realmente* consiste, esso...si organizza e costituisce come *ente giuridico*»¹⁸⁵. Di contro ad esso non esistono diritti prestatati ed 'immortali principi': non è immaginabile una «esterna limitazione giuridica» della sovranità¹⁸⁶, che trova come proprio unico vincolo (e come proprio fondamento giuridicamente non indagabile) la storia e la sua creativa, ininterrotta processualità.

I nessi con la tradizione giuspubblicistica ottocentesca sono evidenti: lo Stato di diritto significa lo Stato che esiste e si realizza attraverso il diritto, in una prospettiva che, movendo dall'ormai lontana filosofia giuridica di Stahl, trova numerose riformulazioni anche nella cultura giuridica italiana prefascista¹⁸⁷ e sfocia spesso nell'affermazione che il «nuovo costituzionalismo» deve respingere ogni «concezione atomistica dell'individuo» e ogni assolutizzazione dei suoi diritti, ma non può esimersi dal fornire una definizione giuridica dei rapporti fra il singolo e lo Stato¹⁸⁸. La strategia più frequente è dunque ispirata al tentativo di 'de-ideologizzare' lo Stato di diritto, liberarlo dalle incrostazioni liberal-costituzionali e identificarlo (*à la Stahl*) con il carattere 'normato', giuridico, di ogni manifestazione di volontà dello Stato. Lo Stato può sbarazzarsi di qualsiasi norma, ma non può fare a meno di un ordinamento giuridico, di un sistema normativo che renda 'regolare' e ordinata la sua volontà; lo Stato non incontra limiti alla sua volontà e può mutare come vuole l'ordinamento, ma deve fare i conti con la storia, con «le esigenze della coscienza popolare»¹⁸⁹. Se esso può essere costretto a limitare la libertà in vista dell'interesse pubblico, ciò non avverrà «mai ad arbitrio dei governanti», bensì «mediante un comando generale che è quello della legge»¹⁹⁰.

¹⁸⁵ A. Volpicelli, *Vittorio Emanuele Orlando*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», I, 1927-28, p. 194.

¹⁸⁶ Ivi, p. 202.

¹⁸⁷ Cfr. ad esempio A. Falchi, *I fini dello Stato e la funzione del potere* (1914), in A. Falchi, *Lo Stato collettività. Saggi*, Giuffrè, Milano 1963, p. 97.

¹⁸⁸ C. A. Biggini, *La legislazione costituzionale nel nuovo diritto pubblico italiano*, Arti Grafiche, Ravenna 1931, pp. 156-57.

¹⁸⁹ O. Ranalletti, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Cedam, Padova 1929, p. 30. Cfr. anche B. Brugi, *I così detti limiti dei diritti subiettivi e lo Stato*, in «Lo Stato», II, 1931, pp. 699-707.

¹⁹⁰ F. Ercole, *Lo Stato fascista corporativo*, Ed. del G.U.F., Palermo 1930, p.17. In questa prospettiva lo Stato fascista può essere presentato come la fase più alta e conclusiva della

Ridefinire lo Stato di diritto per la cultura giuridica fascista significa in sostanza tener fermi i seguenti punti: in primo luogo, occorre definire lo Stato di diritto come uno Stato la cui volontà si esprime nella forma del diritto, rimanendo impregiudicati i contenuti della decisione e l'estensione del suo intervento; cade di conseguenza, come inaccettabile scoria 'individualistica' della tradizione ottocentesca, il nesso funzionale fra Stato e soggetto; in secondo luogo, occorre intendere lo Stato di diritto come una formula che ha a che fare non con la costituzione ma con l'amministrazione e suggerisce quell'idea di 'giustizia nell'amministrazione' nei confronti della quale il regime non nutre insuperabili riserve; in terzo luogo, occorre tenere presente che lo Stato di diritto presuppone una netta distinzione fra i rapporti 'privati' e la sfera pubblica; e questa distinzione, se pure non viene a coincidere perfettamente con il 'doppio Stato' nazionalsocialista, dato il diverso rilievo attribuito dal fascismo alla legge e al carattere 'normato' della volontà statale, postula comunque l'idea di una politica 'assoluta' che trova nello Stato la sua principale incarnazione.

10. *Lo Stato di diritto sociale e i suoi critici: il secondo dopoguerra*

Se il nazionalsocialismo giunge rapidamente a liquidare lo Stato di diritto, mentre il fascismo tende a conservarlo come momento interno e 'inferiore' dell'assoluta, etica realtà dello Stato, entrambi comunque devono maneggiare con cura quella nozione badando a recidere le molteplici connessioni che la avvincano, geneticamente e concettualmente, alla tradizione del liberalismo ottocentesco. E' comprensibile quindi che, già nel periodo estremo del regime fascista e poi con rinnovato vigore dopo il suo crollo, quando diviene perentoria l'esigenza di costruire un ordine alternativo, apparisse essenziale ricorrere a quei principi di legalità e di certezza del diritto tradizionalmente compresi entro la formula dello Stato di diritto.

Offre un importante indizio o presagio di questa esigenza un libro di un giovane filosofo italiano, Flavio Lopez de Oñate, dedicato al problema della 'certezza del

parabola dello Stato di diritto dal momento che il fascismo ha esteso il dominio del diritto a zone, quali i rapporti di lavoro, lasciate giuridicamente 'sguarnite' dalla civiltà liberale. Cfr. ad es. F. Battaglia, *Le carte dei diritti*, in «Archivio di studi corporativi», V, 1934, pp. 154 sgg. Renato Treves (in un saggio pubblicato durante il suo esilio argentino) sostiene il carattere verbalistico della nozione fascista di Stato di diritto. Una replica in F. Battaglia, *Ancora sullo Stato di diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXV, 1948, pp.164-71. Cfr. anche R. Treves, *Stato di diritto e Stato totalitario*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, Giuffrè, Milano 1957, vol. II, pp. 51-69; C. Treves, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Giuffrè, Milano 1960, vol. I, pp. 1594-95.

diritto'. Esplicita testimonianza di una 'crisi' diffusa e crescente¹⁹¹, l'opera di Lopez de Oñate vuole avanzare anche un'ipotesi di soluzione assumendo come punto fermo la centralità della legge. E' dalla legge che nasce la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche delle azioni individuali: solo se il diritto mantiene la sua oggettiva e inalterabile consistenza, solo se non muta arbitrariamente a seconda delle contingenze del momento, esso si offre come «coordinamento obiettivo dell'azione»¹⁹² e fornisce all'individuo la sicurezza che gli è necessaria.

Il principio di legalità che Lopez de Oñate impiega come atto di accusa nei confronti di un regime ormai in crisi ma ancora vigente, è il medesimo principio cui si appellerà di lì a poco, nel periodo di 'vuoto' che si apre dopo il drammatico crollo del regime, Piero Calamandrei, che aveva peraltro già entusiasticamente recensito il volume di Lopez de Oñate¹⁹³. Per Calamandrei è la legalità il lascito più prezioso della rivoluzione francese ed è la legalità che il nazionalsocialismo e il fascismo hanno distrutto, il primo attaccandola apertamente, il secondo mantenendola «ufficialmente sulla facciata», ma introducendo «una pratica ufficiosa di effettivo illegalismo»¹⁹⁴.

E' dunque un 'ritorno' che si annuncia nei diversi ma convergenti contributi di Lopez de Oñate e di Calamandrei: un 'ritorno' a quella tradizione liberal-costituzionale che aveva trovato il suo sigillo nello Stato di diritto, quindi nei principi, in esso immanenti, della centralità della legge, dell'indipendenza dei giudici, della prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni individuali. Che il diritto possa tornare a controllare il potere si presenta in questo contesto come il segno più convincente del radicale distacco dall'incubo 'totalitario' del recente passato.

La costruzione di un'alternativa allo Stato 'totalitario' appare però ben presto un'impresa assai complicata e impegnativa, dal momento che il tema della 'legalità' appare difficilmente separabile dalla prefigurazione complessiva del nuovo ordine:

¹⁹¹ F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), Giuffrè, Milano 1968, pp. 25 sgg. Sulla 'crisi' degli intellettuali fra fascismo e postfascismo cfr. L. Mangoni, *Civiltà della crisi. Gli intellettuali tra fascismo e antifascismo*, in AA. VV., *Storia dell'Italia repubblicana, I, La costruzione della democrazia: dalla caduta del fascismo agli anni Cinquanta*, Einaudi, Torino 1994, pp. 615-718.

¹⁹² F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p.48.

¹⁹³ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., pp. 167-90. Cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 142 sgg.; F. Sbarberi, *L'utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio*, Bollati Boringhieri, Torino 1999, pp. 115 sgg.

¹⁹⁴ P. Calamandrei, *Costruire la democrazia (Premesse alla Costituente)* (1945), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1968, vol. III, pp. 132-33.

nella traiettoria storica dello Stato di diritto, d'altronde, raramente i tentativi, pur ricorrenti, di tecnicizzazione, neutralizzazione, depoliticizzazione di quella formula si erano imposti senza che tornasse sempre di nuovo a farsi sentire (apertamente o sommessamente) l'esigenza di imprimere ad essa una precisa destinazione funzionale, di tematizzarne la connessione con i soggetti, con le loro aspettative, con le loro pretese.

Quando allora ci si accinge a progettare un nuovo ordine costituzionale che risulti in tutti i suoi aspetti incompatibile con lo sconfitto 'totalitarismo', appaiono soluzioni riduttive un mero ritorno alla tradizione prefascista e la semplice restaurazione del 'principio di legalità'. E' in questo clima che lo Stato di diritto si pone al centro di due distinte ma confluenti linee costruttive: per un verso, esso stimola interventi di alta 'ingegneria costituzionale', capaci di ripensare il tema della 'legalità' alla luce dei principi pionieristicamente teorizzati da Kelsen negli anni Venti (la gerarchia delle norme, il controllo giurisdizionale di costituzionalità); per un altro verso, vede confermata la propria destinazione funzionale, la sua connessione con il soggetto e con i suoi diritti. E se è vero che il nesso fra lo Stato di diritto e i diritti individuali è ricorrente nella tradizione, è innegabile che esso assume valenze nuove, riconducibili alle caratteristiche ora attribuite ai diritti: è nuova infatti la loro collocazione, ponendosi essi come gli architravi dell'ordine costituzionale, è nuova la descrizione e l'enumerazione, che ne impedisce l'identificazione con l'ottocentesca endiadi 'libertà-proprietà'.

È diverso rispetto alla tradizione ottocentesca il ventaglio dei diritti attribuibili al soggetto perché è diversa l'antropologia soggiacente alle scelte costituzionali del secondo dopoguerra. Nella costituzione italiana¹⁹⁵ così come nella costituzione francese¹⁹⁶ e nella 'Legge fondamentale' tedesca¹⁹⁷ confluiscono numerosi e diversificati orientamenti (dal neotomismo di Jacques Maritain al personalismo di Emmanuel Mounier, da vari neo-giunaturalismi, di ispirazione tanto cattolica quanto

¹⁹⁵ Cfr. U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Il Mulino, Bologna 1980; U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1980; P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico-politico*, Il Mulino, Bologna 1995; M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La costituzione italiana*, Carocci, Roma 1998.

¹⁹⁶ S. Guerrieri, *Due costituenti e tre referendum. La nascita della Quarta Repubblica francese*, Angeli, Milano 1998 (in particolare pp. 101 sgg.)

¹⁹⁷ G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 117 sgg. Cfr. anche F. Lanchester, I. Staff (a cura di), *Lo Stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo (Demokratische Rechtsstaatlichkeit nach Ende von Faschismus und Nationalsozialismus)*, Giuffrè-Nomos Verlag, Milano-Baden Baden 1999.

protestante, al liberal-socialismo) che comunque convergono nell'affermazione della centralità della 'persona'¹⁹⁸. E' la 'persona' ad offrire il principio sostanziale che, coordinato con le strutture 'formali' dello Stato di diritto, separa alla radice la nuova democrazia costituzionale dallo 'Stato totalitario'; è la 'persona' a suggerire un'immagine del soggetto distante dall' 'individualismo' liberale, ad opporre la 'solidarietà' all' 'egoismo', i diritti 'sociali' alla mera libertà 'negativa'.

Certo, ciascuno dei processi di costruzione delle nuove democrazie presenta scansioni e caratteri propri, legati ai diversi contesti e alle forze in essi operanti. Esistono però anche linee di tendenza comuni e due di esse coinvolgono lo Stato di diritto separandolo nettamente dalla tradizione ottocentesca. In primo luogo infatti lo Stato di diritto è ormai inseparabile dalle gerarchie normative e dai dispositivi istituzionali che fanno del controllo di costituzionalità delle leggi un elemento caratteristico del nuovo ordine politico-giuridico; in secondo luogo, l' 'originario' collegamento dello Stato di diritto con i diritti del soggetto viene confermato, ma acquista una nuova portata, dal momento che 'nuovi' diritti (in particolare i diritti sociali) si aggiungono ai 'vecchi' diritti di 'libertà e proprietà'.

Questo processo, che nella sostanza accomuna diversi paesi europei, trova una plastica evidenza nel *Grundgesetz* tedesco che parla espressamente di Stato di diritto sociale; e non è forse un caso che proprio in Germania la discussione sul senso e la portata di questa espressione sia stata particolarmente ricca e intensa.

Che lo Stato di diritto possa, debba, essere 'sociale', collegato con un modello di democrazia che si realizza estendendo l'area giuridica del soggetto oltre i classici confini segnati dalla proprietà e dalla libertà, non è una tesi inedita: è una prospettiva che Heller aveva già adottato ed espresso aggiungendo alla formula dello Stato di diritto l'aggettivo 'sociale'. La novità è che questo modello pretende di avere dignità costituzionale e di porsi come uno dei pilastri dell'ordine che ci si accinge ad edificare. Se però sembra acquisito che lo Stato di diritto sia ormai uno Stato di diritto costituzionale, non appare affatto scontato che il nuovo Stato di diritto costituzionale sia anche uno Stato di diritto sociale. Se da un lato non mancano giuristi che, appellandosi alle espressioni e alla logica complessiva del *Grundgesetz*, attribuiscono rilevanza costituzionale allo Stato di diritto sociale¹⁹⁹, assume,

¹⁹⁸ Cfr. P. Pombeni, *Individuo/persona nella Costituzione italiana. Il contributo del dossettismo*, in «Parolechiave», 10-11, 1996, pp. 197-218; F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano 1999.

¹⁹⁹ Cfr. ad es. W. Abendroth, *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland* (1954), in E. Forsthoff (a cura di),

dall'altro lato, una notevole risonanza la posizione di chi, come Forsthoff, prende le distanze da questa interpretazione della 'Legge fondamentale'.

Principio portante del *Grundgesetz* è per Forsthoff lo Stato di diritto come tale, con il suo tradizionale corredo di principi attuativi (la separazione dei poteri, la centralità della legge, l'indipendenza dei giudici), mentre lo 'Stato sociale' è, sì, un fenomeno politicamente e socialmente rilevante, ma non una realtà di rilievo costituzionale: è l'amministrazione, non la costituzione, il veicolo di attuazione dello 'Stato sociale'. «La forma strutturale della costituzione della Repubblica Federale...è determinata...dal concetto di stato di diritto», il cui rapporto con lo 'Stato sociale' si realizza soltanto «nel collegamento tra costituzione, legislazione ed amministrazione»²⁰⁰. Non è la costituzione che si occupa «dei bisogni essenziali della vita», ma l'amministrazione²⁰¹. Come il suo maestro Schmitt aveva 'indebolito' la rilevanza costituzionale dei 'diritti sociali' ospitati dalla costituzione weimariana sostenendo che essa aveva optato a favore dello Stato di diritto borghese e considerava 'assoluti' soltanto i diritti di libertà, mentre i «diritti socialistici» rimanevano diritti 'condizionati' da un lunga serie di presupposti fattuali e istituzionali²⁰², così Forsthoff ritiene di non dover 'prendere sul serio', sul piano dell'interpretazione costituzionale, la rilevanza dell'aggettivo 'sociale' apposto dal *Grundgesetz* allo Stato di diritto.

Nel secondo dopoguerra due diverse immagini di Stato di diritto si rendono dunque possibili: se alcuni si appellano alle nuove costituzioni per dimostrare la connessione funzionale fra lo Stato di diritto e i 'diritti sociali', una diversa lettura dei medesimi testi normativi conduce alla negazione di un nesso organico fra Stato di diritto, 'Stato sociale' e 'diritti sociali' e autorizza l'introduzione di una netta distinzione fra Stato di diritto (costituzionale), da un lato, e 'Stato sociale' (amministrativo e legislativo), dall'altro lato.

Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1868, pp. 114-144; W. Abendroth, *Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag* (1975), in M. Tohidipur (a cura di), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, cit., vol. I, pp. 265-89. Sul nesso di continuità fra Heller e Abendroth cfr. G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., p. 169.

²⁰⁰ E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1973, p. 60. Cfr. ivi C. Amirante, *Presentazione*, pp. V-XXXIV. Sulla complessità dell'itinerario di Forsthoff cfr. B. Sordi, *Il primo e l'ultimo Forsthoff*, in «Quaderni fiorentini», 25, 1996, pp. 667-82.

²⁰¹ E. Forsthoff, *Stato di diritto*, cit., pp. 151-52

²⁰² C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, p. 227.

Di fronte al problema del rapporto fra Stato di diritto e 'Stato sociale' si delinea però anche una terza possibilità, che non si limita a pensare 'disgiuntivamente' lo Stato di diritto e lo 'Stato sociale' (riferendo il primo al dominio della costituzione e il secondo all'ambito dell'amministrazione e della legislazione), ma presenta lo Stato di diritto e lo 'Stato sociale' come termini di una diretta opposizione. Per Hayek, per Leoni²⁰³, lo Stato di diritto viene allora a coincidere emblematicamente con un 'rule of law' per definizione sottratto all'intervento artificiale e dispotico tanto della legislazione quanto dell'amministrazione.

Si fa strada l'idea di una crisi dello Stato di diritto indotta dal fenomeno dell'inflazione legislativa²⁰⁴: se lo Stato di diritto è un sistema di limiti che rende prevedibile e controllabile l'azione del potere, esso include, fra i suoi strumenti essenziali, l'idea di una legge ferma e stabile; quando invece la legge si presti ad essere uno strumento di governo della società, quando essa inseguia i sempre mutevoli bisogni dei soggetti, essa diviene, da perno della certezza, veicolo di insicurezza. Lo Stato di diritto perde la sua categoriale purezza per inseguire gli ideali del suo antagonista idealtipico, lo 'Stato di giustizia'²⁰⁵; quello 'Stato di giustizia' che Schmitt aveva identificato con il nazionalsocialismo ma che poteva essere egualmente ritrovato nella dottrina sovietica della 'legalità socialista'. Non basta allora rendere controllabile l'amministrazione o la legislazione: occorre andare alla radice del problema, occorre sfatare (correggendo Dicey) il mito dell'onnipotenza parlamentare e far leva sull'idea di un 'rule of law' identificato con l'intangibilità di un ordine giuridico che, affidato alla sapienza dei giudici e dei giuristi, si sviluppa al riparo dalle decisioni unilaterali e 'arbitrarie' del legislatore²⁰⁶.

²⁰³ Cfr. B. Leoni, *La libertà e la legge* (1961), Liberilibri, Macerata 1994 (in particolare pp. 67 sgg.). Cfr. ivi R. Cubeddu, *Introduzione*, pp. IX-XXXV. Cfr. anche la recensione di D. Zolo in «Quaderni fiorentini», 24, 1995, pp. 394-96. A Leoni (e a Hayek) è dedicato il saggio di M.C. Pievatolo, *La botanica del diritto: rule of law, ordine spontaneo e paternalismo autoritario*, in questo volume.

²⁰⁴ Giovanni Sartori (in un paragrafo efficacemente intitolato «From Rule of Law to Rule of Legislators») invita a non confondere *ius* con *iussum*, rileva l'insufficienza di una costruzione meramente formalistica dello Stato di diritto e collega 'l'inflazione legislativa' ad una concezione (che oggi chiameremmo) 'legicentrica', vedendo in essa un pericolo per il 'garantismo' (G. Sartori, *Democratic Theory*, Wayne State University Press, Detroit 1962, pp. 306-314). Cfr. anche AA. VV., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova 1953 (in particolare F. Carnelutti, *La morte del diritto*, pp. 177-90).

²⁰⁵ G. Fassò, *Stato di diritto e Stato di giustizia*, in R. Orecchia (a cura di), *Atti del VI Congresso nazionale di filosofia del diritto, I, Relazioni generali*, Giuffrè, Milano 1963, pp. 83-119.

²⁰⁶ Ivi, pp. 115 sgg. Un discorso autonomo meriterebbe la riflessione di Gustav Radbruch: è comunque il caso di ricordare che anch'egli riconduce il 'segreto' dello Stato di diritto inglese ad un ceto di giuristi e di giudici abituati ad interpretare le leggi positive alla luce dei valori storicamente radicati nell'ordinamento. Cfr. G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*

Nel clima diffusamente 'anti-totalitario' caratteristico della cultura giuridica del secondo dopoguerra lo Stato di diritto continua ad essere una formula la cui fortuna è direttamente proporzionale alla molteplicità dei modelli teorici cui può essere aggregata: apparendo il tramite simbolico di un'impetuosa estensione dei diritti nel quadro di una costituzione che ritiene di avere finalmente risolto il problema della sua 'custodia', oppure proponendosi come garante costituzionalmente intangibile della libertà e della proprietà a fronte di uno 'Stato sociale' tanto inevitabile quanto pericoloso, oppure ancora identificandosi con un tipo di ordine socio-giuridico interamente sottratto all'interventismo 'artificiale' e arbitrario del legislatore.

11. *Considerazioni conclusive*

Molti dei temi che nel secondo dopoguerra si intrecciano intorno allo Stato di diritto non esauriscono la loro vitalità in quel contesto, ma continuano a proporsi (trasformati ma riconoscibili) fino ai nostri giorni: la tesi di una radicale incompatibilità fra Stato di diritto e 'Stato sociale' oppure al contrario l'esigenza di sviluppare e portare a compimento l'idea 'helleriana' di uno 'Stato sociale di diritto', la trasformazione del ruolo della legge, la perdita della sua 'aura' illuministica e il suo sempre più frequente impiego come duttile e mutevole strumento di governo, il ruolo del giudice e il suo rapporto con la legge (ordinaria e costituzionale) sono temi che pervengono al dibattito attuale attraverso il filtro della cultura degli anni Cinquanta, che però a sua volta raccoglie riflessioni e suggestioni assai più risalenti nel tempo.

In realtà, guardando alla parabola storica dello Stato di diritto in tutta la sua estensione è possibile scorgere profili e problemi ricorrenti cui conviene conclusivamente accennare.

a) Lo Stato di diritto, se in termini generali trova il suo orizzonte di senso nel nesso potere-diritto, nell'esigenza di porre un argine e una regola all'imprevedibile volontà del sovrano, costituisce in particolare la forma specifica assunta nel corso dell'Ottocento da un imponente e diffuso tentativo di 'giuridicizzazione' del potere²⁰⁷: la formula dello Stato di diritto sta e cade con la convinzione che il diritto possa arrivare a controllare efficacemente il potere grazie alle prestazioni di

(1946), Giuffrè, Milano 1962, pp. 39 sgg. Cfr. A. Baratta, *Introduzione*, pp. XI sgg.; G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari 1996, pp. 32-33.

²⁰⁷ Cfr. P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il futuro della costituzione*, in G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro e J. Luther (a c. di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino 1991, pp. 5-6.

un'ingegneria istituzionale resa possibile dai progressi della moderna 'scienza del diritto pubblico'. Non è infatti casuale che proprio in Germania la formula nasca e si sviluppi, dato la straordinaria fioritura, nell'Ottocento tedesco, del sapere giuspubblicistico.

b) La giuridicizzazione del potere, di cui lo Stato di diritto vuol essere tramite ed espressione, si realizza secondo regole e procedure molto diverse, legate alle culture giuridiche nazionali e ai vincoli ad esse imposti dai rispettivi ordinamenti. Tre sembrano essere le aree principali: gli Stati Uniti d'America, la Gran Bretagna, l'Europa continentale (che però a sua volta presenta tratti differenti a seconda che si prenda in considerazione il 'modello francese' – rivoluzionario e post-rivoluzionario – o il modello tedesco). Pur nella diversità dei sistemi politico-giuridici coinvolti, il lemma 'Stato di diritto' sembra comunque traducibile nei vari idiomi nazionali senza che le principali aspettative e immagini da esso coinvolte vadano perdute nel passaggio dall'una all'altra esperienza storico-culturale.

c) Se lo Stato di diritto persegue il fine di controllare il potere attraverso il diritto, le strategie adottate a questo scopo sono diverse: si profilano due distinte immagini di 'Stato sottoposto al diritto', a seconda che il diritto ponga allo Stato limiti puramente formali e procedurali, oppure ne vincoli l'azione imponendo il rispetto di precisi contenuti. La distinzione ha a che fare con un punto di capitale importanza nella vicenda dello Stato di diritto, perché incide sul suo senso mutandone la destinazione funzionale: se in entrambi i casi la giuridicizzazione del potere si traduce in una posizione di vantaggio dei soggetti, nel primo caso l'azione statale è libera di assumere qualsivoglia contenuto, mentre nel secondo caso è previsto un collegamento obbligato fra 'Stato' e 'diritti'.

Se questa distinzione può avere, in termini generali, una sua utilità orientativa e classificatoria, essa deve però essere utilizzata tenendo presente due considerazioni ulteriori. In primo luogo, la traiettoria storica dello Stato di diritto procede ispirandosi assai più frequentemente al modello 'contenutistico' che non al modello 'formale', che, in termini puri e rigorosi, è legato prima a Stahl (per la sua 'originaria' enunciazione) e poi a Kelsen (per una compiuta teorizzazione). In secondo luogo, anche là dove lo Stato di diritto viene definito prescindendo da un nesso funzionale (esplicito od implicito) con i diritti del soggetto, ciò non significa che esso non possa svolgere una funzione sostantivamente pregnante: il kelseniano Stato di diritto costituzionale è, in sé, un marchingegno fondato sulla formale

gerarchia delle norme, ma si propone anche, per Kelsen, come lo strumento principe per la realizzazione della democrazia.

d) Nella varietà degli accenti che contrassegnano lo Stato di diritto nella sua parabola storica non sembra emergere un rapporto obbligato fra lo Stato di diritto ed un determinato assetto politico-costituzionale: se esiste certo un nesso storicamente prevalente fra lo Stato di diritto e il costituzionalismo liberale, la storia successiva, novecentesca, dello Stato di diritto mette in luce usi diversi di questa formula, riferita volta a volta allo 'Stato fascista' oppure allo 'Stato sociale' del secondo dopoguerra.

e) Pur riferibile a diverse forme di Stato e a diversi regimi politico-costituzionali, lo Stato di diritto continua ad esprimere una mai sopita tensione nei confronti di un potere concepito come istanza di suprema volontà e decisione. Lo Stato di diritto tende sempre di nuovo a proporsi non tanto come un'alternativa quanto come un antidoto al volontarismo del potere, uno strumento capace di temperare e 'addomesticare' una volontà sovrana che costituisce comunque il perno dell'ordine. Se dovunque, nella Gran Bretagna di Dicey come nella Germania di Jellinek o nell'Italia di Orlando, lo Stato di diritto esprime una precisa istanza 'antivolontaristica', sono diversi però i modi in cui essa si realizza: giocando sul *judge-made law*, in Gran Bretagna, oppure ricorrendo, sul continente, ad interventi di alta ingegneria istituzionale (la costruzione della giurisdizione amministrativa, prima, e poi il controllo di costituzionalità delle leggi).

Lo Stato di diritto vuol essere dunque un tentativo di frenare il potere correggendo dall'interno i suoi meccanismi. Attraverso di esso la cultura politico-giuridica ottocentesca ritiene di poter cogliere due importanti obiettivi. In primo luogo, si vuole contrastare quel primato della 'volontà' che evoca la terrificata idea 'rousseauviano-giacobina' di sovranità popolare²⁰⁸ e si precisa come 'tirannia della maggioranza', primato del numero, 'democrazia senza qualità': lo Stato di diritto è un tentativo di comporre l'assolutezza del potere sovrano con la tutela di una sfera giuridica individuale sottratta al dispotismo della volontà. In secondo luogo, si intende superare un atteggiamento ambivalente nei confronti dell'amministrazione, che se per un verso appare come un insostituibile strumento di integrazione sociale e di neutralizzazione dei conflitti, per un altro verso viene sospettata come troppo 'interventista' nei confronti della libertà e della proprietà; e lo Stato di diritto

²⁰⁸ Cfr. M. Fioravanti, *Lo Stato di diritto come forma di Stato*, in G. Gozzi, R. Gherardi (a cura di), *Saperi della borghesia*, cit., pp. 173-74.

promette appunto di temperare dall'interno il potere rendendone controllabile e correggibile l'intervento.

f) È l'idea dell'assoluta volontà del sovrano che genera l'aporia che sta al fondo della parabola ottocentesca dello Stato di diritto: il contrasto insolubile fra l'illimitabile sovranità statale e i vincoli giuridici con i quali lo Stato di diritto si identifica. Se questa aporia resta, sostanzialmente insuperata, al fondo della giuspubblicistica ottocentesca, il principale momento di discontinuità all'interno della parabola dello Stato di diritto coincide con la teoria kelseniana dell'ordinamento giuridico, che permette di superare il tabù dell'illimitabile potere legislativo e fonda il controllo di costituzionalità delle leggi. Con il secondo dopoguerra inizia allora una nuova fase dello Stato di diritto. Per un verso sembra ormai offerto ai diritti fondamentali un sicuro riparo dall'arbitrio di un legislatore ormai 'controllabile'; per un altro verso, i diritti cui lo Stato di diritto (ora anche 'sociale') appare funzionalmente collegato vanno ben oltre la libertà e la proprietà della tradizione ottocentesca. Nasce da ciò un paradosso: lo Stato di diritto, nel momento in cui offre un antidoto all'assolutismo del legislatore, ne stimola (in quanto 'Stato di diritto sociale', funzionalmente collegato ai 'diritti sociali') l'interventismo, inducendo quel fenomeno di 'inflazione legislativa' prontamente denunciato come lesivo della certezza del diritto dai teorici 'antivolontaristici' del 'rule of law' (come Hayek o Leoni).

g) Se è ricorrente, tanto nella fase ottocentesca dello Stato di diritto quanto nelle sue metamorfosi novecentesche, la tensione 'antivolontaristica', l'esigenza di arginare un potere decisionisticamente minaccioso, altrettanto insistito è il rimedio proposto: porre limiti al sovrano significa sottoporne le decisioni al controllo del giudice. Che sia la Corte Suprema americana, o il giudice di *common law*, o il giudice amministrativo, o la Corte costituzionale, in ogni caso è comunque la giurisdizione il potere chiamato ad arginare il potere. È ragionevole pensare che questa reiterata fiducia nella funzione 'antivolontaristica' del giudice sia legata ad un'immagine (ostinatamente) 'montesquieuviana' della giurisdizione come 'potere nullo' e ad una teoria (caratteristicamente positivista) dell'interpretazione come mero procedimento cognitivo-deduttivo²⁰⁹.

Se in tutto l'arco della sua storia lo Stato di diritto sembra indicare nel ruolo del giudice l'enigma risolto della giuridicizzazione del potere appare comunque

²⁰⁹ Cfr. R. Guastini, *Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico*, in B. Montanari (a cura di), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, cit., pp. 178-79.

comprensibile che la tematica odierna dello Stato di diritto trovi proprio nell'ermeneutica giuridica, nei problemi relativi al ruolo del giudice, alle tecniche di interpretazione e di applicazione del diritto, il suo decisivo momento di verifica²¹⁰.

h) Se il ricorso al giudice è la proposta reiteratamente avanzata per realizzare il controllo del potere, altrettanto ricorrente nella parabola storica dello Stato di diritto è anche l'impressione della difficoltà di trovare una soluzione 'definitiva' al problema del nesso potere-diritto. Nell'Ottocento, quando lo Stato di diritto spendeva tutte le sue risorse per assicurare il controllo giurisdizionale dell'amministrazione, mentre la legislazione sembrava per sua natura sfuggire a qualsiasi vincolo giuridico, non si passava affatto sotto silenzio l'esigenza di trovare una 'valvola di chiusura' del sistema: il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa appariva certamente un sicuro progresso nella lunga marcia di giuridicizzazione del potere, ma non sembrava esaurire il problema del potere e del suo controllo; era piuttosto una diffusa 'filosofia della storia' (o meglio un comune 'senso' della storia) ad alimentare con la sua fede nelle 'magnifiche sorti e progressive' l'idea di un'armonia prestabilita fra il potere, il diritto e i diritti e ad offrire per questa via la 'valvola di chiusura' del sistema giuridico.

Lo storicismo ottimistico del secolo XIX era però una fede destinata ad essere crudamente smentita dalle drammatiche vicende del Novecento. Ed è proprio la tremenda forza d'urto dei regimi totalitari che costringe a riflettere di nuovo sui limiti della sovranità, a spingere verso l'alto il processo di giuridicizzazione del potere iniziato nel secolo precedente, stimolando la diffusa realizzazione di quello Stato di diritto costituzionale che rende giurisdizionalmente controllabile l'operato del legislatore e sembra offrire una sicura tutela dei diritti fondamentali.

Ciò non impedisce tuttavia che si presentino sempre di nuovo esigenze e tensioni già presenti nel dibattito svoltosi nel primo ventennio del secolo. Per un verso, si punta a realizzare l'obiettivo caratteristico dello Stato di diritto (il contenimento dell'incontrollabile volontà del sovrano) estendendo il controllo a livelli sempre più alti dell'ordinamento (dal regolamento amministrativo alla legge, dalla legge alla costituzione); per un altro verso, in perenne tensione con la precedente linea di

²¹⁰ Cfr. in questa direzione R.D. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1985, pp. 9 sgg. Cfr. al proposito P.P. Craig, *Formal and substantive conceptions*, cit., pp. 54-55. Cfr. anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, pp. 147 sgg.; G. Alpa, *L'arte di giudicare*, cit.; E. Scoditti, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, E.S.I., Napoli 1999. Una brillante critica delle ricorrenti aporie dello Stato di diritto in M. Troper, *Le concept d'État de droit*, cit., pp. 51 sgg.

tendenza, si insinua il dubbio del sempre risorgente decisionismo del potere, si teme che i vincoli meramente formali siano fragili e ‘in-fondati’, si sente il bisogno di interrompere il processo *ad infinitum*, cui qualsiasi *Stufenbautheorie* sembra condannata, per individuare vincoli ‘ultimativamente’ opponibili al potere, zone ‘assolutamente’ preservate, ontologicamente sottratte al dispotismo della volontà.

È possibile forse riconoscere allora, nella sempre rinnovata tensione fra potere e diritto, fra controlli formali e vincoli sostanziali, fra interventismo del sovrano e spontaneità dell’ordine, una sorta di ‘eccedenza di senso’ dalla quale lo Stato di diritto trae la sua forza di suggestione simbolica, irriducibile ai dispositivi di ingegneria costituzionale volta a volta escogitati, impregnata di aspettative difficilmente riconducibili ai confini della ‘pura ragione’.

«Ma ancora una volta – disse l’Europeo – quale Stato scegliereste? – Quello dove si obbedisce soltanto alle leggi, rispose il bramino». «Ma dov’è questo paese? – disse il consigliere. Il bramino rispose: – Bisogna cercarlo»²¹¹.

²¹¹ Voltaire, *Stati, governi, qual è il migliore?*, in Voltaire, *Dizionario filosofico*, a cura di M. Bonfantini, Einaudi, Torino 1969, pp. 195-196.

STATO DI DIRITTO E DIRITTI DEL SOGGETTO:
IL PROBLEMA DEL LORO RAPPORTO NELL'EUROPA MODERNA

1. *Premessa*

Il titolo della nostra sezione congressuale ci invita a riflettere sul nesso che collega due concetti-chiave della modernità: 'Stato di diritto' e 'cittadinanza'. Questo nesso può essere messo a fuoco da diversi punti di vista e assume caratteristiche diverse a seconda del significato attribuito ai termini impiegati.

Per quanto riguarda il termine 'cittadinanza' – il cui recente successo planetario è inversamente proporzionale alla chiarezza del suo significato – il ricorso a una definizione convenzionale, stipulativa, appare indispensabile. Propongo di impiegare il termine 'cittadinanza' per descrivere il rapporto di appartenenza di un soggetto a una comunità politica; un rapporto dal quale discende l'insieme degli oneri e dei privilegi, dei doveri e dei diritti di cui gode un individuo in una determinata società. In quanto rapporto politico fondamentale, in quanto rapporto di appartenenza a una comunità politica, la cittadinanza include i diritti del soggetto, ma non si identifica totalmente con essi. I diritti di cui un individuo viene effettivamente a godere entro la sua comunità politica di appartenenza costituiscono però un momento essenziale della cittadinanza.

Per quanto riguarda il termine 'Stato diritto', potremmo muovere dalla sua accezione più generica, riconducibile all'immagine di una *potestas sub lege*, all'idea di uno Stato sottoposto al diritto. Conviene però subito precisare che una siffatta nozione si presta a essere declinata in due direzioni nettamente diverse: in un primo senso, lo Stato sottoposto al diritto è semplicemente uno Stato tenuto a esprimere la sua volontà nella forma del diritto, senza che da ciò derivi alcuna precisa destinazione funzionale o un qualche vincolo contenutistico alla sua azione; in un secondo senso, la sottoposizione dello Stato al diritto è invece giustificata e valorizzata in nome di una visione, contenutisticamente impegnativa, dell'essere umano e della società.

P. Costa, *Stato di diritto e diritti del soggetto: il problema del loro rapporto nell'Europa moderna*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 85-108.

Orig. *Estado de direito e direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa moderna*, in Ricardo Marcelo Fonseca, Airton Cerqueira Leite Seelaender (a cura di), *História do direito em perspectiva. Do antigo Regime à Modernidade*, Juruá Editora, Curitiba 2008, pp. 57-93.

È a questa seconda immagine dello Stato di diritto che farò riferimento: a uno Stato di diritto costruito su misura di un soggetto e di un ordine che trovano nei diritti il loro principale punto di riferimento. L'ipotesi da cui muovo è quindi che i diritti del soggetto costituiscano proprio il punto in cui la teoria dello Stato di diritto si innesta sul discorso della cittadinanza.

2. Stato di diritto e diritti individuali: un nesso costitutivo della modernità

In quale contesto storico collocare il punto di origine della teoria dello Stato di diritto¹? L'esigenza cui lo Stato di diritto vuol dare risposta è presente in tutto l'arco della cultura occidentale, da Platone ad Aristotele, ai giuristi medievali, al moderno costituzionalismo: è l'esigenza di porre limiti alla volontà arbitraria del sovrano costringendolo al rispetto di una norma impersonale e generale. Possiamo dunque affermare che *nihil sub sole novi*, che la storia è una monotona ripetizione dell'identico? Non credo. Se è vero che alcune Grandi Domande ricorrono nelle più diverse culture, è altrettanto vero che le risposte ad esse (e lo stesso modo di impostarle) cambiano drasticamente a seconda delle credenze e dei valori condivisi, a seconda degli interessi e dei conflitti in atto.

Guardiamo al medio evo. L'idea di un potere limitato è familiare agli autori medievali², ma la rappresentazione del potere e dei suoi limiti è profondamente diversa da quella elaborata dai 'moderni'. In primo luogo, i moderni hanno una visione volontaristica della sovranità, di contro al razionalismo dominante nella cultura politica medievale. Lo stesso *Corpus Juris*, espressione della volontà legiferante di un imperatore, diviene, nelle mani dei giuristi medievali, *ratio scripta*. In secondo luogo, l'ordine politico è concepito come una piramide, una gerarchia autosufficiente: l'imperatore ne è il culmine, ma è pur sempre parte di essa, parte di un tutto, mera componente di un ordine che lo include. Il suo potere è quindi limitato

¹ Sullo Stato di diritto in termini generali, fra le opere recenti, cfr. O. Jouanjan (a cura di), *Figures de l'Etat de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg 2001; P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002 (tr. bras. *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo 2006); L. Heuschling, *Etat de droit*, Dalloz, Paris 2002; J. Chevallier *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris 2003; R. Bin, *Lo Stato di diritto (come imporre regole al potere)*, Il Mulino, Bologna 2004; R. Bellamy (ed.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Ashgate, Aldershot 2005.

² Cfr. ad es. R. W. Carstens, *The Medieval Antecedents of Constitutionalism*, Lang, New York 1992; K. Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Oxford 1993.

dalle regole che governano il corpo sociale e politico. Si pensi, a riprova, alla rappresentazione del tiranno. Il tiranno è un sovrano che ha violato il retto ordine: l'unanime condanna ad esso riservata dalla letteratura medievale chiama in causa non tanto le libertà e i diritti dei singoli quanto le ragioni disattese del bene comune e dell'ordine complessivo³. In conclusione: l'immagine medievale di una *potestas sub lege* rinvia all'idea di un ordine complessivo, diseguale e gerarchico, entro il quale l'individuo non occupa una posizione decisiva e fondante⁴.

Il passaggio alla modernità è segnato dal diffondersi di una nuova visione antropologica. È il protagonismo del soggetto che reclama la soddisfazione di due esigenze complementari: la sottoposizione del potere a vincoli insuperabili e l'attribuzione al soggetto di diritti fondamentali. Nella prospettiva lockiana, e poi ancora illuministica e rivoluzionaria, i diritti sono l'espressione immediata dell'essere umano come tale. L'individuo lockiano è in grado di conservare se stesso in quanto libero di appropriarsi, con il *labour* del suo corpo, con l'impiego delle sue energie intellettuali e fisiche, dei beni necessari per la sua sussistenza: libertà e proprietà sono, al contempo, i diritti inviolabili di ogni individuo e le regole essenziali di un ordine che precede logicamente l'assetto della sovranità. La libertà e la proprietà – che sono insieme diritti del soggetto e strutture portanti dell'ordine sociale – non sono create, ma sono solo riconosciute e garantite dal sovrano. Il sovrano agisce nei limiti di un ordine che è un 'ordine dei diritti': un ordine che coincide con i diritti – la libertà-proprietà – dei soggetti. Anche quando si sceglierà di sottolineare il ruolo decisivo della legge, espressione di una nuova, razionale sovranità – si pensi a tanti riformatori illuministi e poi alla 'filosofia della rivoluzione' – si guarderà ad essa come allo strumento deputato alla tutela e alla realizzazione dei diritti fondamentali.

Possiamo allora collocare nella cultura del costituzionalismo e del giusnaturalismo settecentesco il punto di incontro fra lo Stato di diritto e i diritti del soggetto? La risposta deve essere articolata. Siamo certamente di fronte a una convergenza fondamentale: l'intenzione di porre vincoli al sovrano si confonde con l'esigenza di attribuire al soggetto i fondamentali diritti della libertà e della proprietà. La cultura riformatrice settecentesca pensa (congiuntamente, in uno stesso movimento) i diritti dei soggetti e i vincoli del sovrano; o, se si preferisce, pensa il

³ Cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995.

⁴ Cfr. Cl. Fiocchi, S. Simonetta, *Il Principatus despoticus nell'aristotelismo bassomedievale*, in D. Felice (a cura di), *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*, Liguori, Napoli 2001, vol. I, pp. 71-94.

soggetto come titolare di diritti fondamentali e il sovrano come investito di un potere funzionale alla difesa di quei diritti. A rigore, non dovremmo nemmeno parlare dell'instaurazione di un rapporto fra la limitazione della sovranità e il riconoscimento dei diritti, dal momento che il concetto di rapporto induce a pensare all'esistenza di entità autonome che solo in un secondo momento entrano fra loro in relazione. I diritti dell'individuo e la limitazione del potere sovrano sono piuttosto descrivibili come due facce della stessa medaglia.

Questo nesso originario è in qualche misura fondante e determinante per tutta la storia successiva dello Stato di diritto. Occorre però subito aggiungere una precisazione. Nel contesto settecentesco e rivoluzionario esiste la 'cosa', ma non ancora il 'nome': non esiste il nome 'Stato di diritto' e non esiste nemmeno una corrispondente e articolata teoria giuridica; esiste, e si manifesta con grande evidenza, la 'cosa': cioè l'esigenza di limitare il potere con un diritto che tende a coincidere – ecco la novità che inaugura un'epoca nuova – con i diritti fondamentali dei soggetti.

Una vera e propria teoria dello 'Stato di diritto' si sviluppa soltanto nell'Ottocento; e si sviluppa, per certi versi, accogliendo e sviluppando le istanze emerse nella cultura settecentesca, ma, per altri versi, esprimendo preoccupazioni e tendenze nuove e originali.

Un'eredità illuministica è senza dubbio la connessione obbligata fra il primato della legge e la libertà degli individui. A complicare il quadro è intervenuto però un evento di portata epocale: la rivoluzione francese, e soprattutto la sua deriva giacobina. Dopo il giacobinismo l'immagine della sovranità non può più essere la stessa perché il Terrore rivoluzionario ha dimostrato *per facta* la forza terribile e la capacità distruttiva del potere. Cade l'ipotesi, che continuava ad essere coltivata nel Settecento e anche negli anni della rivoluzione, della spontanea alleanza fra il sovrano e l'individuo.

Il liberalismo nasce nella Francia del primo Ottocento (è allora che il termine comincia a diffondersi) all'insegna di una doppia preoccupazione: salvare il nucleo razionale del messaggio rivoluzionario (i diritti: la libertà e la proprietà) e porre un argine al potere; a quel potere giacobino che, in nome del popolo e della rivoluzione, aveva distrutto l'autonomia del soggetto⁵. Per Benjamin Constant, la risposta al

⁵ M. Barberis, *Sette studi sul liberalismo rivoluzionario. Con un'introduzione metodologica e un'appendice bibliografica*, Giappichelli, Torino 1989; L. Jaume, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, Paris 1997; L. Girard, *Les libéraux français, 1814-1875*, Aubier, Paris 1985; G.A. Kelly, *The Humane Comedy: Constant, Tocqueville and French Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.

giacobinismo ruota intorno a due elementi strettamente intrecciati: l'assolutezza dei diritti (la libertà, innanzitutto, e in via di conseguenza anche la proprietà), assunti come il fondamento non negoziabile dell'ordine, e la sottoposizione del potere a un sistema di limiti e freni che blocchino la sua ricorrente tentazione espansiva ed invasiva. I diritti sono a repentaglio non appena il potere diviene arbitrario sottraendosi alle regole. La sottoposizione del potere alle regole (sotto lo sguardo vigile della pubblica opinione) è la condizione imprescindibile della salvaguardia dei diritti. Appaiono strettamente complementari la sottoposizione dello Stato al diritto (l'esistenza di uno 'Stato di diritto', anche se è ancora la 'cosa', piuttosto che il 'nome', a comparire) e la tutela dei diritti individuali (la libertà e la proprietà, quei diritti che erano assunti come naturali nella tradizione settecentesca e ora, realizzati e garantiti dalla legge della *civitas*, possono dirsi in senso pregnante 'civili').

Difendere i diritti *per mezzo dello* Stato (indispensabile tutore dell'ordine pubblico), ma anche difendere i diritti *dallo* Stato (assicurando la supremazia delle regole sul potere): il nesso fra Stato e diritti è l'elemento propulsivo dell'intera parabola dello Stato di diritto in Occidente. Il problema che però nel continente europeo resta a lungo irrisolto (nei paesi di *common law* la vicenda assume invece caratteristiche diverse) è il rapporto fra la legge e i diritti: un nodo sui cui pesa indubbiamente l'eredità illuministica e rivoluzionaria. La legge infatti è l'espressione di una sovranità (rousseauvianamente) assoluta da cui dipendono la tutela e la realizzazione dei diritti. I diritti però a loro volta si presentano come fondamenti 'assoluti' e non comprimibili dell'ordine. Si annuncia quindi un potenziale conflitto fra 'assoluti' che costituisce un'aporia difficile da sciogliere nella tradizione giuridica dell'Ottocento europeo-continentale.

È un problema di cui il liberalismo ottocentesco è perfettamente consapevole. Per i primi liberali francesi – per Constant, per Guizot, anche per Tocqueville – un sovrano legittimo (una maggioranza parlamentare formatasi al seguito di regolari elezioni) può assumere provvedimenti eversivi dei fondamenti dell'ordine: può cancellare impunemente i diritti individuali, la libertà e la proprietà. L'antico spettro giacobino assume ora la forma della *tirannia della maggioranza*⁶. Difendere i diritti significa dunque, in questa prospettiva, far sì che il sovrano incontri limiti invalicabili alla sua azione.

⁶ Cfr. G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Olschki, Firenze 2004.

Data la dominante visione della sovranità (la diffusa convinzione della sua assolutezza) e la conseguente valorizzazione della legge, resta rilevante la difficoltà di elaborare una teoria giuridica capace di combinare la celebrazione della legge con la difesa dei diritti individuali. La difesa dei diritti viene quindi condotta di preferenza sul terreno della politica, piuttosto che sul terreno del diritto. La risposta politica del primo liberalismo alla minaccia di una maggioranza tirannica è il rifiuto della democrazia, del suffragio universale, e la difesa del voto censitario. Si conceda a tutti il diritto di voto – è questo, in sintesi, il principale argomento a favore del mantenimento del voto censitario – e avremo un parlamento dove i rappresentanti delle masse non proprietarie acquisiranno la maggioranza assoluta e prenderanno a smantellare (in modo formalmente legittimo) l'ordine fondato sulla libertà e la proprietà, cancellando quel primato della qualità sulla quantità, del numero sulla massa, da cui dipendono la civiltà e il progresso.

Non mancano interessanti tentativi di individuare un meccanismo giuridico-istituzionale capace di difendere i diritti dai colpi di mano delle maggioranze. Valga l'esempio di un importante filosofo italiano, Antonio Rosmini, che propone di aggiungere, al baluardo di un voto rigorosamente censitario, l'istituzione di una «suprema corte di giustizia politica» che svolga «l'ufficio di conservatore e di guardiano della Costituzione nazionale»⁷. Nell'Europa continentale, tuttavia, la tradizione legicentrica era troppo forte e radicata per rendere percorribile la strada (seguita nello stesso periodo dal costituzionalismo nord-americano) di un controllo giuridico dell'operato dell'assemblea legislativa.

3. La costruzione della teoria: dall'amministrazione sub lege al Rechtsstaat costituzionale

L'esigenza di garantire i diritti individuali contro le minacce del potere stenta a tradursi in una compiuta teoria giuridica e continua ad affidarsi a sistemi elettorali di tipo censitario e al tribunale dell'opinione pubblica. D'altronde, che il potere legislativo cada nelle mani di un manipolo di giacobini, di babuvisti o di comunisti appare, alla maggioranza dell'opinione pubblica europea di metà Ottocento, una minaccia solo futuribile. Nel presente, il potere legislativo appare ancora la fonte di quella legislazione codicistica che ha consacrato, nei rapporti fra privati, l'ordine

⁷ A. Rosmini, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, in A. Rosmini, *Progetti di costituzione. Saggi editi ed inediti sullo Stato*, a cura di C. Gray [Edizione nazionale delle opere edite e inedite di A. Rosmini-Serbati, vol. XXIV], Bocca, Milano 1952, p. 231.

della libertà e della proprietà. Non tanto dal potere legislativo possono dunque provenire i più pericolosi attentati all'autonomia individuale, quanto piuttosto da un diverso potere, la cui funzione sta crescendo esponenzialmente nel secondo Ottocento: il potere amministrativo. Non è infatti un caso che proprio in rapporto all'intervento amministrativo dello Stato si sviluppi la teoria dello Stato di diritto, prima in Germania e poi nei principali paesi dell'Europa continentale.

La formula dello Stato di diritto compare precocemente nella cultura tedesca dell'Ottocento: in una cultura (nel suo complesso) refrattaria, anche nelle sue espressioni orientate politicamente al liberalismo, alla cultura illuministica e al modello francese. La cultura tedesca insiste nel rimproverare alla Francia rivoluzionaria l'idea di un nesso immediato e diretto fra l'individuo e i suoi diritti e si impegna a mettere a punto un modello diverso, che trova il suo epicentro nello Stato. La grandezza collettiva cui essa fa riferimento non è la contrattualistica, volontaristica nazione francese, ma è il *Volk*, il popolo che si sviluppa storicamente, caratterizzato da una sua specifica cultura, lingua e religione e realizzato nelle forme politico-istituzionali dello Stato. Non si dà dunque l'individuo come tale: il soggetto e i suoi diritti sono comprensibili soltanto in rapporto al popolo-Stato di cui egli è membro.

Nella seconda metà dell'Ottocento la giuspubblicistica tedesca, almeno nel suo orientamento dominante, accentua la sua congenita vocazione statocentrica: per Gerber, per Laband, per Jellinek l'ordine politico-sociale coincide in sostanza con lo Stato o trova comunque in esso la sua condizione di esistenza e di pensabilità⁸. Questa vocazione statocentrica è immanente all'intera tradizione culturale tedesca, come dicevo, ma è anche in sintonia con le esigenze complessive del tempo: nel secondo Ottocento, infatti, non solo in Germania, ma anche in Francia e in Italia, lo Stato-nazione trionfa e vede aumentare la sua visibilità e il suo ruolo sociale.

Il rapido incremento dell'interventismo amministrativo dello Stato non è casuale, ma è l'effetto di un fenomeno imponente: è una risposta ai problemi nuovi e drammatici creati dal processo di industrializzazione, che, avviato precocemente nell'Inghilterra sette-ottocentesca, coinvolge ormai i principali paesi europei. Di fronte all'intensificarsi e all'estendersi del conflitto sociale, del conflitto fra capitale e lavoro, l'opinione pubblica e le stesse classi dirigenti cominciano a temere che la vecchia politica astensionista sia ormai un'arma spuntata e prendono a invocare

⁸ Cfr. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, Beck, München 1992.

l'intervento attivo dello Stato: chiedono allo Stato di farsi mediatore del conflitto sociale e di venire incontro ai bisogni vitali delle classi disagiate rendendo meno esplosive le disuguaglianze.

Si prova un crescente bisogno di Stato. Si manifesta però di conseguenza anche un corrispettivo timore: che lo Stato, nel momento in cui si occupa attivamente dei bisogni dei soggetti, invada e limiti l'autonomia e gli interessi individuali. Si sviluppa allora nei confronti della giuspubblicistica una duplice aspettativa: che essa, per un verso, continui a sostenere il ruolo determinante e fondativo dello Stato, ma, per un altro verso, riesca anche a proteggere gli individui da un eccesso di pressione statale.

A questo punto il giurista si trova di fronte a un serio dilemma: riuscire a mettere insieme l'assoluta sovranità dello Stato (per definizione sottratta a ogni limite) e la possibilità di regolarne e controllarne il potere. Si tratta, se si vuole, della riformulazione ottocentesca di un dilemma (la tensione fra il potere e la norma) che tende a presentarsi sempre di nuovo nella storia dell'Occidente. Per la cultura giuridica ottocentesca questo dilemma è particolarmente spinoso perché il primo corno di esso – l'assoluta preminenza dello Stato – è irrinunciabile: il paradigma del nuovo sapere giuspubblicistico è infatti rigorosamente statocentrico. Occorre quindi tener ferma l'assoluta preminenza dello Stato, occorre restare fedeli al paradigma statualistico e risolvere il dilemma al suo interno: la teoria dello Stato di diritto, condotta alla sua piena maturità da Jhering e da Jellinek, vuole essere appunto questa soluzione. Lo Stato di diritto: uno Stato che, pur rimanendo assolutamente sovrano, si dichiara limitato dal diritto.

Come si perviene a questo risultato? L'argomentazione jellinekiana fa leva su due argomenti principali. In primo luogo, l'argomento della autolimitazione: è vero che lo Stato, in quanto sovrano, non è assoggettabile ad alcun limite che dall'esterno resista alla sua volontà; niente però vieta che lo Stato decida spontaneamente di limitare la propria azione, scelga appunto la via della 'autolimitazione'. La prima caratteristica dello Stato moderno è quindi per Jellinek la seguente: lo Stato moderno decide liberamente di sottoporsi al diritto da esso stesso creato. Da ciò – ed ecco il secondo argomento – una conseguenza: lo Stato non stabilisce solo rapporti di imperio con i suoi sudditi; lo Stato attribuisce ai cittadini prerogative che non sono un semplice riflesso dell'ordine normativo oggettivo – come aveva sostenuto Gerber – ma vengono prescelte dallo Stato nell'interesse dei soggetti stessi. In questi casi nasce fra lo Stato e l'individuo un vero rapporto giuridico; che è giuridico appunto

perché entrambi i membri del rapporto – lo Stato e l'individuo – sono sottoposti a una norma che li disciplina paritariamente.

Ecco dunque lo 'Stato di diritto': uno Stato sottoposto al diritto, uno Stato che intrattiene con i soggetti rapporti giuridicamente regolati e quindi anche giurisdizionalmente controllabili. Lo Stato risulta finalmente sottoposto al diritto. Che cosa è però lo Stato? Lo Stato è una realtà complessa e articolata; e lo Stato che intrattiene rapporti giuridicamente regolati con i soggetti non è, per il giurista ottocentesco, lo Stato come totalità, ma è lo Stato in una sua specifica proiezione funzionale, è lo Stato-amministrazione. La teoria ottocentesca dello Stato di diritto coincide in sostanza con l'idea di un'amministrazione *sub lege*; un'idea che non è una chimera dottrinarica, ma si traduce in risultati istituzionali importanti, quali la messa a punto di una giurisdizione amministrativa⁹.

Stato di diritto è amministrazione *sub lege*; un'amministrazione che, per quanto possa essere investita di compiti crescenti e socialmente invasivi, è tenuta a frenare la sua discrezionalità, è tenuta a commisurarla a norme giuridiche che la sovrastano e del cui rispetto essa deve rispondere di fronte al cittadino che si ritenga leso nei suoi interessi. Lo Stato di diritto introduce dunque un principio di legalità che si sostanzia in una distinzione gerarchica fra due livelli dell'ordinamento: la legislazione e l'amministrazione, la legge e il regolamento. La libertà dei soggetti, la tutela dei loro interessi, si rafforza facendo agire l'amministrazione nei binari tracciati dalla legislazione e rendendola giurisdizionalmente sindacabile.

L'antico dilemma ha trovato una brillante soluzione: lo Stato può continuare ad essere sovraneamente assoluto e nello stesso tempo garantire ai soggetti un consistente spazio di autonomia. Una siffatta soluzione è possibile però sulla base di un presupposto: la distinzione fra lo Stato come tale e i suoi organi. Limitabile è non lo Stato come tale, ma lo Stato-amministrazione: è lo Stato-totalità che decide liberamente di sottoporre al diritto (al diritto, beninteso, da esso stesso creato) quella parte di se stesso che è lo Stato-amministrazione. Lo Stato come tale non è sottoposto al diritto, perché ne è l'unico creatore possibile.

⁹ Cfr., per l'Italia, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano 1985; per la Germania, W. Rübner, *Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in K.G.A. Jeserich, H. Pohl, G.-C. von Unruh (a cura di), *Deutsche Verwaltungsgeschichte, vol. III, Das deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart 1984, pp. 909 sgg.; per la Francia, F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, Paris 1995.

È questo l'assunto che rende difficile per la cultura giuridica ottocentesca il conseguimento di un obiettivo più ambizioso: estendere il modello dello Stato di diritto oltre i confini dell'amministrazione. È possibile ipotizzare limiti al potere legislativo? È difficile dare una risposta affermativa a questa domanda perché il potere legislativo sembra essere (entro il paradigma dominante nella cultura giuridica ottocentesca) non tanto una funzione specifica dello Stato quanto ('pars pro toto') l'incarnazione stessa della sovranità. Limitare il potere legislativo significherebbe limitare la sovranità; significherebbe cioè minare alle basi il paradigma statocentrico e restaurare la metafisica giusnaturalistica postulando un limite esterno allo Stato stesso. D'altronde, che lo Stato sovrano, lo Stato-legislatore, sia onnipotente, non è un serio inconveniente per l'ottimismo ancora diffuso nella cultura tardo-ottocentesca: che (nella sua maggioranza) crede nella storia e nel progresso, crede nella storia come progresso e nello Stato come in uno dei principali artefici del progresso stesso. Il giurista ammette quindi che lo Stato, nella sua onnipotenza, possa, se solo lo voglia, cancellare le libertà, ma è dalla storia che si attende la migliore garanzie delle libertà stesse. Tanto lo Stato quanto la libertà e la proprietà gli appaiono infatti come l'espressione di quella civiltà moderna che costituisce l'esito più alto della storia universale.

Certo, l'ottimismo *belle époque* avrebbe presto trovato nei totalitarismi del Novecento una tragica smentita. Già prima di questa drammatica frattura, però, almeno un giurista – Hans Kelsen – riesce pionieristicamente a superare l'*impasse* che aveva impedito alla dottrina ottocentesca di risolvere il problema dei limiti del potere legislativo.

Kelsen supera d'un balzo le vecchie difficoltà proprio perché egli attacca frontalmente il paradigma ottocentesco e il suo assunto fondamentale: lo Stato come ente 'realmente' onnipotente ed operante. Lo Stato come ente 'reale' (qualunque cosa si intenda con questo aggettivo) è per Kelsen il frutto di una metafisica pre-scientifica, di una mitopoiesi che ignora un fondamentale presupposto epistemologico: la distinzione fra essere e dover essere, fra fatti e norme. Lo Stato non è un ente reale che entra in rapporto con i soggetti: lo Stato è un ordinamento, è un apparato normativo; Stato e diritto coincidono. Saltano allora i termini costitutivi della famosa aporia: da un lato lo Stato onnipotente e dall'altro lato i soggetti, da un lato il sovrano e dall'altro lato i diritti. Non esiste lo Stato come tale. Esistono, sul piano dell'essere, gli individui in carne ed ossa e, sul piano del dover essere, un

sistema di norme che stabilisce le competenze e gli oneri dei soggetti di diritto (individui fisici o entità collettive che siano).

Questa iconoclastica teoria kelseniana, già messa a punto nella prima grande opera del giurista austriaco – gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*¹⁰, del 1911 – sbarazza il campo dall'aporia e costituisce la premessa di una riflessione ulteriore da cui dipenderà il superamento di quel tabù ottocentesco che faceva della legge l'istanza ultima e non sindacabile dell'ordinamento.

Il meccanismo teorico che Kelsen mette a punto è la *Stufenbautheorie*, l'analisi dinamica di un ordinamento 'a gradini', strutturato secondo livelli differenziati¹¹. Certo, l'ordine giuridico si compone di norme, ma le norme non sono tutte eguali ed egualmente generali. Occorre concepire unitariamente il processo di produzione del diritto, ma al contempo cogliere le diversità al suo interno. Non si dà un'opposizione semplice fra produzione e applicazione del diritto: la sentenza del giudice è applicazione di una norma quando la si ponga in rapporto con la legge, «dalla quale è giuridicamente determinata», ma è «creazione del diritto, normazione giuridica, in quanto la si ponga in rapporto con quegli atti giuridici che devono essere compiuti sulla base di essa, per esempio gli atti esecutivi»¹².

Concepire 'dinamicamente' l'ordinamento impedisce allora di focalizzare l'attenzione sulla legge come tale. Non esistono soltanto la legge e la sua esecuzione: la legge è semplicemente un gradino della complessa architettura 'a livelli' che Kelsen delinea. La legge perde il suo tradizionale, ottocentesco, primato e diviene uno dei gradini dell'ordinamento: se si guarda verso il basso dell'ordinamento si scorgono norme 'individuali' (come la sentenza) che applicano la legge e se si guarda 'verso l'alto' ci si rende conto che la legge non è affatto il vertice del sistema, ma è a sua volta applicazione di una norma superiore, la norma costituzionale.

Non è vero allora che, in un moderno Stato costituzional-parlamentare, la legge è il vertice del sistema e come tale per definizione incontrollabile: nella prospettiva kelseniana essa perde la sua posizione assoluta e diviene un gradino intermedio nel processo di creazione-applicazione delle norme.

¹⁰ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, E.S.I., Napoli 1997.

¹¹ Cfr. M. Barberis, *Kelsen, Paulson and the Dynamic Legal Order*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 49-61 e i saggi raccolti in L. Gianformaggio (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici: analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino 1991.

¹² H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato* (1923-24), in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano 1982.

Le conseguenze di una siffatta impostazione sono rilevanti. In primo luogo, si viene ad offrire per la prima volta un robusto appiglio teorico ad un'esigenza che l'Ottocento aveva qua e là avvertito, ma non era riuscito ad ospitare nei suoi più accreditati modelli teorici: l'esigenza di estendere il controllo dall'amministrazione alla legislazione. Il modello teorico kelseniano ci riesce sulla base di due mosse fondamentali: l'abbandono dell'idea dello Stato come ente reale e l'identificazione dello Stato con il diritto; l'analisi dinamica dell'ordinamento. Il risultato è appunto che la legge non è né l'espressione dello Stato-potenza né il contenuto primario dell'ordinamento; la legge è uno dei gradini dell'ordinamento, che si compone di momenti gerarchicamente inferiori (fino alle norme individuali, alle sentenze), ma anche di gradini superiori, ad esempio la costituzione.

L'idea di gerarchia delle norme è ora compiutamente delineata ed in conseguenza – e questo è il secondo punto – diviene possibile estendere il controllo a quel *sancta sanctorum* – la legge come espressione della sovranità parlamentare – fino a quel momento intangibile. Se dunque esiste un controllo giurisdizionale volto a verificare la corrispondenza del regolamento o della sentenza alla legge, allo stesso modo può esistere un organismo deputato a controllare la corrispondenza della legge con il «grado superiore dell'ordinamento giuridico», cioè con la costituzione. Il naturale sviluppo dello Stato di diritto conduce per Kelsen all'istituzione di un organo di controllo della costituzionalità delle leggi. Quel limite al potere legislativo che la dottrina tradizionale era costretta a rintracciare nella storia, nella politica e nella società, per Kelsen è costruibile giuridicamente sulla base della medesima logica che rende controllabile l'attività di ogni organo statale.

4. Dal modello kelseniano al costituzionalismo del secondo dopoguerra

Con la teoria kelseniana l'Ottocento è ormai alle spalle. Due miti costitutivi della cultura giuridica ottocentesca sono stati infranti: è caduta l'idea di uno Stato 'realmente' esistente e operante, creatore di un diritto di cui esso è l'onnipotente artefice, e con essa ha perduto vigore la tesi dell'impossibilità di porre vincoli a un potere per definizione illimitato. Lo Stato di diritto non coincide più, come ancora in Jellinek o in Santi Romano, con una semplice amministrazione *sub lege*; un altro tipo di Stato prende forma (almeno nella teoria, se non ancora nella prassi costituzionale): lo Stato costituzionale di diritto; uno Stato che, organizzato sulla

base della gerarchia delle norme e del primato della costituzione sulla legislazione, è in grado di controllare giuridicamente l'operato dell'assemblea legislativa.

Lo Stato costituzionale di diritto è indubbiamente una grande novità del costituzionalismo del Novecento, ma non è l'unico 'scarto' rispetto alla tradizione ottocentesca. Un altro aspetto emerge, proprio in quel dibattito weimariano che per tanti aspetti costituisce una sorta di laboratorio dove vengono elaborati temi politico-costituzionali destinati a impressionare (dopo il crollo dei regimi totalitari) la riflessione costituzionalistica del secondo dopoguerra.

Una novità importante riguarda proprio il nostro tema: il rapporto biunivoco fra lo Stato di diritto e i diritti individuali. In tutta la parabola dello Stato di diritto, determinante (almeno per la sua configurazione più caratteristica, anche se non esclusiva¹³) è stato il suo legame funzionale con l'individuo. Si trattava di assicurare al soggetto uno spazio preservato dall'indebita intrusione del potere politico: è in questa direzione che si muovevano la l'apologia constantiana della libertà e poi la costruzione jellinekiana e gli argini da essa posti all'interventismo dell'amministrazione. Restavano invece durevolmente estranei alla parabola ottocentesca dello Stato di diritto interessi e aspettative che non coincidessero con la difesa dell'autonomia individuale. Il nesso dello Stato di diritto con i diritti del soggetto è quindi forte, ma è al contempo limitato il suo raggio di azione: viene valorizzato il nucleo originario del discorso moderno dei diritti – la libertà-proprietà dell'individuo – ma vengono considerati estranei alla vocazione garantistica dello Stato di diritto il riferimento a diritti non riconducibili all'autonomia del soggetto.

I motivi che presiedono a questa strategia sono facilmente comprensibili. Nell'Ottocento (almeno nella componente maggioritaria dell'opinione pubblica europea) sono infatti i diritti di libertà-proprietà a essere considerati come il fondamento dell'ordine e il tramite della civiltà e della modernità. I diritti politici restano per molto tempo la posta in gioco di un conflitto che vede contrapposti i fautori della democrazia politica ai difensori del voto censitario, convinti che la proprietà sia il segno visibile di quella superiorità etica e intellettuale indispensabile per partecipare al governo della *respublica*. Quanto alle pretese di un intervento positivo, attivo dello Stato a sostegno dei bisogni vitali dei soggetti – le pretese che nel corso del Novecento saranno comprese nella categoria dei 'diritti sociali' – esse

¹³ Non manca infatti una definizione del *Rechtsstaat* come di uno Stato che agisce nella forma del diritto, senza che emerga da questo punto di vista un collegamento decisivo con i diritti individuali. Un siffatto concetto di Stato di diritto viene messo a punto da Stahl e trova fortuna successivamente presso i giuristi più legati a una visione fortemente autoritaria dello Stato.

appaiono, ancora a fine Ottocento, difficilmente compatibili con la tutela della libertà-proprietà e con il rispetto della piena sovranità dello Stato: che potrà pure scegliere una politica assistenziale a sostegno dei soggetti deboli (è questa la politica che sta dando luogo, proprio a fine secolo, alla nascita dello Stato sociale), ma dovrà mantenere intatta la sua capacità discrezionale, senza attribuire ai soggetti un vero e proprio ‘diritto’ (un ‘diritto al soccorso’, per usare l’espressione di Sieyès) che vincoli troppo rigidamente la sua azione di governo.

La teoria ottocentesca dello Stato di diritto è dunque intimamente legata con una libertà che oggi siamo abituati a chiamare (riduttivamente) ‘negativa’¹⁴: lo Stato ‘limitato dal diritto’ è infatti, sì, uno Stato chiamato ad agire secondo i dettami del diritto, ma il diritto a sua volta coincide con i diritti di libertà-proprietà. È in questo circolo che lo Stato di diritto continua a muoversi nell’Ottocento.

Con il Novecento intervengono però consistenti novità. Diviene difficile ormai presentare i diritti politici come una semplice derivazione della proprietà, dal momento che il suffragio universale (almeno il suffragio universale maschile) è ormai ampiamente diffuso in Europa. Quanto ai diritti sociali, interviene una novità di indubbio rilievo: il loro accoglimento nella effimera ma coraggiosa costituzione tedesca del 1919 (e poi nella costituzione spagnola del 1931), nonostante la persistente ostilità della dottrina giuridica prevalente.

Non è un caso che proprio nel dibattito weimariano si faccia sentire una voce – quella del giurista Hermann Heller – che propone una formula eterodossa, ma destinata ad essere ripresa nel costituzionalismo del secondo dopoguerra: l’idea di un «Wohlfahrtsstaat» democratico-sociale, di un *Rechtsstaat* a carattere sociale. Heller ripercorre criticamente la tradizione – che egli definisce ‘individualistica’ – dello Stato di diritto ottocentesco per dichiararla esaurita. Si impone ormai un’alternativa drammatica: un’involuzione autoritaria, auspicata da una borghesia che teme di perdere i propri privilegi, oppure un salto di qualità, l’apertura a un futuro caratterizzato da uno Stato che si faccia custode non solo dei classici diritti di libertà, ma anche dei ‘nuovi diritti’ venuti di recente a maturazione¹⁵.

¹⁴ I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano 1989.

¹⁵ H. Heller, *Grundrechte und Grundpflichten* (1924), in Id., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, Sijthoff, Leiden 1971, pp. 284 sgg. Cfr. W. Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der weimarer Republik*, Nomos, Baden-Baden 1983²; I. Staff, *Forme di integrazione sociale nella Costituzione di Weimar*, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna 1987, pp. 11-50.

Certo, nei tempi brevi, è proprio l'esito autoritario paventato da Heller ad affermarsi in Europa. I totalitarismi fascista e nazional-socialista cancellano l'autonomia individuale e i diritti fondamentali in nome del primato assoluto della politica, della volontà demiurgica del partito-Stato e del suo Duce. Essi sono la conferma, in negativo, del rapporto strettissimo che si era instaurato, nella tradizione sette-ottocentesca, fra i diritti del soggetto e la limitazione giuridica del potere statale. È comprensibile quindi che il nesso fra Stato di diritto e diritti venga reclamato nel secondo dopoguerra come il fondamento dei nuovi ordini costituzionali e il più efficace antidoto contro il totalitarismo. Porre limiti allo Stato in nome dei diritti individuali: la parola d'ordine originariamente pronunciata dalla tradizione giusnaturalistico-illuministica torna ad essere attuale nel secondo dopoguerra.

Rispetto alla cultura sette-ottocentesca, però, le novità sono rilevanti. In primo luogo, lo Stato di diritto del secondo dopoguerra fa tesoro del modello kelseniano del *Rechtsstaat* costituzionale: un ordinamento caratterizzato da una rigida gerarchia delle norme, dalla supremazia della costituzione e dalla conseguente possibilità di controllare l'operato del legislativo con l'istituzione di una Corte di giustizia costituzionale. Il nuovo Stato costituzionale si propone come uno Stato funzionale alla custodia dei diritti che, in quanto perno del nuovo ordinamento, non possono essere travolti da nessun atto di volontà assembleare.

In secondo luogo, i diritti di cui lo Stato si fa custode non sono più soltanto i 'classici' diritti civili, ma sono tutti i diritti (civili, politici e sociali) reclamati come irrinunciabili e complementari strumenti di realizzazione della personalità umana dalla la nuova democrazia; quella democrazia realizzata, negli ordinamenti costruiti in Europa sulle ceneri dei regimi totalitari, grazie alla convergenza di molteplici componenti culturali, cattoliche e laiche, liberali e socialiste, unite nella lotta contro i fascismi. Si sta affermando in sostanza una prospettiva molto vicina al *sozialer Rechtsstaat* auspicato da Heller.

In terzo luogo, il nesso funzionale che collega lo Stato ai diritti appare, rispetto alla tradizione ottocentesca, notevolmente rafforzato perché è stato accentuato il ruolo fondante dei diritti nei confronti dell'intero ordinamento. Rispetto all'Ottocento non muta soltanto il 'catalogo' dei diritti (che ora comprende, accanto ai diritti civili, anche i diritti politici e sociali): mutano anche il fondamento dei diritti e la loro rilevanza nell'ordinamento.

I diritti che stavano all'origine della moderna parabola dello Stato di diritto – la libertà-proprietà della tradizione lockiana e della Dichiarazione del 1789 – si presentavano come diritti assoluti perché fondati sulla natura stessa dell'uomo. Ben presto, però, il giusnaturalismo è condannato a una rapida eclisse. Le filosofie dominanti nell'Ottocento, dallo storicismo al positivismo, al marxismo, sono tutte fieramente anti-giusnaturalistiche. L'idea di attribuire diritti all'essere umano come tale appare il frutto dell'ingenua metafisica del secolo dei Lumi. Tutto ruota ormai intorno allo Stato-nazione. Certo, la libertà e la proprietà appaiono alla maggioranza dell'opinione pubblica ottocentesca il perno della civiltà moderna. Ma il loro fondamento è storico e sociale e l'orizzonte del loro dispiegarsi è pur sempre la comunità statual-nazionale.

È appunto il legame genetico fra Stato e diritti che il costituzionalismo del secondo dopoguerra vuole interrompere. La cultura anti-totalitaria, anche se differenziata al suo interno, fa leva sull'autonomia e sulla rilevanza dell'individuo, lo vuole titolare di diritti fondamentali, attacca l'idolatria dello Stato-nazione e della sua assoluta sovranità. Difendere i diritti significa prendere le distanze dallo Stato della tradizione ottocentesca, accusato di essere l'imbarazzante prodromo dello Stato totalitario del Novecento.

Non è un caso che nell'immediato dopoguerra si assista a una vera e propria 'rinascita' del diritto naturale. Certo, l'entusiasmo diffuso per il diritto naturale è in fondo di breve durata. Significativo però è, più che il successo di una specifica dottrina giusnaturalistica, il diffondersi di un clima di insofferenza verso i limiti del giuspositivismo ottocentesco. Ciò che insomma preme al nuovo costituzionalismo è affermare l'invulnerabilità dei diritti, la loro indisponibilità alle decisioni del potere politico, la loro indecidibilità¹⁶.

Questa esigenza non è condivisa soltanto dai paesi impegnati, in Europa, a varare una nuova costituzione. È un'esigenza che si manifesta con forza anche in un consesso internazionale: nell'assemblea delle Nazioni Unite che nel 1948 emana la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Torna a essere usata, dopo un lungo oblio, l'espressione 'diritti dell'uomo': diritti dell'essere umano in quanto tale. Viene rovesciato il rapporto, dominante nell'Ottocento, fra i diritti e lo Stato: i diritti non dipendono dallo Stato e sono anzi il parametro sulla base del quale valutare la

¹⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001. Sul 'neo-giusnaturalismo' del secondo dopoguerra mi permetto di rinviare a P. Costa, *Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*, in P. Ferreira da Cunha (a cura di), *Direito natural, justiça e política*, Coimbra Editora, Coimbra 2005, pp. 213-44.

legittimità dello Stato, il cui compito coincide con la tutela e la realizzazione dei diritti stessi.

5. Il carattere 'selettivo' e 'intermittente' dello Stato di diritto: i paradossi dell'eguaglianza e l'astuzia del potere

Ciò che finora sono venuto dicendo risponde al tentativo di descrivere, in estrema sintesi, la formazione e lo sviluppo di una teoria – la teoria dello Stato di diritto – di indubbia rilevanza nella storia politico-giuridica moderna. Questa teoria ruota intorno a un nucleo originario che non viene intaccato, ma esce semmai rafforzato dagli sviluppi successivi della teoria stessa. Questo nucleo coincide proprio con il circolo virtuoso che si viene instaurando nella modernità fra i diritti individuali e lo Stato. Sottoporre lo Stato al diritto significa in sostanza assumere come destinazione funzionale e condizione della legittimità dello Stato gli eguali diritti dei soggetti. Detto in altri termini, l'assunto su cui riposa lo Stato di diritto è l'esistenza di soggetti giuridicamente eguali in quanto tutti titolari di alcuni diritti fondamentali. È nei confronti dei soggetti-di-diritti che lo Stato è tenuto ad agire nel rispetto delle norme allo scopo di evitare un trattamento arbitrariamente differenziato dei soggetti stessi.

È questa l'immagine che la teoria giuridica europea offre di se stessa ed è un'immagine sostanzialmente attendibile e internamente coerente. Il punto è però che la teoria dello Stato di diritto (come ogni teoria politico-giuridica) non è 'soltanto' una teoria, non è una disinteressata e disincarnata contemplazione di una realtà esterna e indifferente. Per quanto ispirata dal pathos della verità, una teoria politico-giuridica è comunque parte della società che descrive, incide sui comportamenti, partecipa al gioco degli interessi contrapposti, viene usata come un'arma nel conflitto fra le diverse componenti della società. Occorre quindi introdurre qualche elemento di complicazione del quadro ricostruttivo prima delineato, in modo da cogliere la specifica storicità della teoria dello Stato di diritto.

La teoria dello Stato di diritto si sviluppa intorno al nesso di funzionalità che collega lo Stato ai diritti dei soggetti. L'attribuzione dei diritti (dell'uno o dell'altro diritto) ai soggetti non è però un fenomeno tranquillo e indolore: è un momento di rilevanti trasformazioni culturali, è la posta in gioco di brucianti conflitti sociali. Legata funzionalmente ai diritti, la teoria dello Stato di diritto non può non essere coinvolta nella dinamica conflittuale che percorre l'intero discorso dei diritti nell'età moderna.

Lo Stato di diritto è funzionalmente collegato con la libertà-proprietà dei soggetti. La libertà-proprietà del primo liberalismo ottocentesco non è però un diritto politicamente indifferente, ma al contrario viene declinato in modo da risultare incompatibile con l'introduzione del suffragio universale, con la realizzazione della democrazia politica. Il nesso fra Stato di diritto e libertà-proprietà introduce una tensione fra Stato di diritto e democrazia destinata a protrarsi nel tempo e a risolversi soltanto fra Otto e Novecento.

Lo Stato di diritto si sviluppa in ragione del suo rapporto con i diritti dei soggetti, ma questi diritti emergono nel corso di conflitti epocali che riverberano i loro effetti sulla concezione del *Rechtsstaat*. Nel Novecento si afferma l'idea (per intenderci, helleriana) di uno Stato di diritto collegato a tutte le classi di diritti (civili, politici e sociali) ormai acquisite. Questo collegamento non è però affatto pacifico e può essere tranquillamente contestato – valga l'importante esempio di Hayek¹⁷ – rivendicando come pertinente con lo Stato di diritto soltanto la tutela della libertà 'negativa' dei soggetti. In questa prospettiva, lo Stato sociale di diritto non è lo sviluppo dello Stato di diritto originario, ma ne è l'affossamento: la lotta intorno ai diritti (le tesi contrapposte della compatibilità o piuttosto dell'incompatibilità fra i diritti sociali e le libertà fondamentali) riverbera i suoi effetti sulla contrapposizione fra lo Stato di diritto 'puro' e il *sozialer Rechtsstaat* auspicato dal costituzionalismo del secondo dopoguerra.

Questi esempi servono soltanto a richiamare l'attenzione sul radicamento storico della teoria dello Stato di diritto: una teoria che non si sviluppa per partenogenesi senza alcun collegamento con la dinamica sociale, ma al contrario nasce da essa e ad essa si riferisce trattenendo, nella forma della teoria, le tracce dei conflitti che di quella dinamica costituiscono una componente obbligata.

La teoria dello Stato di diritto non è una teoria pura e priva di presupposti. Condizionato storicamente è anzi il suo stesso fondamento e la sua condizione di senso: l'idea del 'soggetto-di-diritti'.

Il soggetto-di-diritti emerge alla ribalta illuministica e rivoluzionaria all'insegna del più schietto universalismo. Il soggetto cui riferire i diritti – quei diritti che lo Stato, in quanto Stato sottoposto al diritto, è chiamato a rispettare – non è un individuo particolare: di contro alla frammentazione delle situazioni soggettive nella società cetuale di antico regime l'ordine nuovo si struttura intorno al protagonismo di un soggetto che si presenta come essenzialmente eguale a qualsiasi altro.

¹⁷ F.A. von Hayek, *The Road to Serfdom* (1944), Routledge, London 1991.

In realtà, lo slancio universalistico che connota la ridefinizione moderna del soggetto non spazza via, con un colpo di bacchetta magica, le persistenti differenziazioni socio-culturali. Inizia al contrario un gioco complicato dove l'impulso a prendere sul serio l'eguaglianza di 'tutti' i soggetti si scontra con l'esplicita o implicita difesa di discriminazioni (date per) insuperabili e socialmente indispensabili.

Devo limitarmi a una sommaria e incompleta elencazione.

Il soggetto teorizzato dall'antropologia politica sette-ottocentesca, si presenta, sì, come l'essere umano in quanto tale, ma è in realtà costruito sulla base di implicite presupposizioni che finiscono per identificarlo non già con l'individuo 'generico', ma con una classe specifica di soggetti, forniti di alcune caratteristiche che ne sanciscono l'eccellenza.

In primo luogo, l'eccellenza dipende dall'appartenenza di genere¹⁸. È ancora viva e vitale nell'Europa moderna l'antico modello aristotelico di famiglia: una famiglia concepita come un microcosmo potestativo composto da figure 'minori' (moglie, figli, servi) convergenti sul vertice – il *pater familias* – che si presenta come il rappresentante 'oggettivo', nella *polis*, dell'universo familiare. Il soggetto-di-diritti (prima giusnaturalistico e poi ottocentesco) non è l'essere umano astratto dalla sua differenza di genere: è l'essere umano di genere maschile, incarnato emblematicamente nella figura del *pater familias*: ed è questo individuo ad essere surrettiziamente assunto come l'essere umano *par excellence*.

In secondo luogo, l'eccellenza, la pienezza della soggettività, è legata alla proprietà. È vero che tutti sono proprietari del proprio corpo, come scriveva Locke. Chi però riesce a essere anche proprietario di beni esterni dimostra di disporre di doti particolari: quelle doti di industriosità, iniziativa, autocontrollo, previdenza di cui il non proprietario è evidentemente sprovvisto. Esiste quindi una frattura, che non è soltanto economica ed estrinseca, ma è anche etica ed antropologica, fra proprietari e non proprietari; una divisione che separa i soggetti razionali dagli irrazionali, l'élite dalle *classes dangereuses*, i cittadini affidabili (capaci di governare se stessi e quindi anche di governare gli altri) e i cittadini (come li chiamava Sieyès) passivi. I soggetti presi in considerazione dallo Stato di diritto ottocentesco non sono dunque gli individui come tali: sono i soggetti 'eccellenti', che per essere tali devono essere maschi e proprietari.

¹⁸ Cfr. C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, Cambridge 1988.

È vero, dunque, che lo Stato di diritto è collegato funzionalmente ai diritti dei soggetti. I soggetti non sono però incarnazioni immediate dell'individuo come tale: sono uomini o donne, proprietari o non proprietari. Il principio dell'eguaglianza deve fare i conti con le declinazioni della differenza. L'eguaglianza di cui lo Stato di diritto si fa strumento non è l'eguaglianza di 'tutti': è piuttosto l'eguaglianza interna a una classe di soggetti 'eccellenti'¹⁹. Come avrebbe detto Orwell descrivendo la sua celebre *Fattoria*, tutti gli animali sono eguali, ma alcuni sono più eguali degli altri.

L'eguaglianza deve fare i conti con persistenti discriminazioni sociali e culturali che incidono sulla vita complessiva dell'ordinamento. Si pensi all'amministrazione ottocentesca della giustizia: la 'giustizia dei galantuomini', come è stata efficacemente chiamata²⁰: una giustizia che offriva legalità e garanzie ai 'galantuomini' (ai soggetti razionali, autonomi, proprietari), mentre affidava le classi subalterne al disciplinamento brutale e alle misure arbitrarie della polizia²¹. È peraltro lo stesso funzionamento della giustizia a provocare una distinzione ulteriore fra soggetti: la distinzione fra 'normali' e 'criminali'; è ai primi che vengono destinati i servizi dello Stato di diritto, mentre i secondi (che un'antica tradizione presentava come 'nemici interni') divengono oggetto di un'ostilità che mira alla loro eliminazione o comunque a una relegazione *extra moenia* dove stentano a penetrare le garanzie di cui gode il cittadino pienamente 'affidabile'.

Le differenze fra i soggetti condizionano lo Stato di diritto che funziona quindi – potremmo dire – in modo essenzialmente *selettivo*. Esso però funziona non solo in modo selettivo, ma anche in modo *intermittente*. Lo Stato di diritto è costruito infatti per controllare e limitare il potere, ma quest'ultimo non rinuncia affatto, definitivamente, alle sue istanze 'assolutistiche'. A favore di queste viene impiegato sempre di nuovo, in tutta la storia otto-novecentesca, un antico argomento: l'argomento dell'eccezione e dello stato di necessità. In questa prospettiva, lo Stato di diritto non è la forma obbligata della politica moderna: non è un vestito buono per tutte le stagioni. Può essere indossato soltanto quando il clima è mite, quando la conflittualità politico-sociale è modesta. Se i conflitti aumentano, se sembrano mettere a repentaglio equilibri sociali e politici consolidati, la supremazia del diritto

¹⁹ Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma-Bari 1999-2001.

²⁰ Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551; L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 1990.

²¹ Cfr. A.M. Hespanha, *A evolução da doutrina e do ensino do direito penal em Portugal, c. 1800-c. 1910*, in «Quaderni Fiorentini», 36 (*Principio di legalità e diritto penale*), 2007.

e dei diritti deve cedere il posto al principio della *salus reipublicae*. La necessità produce da sola nuova regole; l'eccezione mette a tacere la norma. In tutta la storia moderna e contemporanea, lo Stato di diritto appare l'espressione di una 'normalità' sempre esposta ad essere sospesa dalla dichiarazione dello stato di eccezione²².

Lo Stato di diritto è dunque, sì, una forma caratteristica della moderna civiltà giuridica, ma non è una sua struttura inamovibile, un suo immanente destino, bensì è l'espressione di un equilibrio fragile e precario: valga a riprova non soltanto il fenomeno dei totalitarismi novecenteschi, che hanno teorizzato e praticato una coerente e sistematica alternativa a esso, ma la stessa parabola dei regimi liberal-democratici, reiteratamente esposti alla tentazione delle misure straordinarie²³, della compressione dei diritti, della trasformazione dei cittadini in nemici *hors la loi*.

Certo, lo Stato di diritto, per quanto selettivo e intermittente nella sua applicazione, è pur sempre una componente essenziale della storia moderna. Occorre però a questo proposito richiamare l'attenzione su un aspetto ulteriore. La storia d'Europa ha due facce: una guarda all'interno del continente europeo, l'altra guarda all'esterno, a quella parabola espansionistica e colonizzatrice che da fine Quattrocento arriva fino agli anni Settanta del Novecento. Occorre allora riproporre la nostra domanda: chi sono i soggetti cui la teoria dello Stato di diritto fa riferimento? Non sono i soggetti genericamente umani, non sono i soggetti come tali, ma sono solo quei soggetti individuati sulla base di alcuni parametri, impliciti ma determinanti; e fra questi parametri figura, oltre al genere maschile e alla proprietà, anche l'appartenenza alla razza bianca (europea, occidentale).

È dominante in tutta la cultura ottocentesca il senso di un radicale salto di civiltà fra l'Europa e il resto del mondo. La storia è una linea ascendente che procede dalla barbarie alla civiltà, dalle nebbie del medioevo alla luce della civiltà contemporanea, che è la civiltà della scienza, dell'industria, dello Stato, della proprietà, della libertà, dei diritti. La civiltà europea, occidentale, si propone dunque come il culmine della storia mondiale. L'intero pianeta procede lungo questa linea ascendente, ma gli europei aprono la strada e gli altri popoli arrancano dietro a distanze diverse. Gli altri sono, nel presente, ciò che eravamo noi in un passato più o meno remoto: nell'età della pietra, agli albori della civiltà, nel medioevo. Tutti gli individui sono esseri umani (a rigore e in ultima istanza 'eguali'), ma sono al contempo separati da un fossato che coincide con l'opposizione barbarie/civiltà.

²² Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

²³ Un'analisi per l'Italia in C. Latini, *Governare l'emergenza*, Giuffrè, Milano 2005.

È questa frattura che permette di legittimare l'espansione colonizzatrice ricorrendo al concetto di 'civilizzazione'²⁴ (il fardello dell'uomo bianco, come lo chiamava Rudyard Kipling); è questa frattura che sconsiglia di estendere ai colonizzati le prerogative giuridiche di cui godono i coloni nella madrepatria. L'Ottocento è allora, sì, il teatro dove si celebra il progressivo, anche se combattuto, trionfo dell'eguaglianza dei soggetti e dei loro diritti, ma è anche, al contempo, il laboratorio dove si mettono a punto tecniche di dominio e di assoggettamento che escludono, per intere classi di soggetti, l'impiego delle categorie etiche e giuridiche ormai dominanti nell'occidente²⁵. Se gli Europei sono i moderni e gli altri sono gli arcaici, è per i primi e non per i secondi che possono valere i raffinati strumenti della civiltà giuridica quali l'eguaglianza dei diritti e il principio di legalità.

I grandi principi della civiltà giuridica moderna saltano non appena guardiamo l'Europa fuori dall'Europa; e salta in particolare quel nesso fra Stato, soggetti, diritti ed eguaglianza che costituisce l'elemento propulsivo della teoria dello Stato di diritto. È nella madrepatria e non nelle colonie che lo Stato di diritto può celebrare i suoi fasti. La premessa del governo coloniale è l'incapacità del nativo a gestire la propria vita e a muoversi autonomamente verso la civiltà. Esso quindi deve essere governato da un'autorità libera da quegli impacci giuridico-formali che hanno permesso, nell'Occidente civilizzato, la moltiplicazione dei diritti e l'approntamento delle garanzie. Il potere regolamentare dell'amministrazione coloniale impedisce che i colonizzati usufruiscano delle libertà fondamentali (si tenga presente, fra l'altro, il frequente ricorso al lavoro coatto). La vita della colonia ruota intorno alla figura del governatore, che viene costruita in sistematico dispregio del principio della divisione dei poteri: il governatore detiene il potere amministrativo e dispone delle forze armate, nomina i funzionari, ha rilevanti poteri regolamentari, può per ordinanza definire i delitti specifici e le pene applicabili, controlla il potere giudiziario. È impensabile che i nativi possano esercitare i diritti politici e organizzarsi secondo i moduli, trionfanti in Europa, della democrazia rappresentativa. Per l'occidente civile valgono i principi della modernità giuridica: diritti, legalità, eguaglianza. Per il variegato ma comunque arcaico mondo dei

²⁴ Cfr. A. Anghie, *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, in «Harvard International Law Journal», 40, 1999, 1, pp. 1-79 e M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Cfr. anche «Quaderni Fiorentini», 33-34 (*L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*).

²⁵ Fondamentale il saggio di C. Petit, *Detrimentum reipublicae*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto* (tr. bras. *O Estado de Direito*), cit.

colonizzati vigono altre regole: funzionali alla soggezione, in qualche misura memori di quell'*ancien régime* che l'Occidente si era lasciato alle spalle con le rivoluzioni di fine Settecento²⁶.

Lo Stato di diritto rinvia a un nucleo germinale che coincide con i diritti eguali degli individui come tali; al contempo, però, la concreta applicazione della teoria fa i conti con le presupposizioni culturali e con il gioco degli interessi che danno un nome e un volto al soggetto, introducono differenze, legittimano discriminazioni: l'essere umano come tale cede il posto all'individuo maschio, proprietario, bianco. Ancora una volta, lo sviluppo storico dello Stato di diritto non è lo svolgimento di un asettico teorema, ma è l'espressione dei conflitti che attraversano l'intera modernità e gravitano intorno alla definizione dei soggetti e all'attribuzione dei diritti.

Certo, se guardiamo panoramicamente ai conflitti che nel corso della modernità si sono susseguiti avendo come posta in gioco il riconoscimento dei diritti e delle garanzie non entriamo in contatto con una storia immobile. È possibile al contrario trovare in essi una direzione di senso e un'esigenza ricorrente: l'esigenza di una crescente 'universalizzazione' del soggetto-di-diritti; l'esigenza di cancellare le molteplici discriminazioni (legate alla proprietà, al genere, alla razza) e attingere finalmente a quell'essere umano come tale promesso (ma disatteso) dal giusnaturalismo moderno ai suoi albori. È questa l'esigenza che ha alimentato la lotta ai totalitarismi ed è sfociata infine nell'attuale successo, che può dirsi planetario, della filosofia dei diritti umani.

Possiamo però concludere, sulla base di questa constatazione, che ormai ovunque il potere è saldamente sottoposto al diritto (e ai diritti)? Possiamo sostenere che la selettività e la precarietà che hanno caratterizzato lo Stato di diritto in tutta la sua storia sono ormai un ricordo del passato? Credo che una siffatta conclusione sarebbe troppo semplice e consolatoria. In realtà, non mancano indizi di segno contrario. Torna a presentarsi, tanto negli ordinamenti interni quanto nell'ordinamento internazionale, la logica dell'eccezione e dello stato di necessità; continuano ad essere coltivate la strategia della costruzione del nemico (interno ed esterno) e della sua collocazione *extra legem*; in nome della sicurezza, vengono raccomandate e promosse le legislazioni speciali e l'indebolimento delle garanzie; addirittura il ricorso alla tortura è tornato a essere un'ipotesi seriamente considerata e discussa nelle pagine di intellettuali e di giuristi (anche di ispirazione *liberal*) negli Stati Uniti

²⁶ Cfr. P. Guillaume, *Le monde colonial*, Armand Colin, Paris 1999, p. 128.

d'America²⁷. La singolare novità – una derisoria ironia della storia – è semmai che il potere si dichiari autorizzato a sbarazzarsi dei propri nemici proprio in nome di quei diritti umani che dovrebbero essere il principale ostacolo per il conseguimento di quell'obiettivo.

Lo Stato di diritto è uno dei simboli costitutivi dell'Occidente moderno, ma non basta a trasformare quest'ultimo nell'Eden dell'eguaglianza e dei diritti. Lo Stato di diritto non è un traguardo raggiunto una volta per tutte: è una semplice mossa in un'interminabile partita dove re, regine, alfieri e cavalli si combattono senza esclusione di colpi. Non basta per porre il re sotto scacco. Può servire però a creare qualche ostacolo a un troppo disinvolto massacro delle pedine.

²⁷ Cfr. M. La Torre, *'Giuristi, cattivi cristiani'. Tortura e principio di legalità*, in «Quaderni Fiorentini», 36 (*Principio di legalità e diritto penale*), 2007.

THE RULE OF LAW: AN OUTLINE OF ITS HISTORICAL FOUNDATIONS

What is the meaning of the term ‘rule of law’? What is the historical construction of this concept? Understandably, the two questions are connected but first we must define the precise parameters of a phenomenon to develop a narrative of its genesis. It is then necessary to stipulate a definition of the rule of law and adopt it as a guideline for our historiographical survey. Towards this end we can resort to the clear definition provided by the *Oxford English Dictionary*, according to which the rule of law coincides with; ‘the principle whereby all members of a society (including those in government) are considered equally subject to publicly disclosed legal codes and processes. The core of this notion is that the holders of the political power are subjected to rules that equally apply to them and to the citizen.

The rule of law, in the most general sense, refers to a power subjected to the law. This principle has frequently had not only a descriptive, but also a prescriptive meaning. It has been used not only to describe a specific arrangement of political institutions, but also to formulate an ideal goal: that the sovereign governs the subjects according to fixed and previously known rules, which are mandatory for the sovereign himself to follow.

The meaning of the rule of law is established in a contrast: being a government according to the law, of a power subjected to the law, drawing strength from its opposite, the idea of an arbitrary and absolute sovereign, exempt from the rules because it is superior to them. The semantic analysis of the rule of law is thus structured around binary opposites: rules vs. arbitrariness; limited power vs. absolute power.

Given that this is the core of the rule of law, in its more general meaning, a further question involves the problem of its function. Is the function of the rule of law a necessary component of its definition? If we adopt a ‘formal’ definition of the rule of law, the aims we can pursue and the advantages we can obtain by adopting a form of government limited by rules are not relevant to our purpose. In this perspective, the necessary and sufficient condition of the rule of law includes a government that acts in compliance with predetermined legal norms. The contents of the norms and the goals of the governments do not come into consideration. The rule of law only

P. Costa, *The rule of law: An outline of its historical foundations*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 109-126.

Orig. in Christopher May, Adam Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton 2018, pp. 135-48.

refers to the ‘formal’ or ‘thin’ correspondence between the governmental decisions and the pre-existent legal frame. In contrast, from a ‘substantial’ or ‘thick’ point of view, the function of the rule of law is an essential element of its definition. A further component of the semantic field emerges: the need of the subjects to be protected from any arbitrary harassment by the sovereign.¹

Whatever the theoretical validity of a ‘structural’ or a ‘functional’ definition of the rule of law may be, the ‘substantial’ approach seems the best suited to our purpose. From a historical point of view, the notion of rule of law seems scarcely separate from the interests and expectations of its subjects. The social and political conflicts, which in several historical contexts have been triggered by the attempt to force the government to submit to the law, would be unintelligible without considering the advantages that its subjects (rightly or wrongly) can expect to obtain through the rule of law.

According to a ‘substantive’ approach, the notion of the rule of law is defined by three elements: rules; power; and subjects. In this perspective, the expected advantages of the subjects can be conceived not as a generic and unspecified ‘protection’ from power, but as an extensive set of rights. The semantic field of the rule of law is thus also defined by the intersection of three lines: rules, power, and rights.

This intersection is only apparently simple, but it gives rise to the formation of very different geometric figures. Metaphors aside, the idea (and the corresponding practices) of the rule of law are the result of a long historical process. The implementation of this process can be (tentatively and roughly) divided into three phases: the most recent phase – the nineteenth and twentieth centuries – when the rule of law seems to be thoroughly defined and realized; the previous phase – set in the seventeenth and eighteenth centuries – when the relationship between the sovereign and the subjects undergoes a dramatic change and requires a thorough renovation of its forms and its contents; and an earlier phase (from Antiquity to the Middle Ages), when several seminal issues of Western culture emerge, which will affect the modern conceptualization of the rule of law, even though they will not directly determine its contents.

While the rule of law reaches full maturity during the nineteenth and twentieth centuries, its origins must be placed in the two previous (abovementioned) phases.

¹ Craig, Paul P. (1995), ‘Formal and substantive conceptions of the rule of law’, *Diritto pubblico*, 8, 35–55.

Therefore, sketching an outline of the historical foundation of the rule of law requires unearthing what we could call the early and the near roots of this concept.

1. *The early roots of the rule of law: issues of ancient and medieval culture*

What is the best way of governing the subjects and what relationship must be established between the political power and the law are problems that have been carefully examined in Plato's and Aristotle's seminal reflections, often considered the very point of origin of Western political culture. According to Plato, the best regime does not require the primacy of the law, but relies on the excellence of the ruler, on his superior wisdom. On the contrary, when power is not committed to philosopher kings, to wise men capable of governing according to reason, the regime, whatever its constitutional form, tends to degenerate until its final breakdown and the resulting anarchy.

Plato himself is willing, however, to consider the distance between the concrete political experience and the ideal republic, and to grant that the law acquires a decisive importance in the 'real' world, where philosophers do not govern. In this case, it is the primacy of the law which precludes political regimes (both monarchy and democracy) from resulting in conflict and tyranny. In one of his late works, *The Statesman*, Plato introduces a distinction that will obtain a lasting success: the distinction between the government of law and the government of men. In the absence of philosophers in command, the best regime is the former, when the law is the master of the government, and not vice versa.²

Aristotle too, like Plato, concedes that a ruler endowed with extraordinary virtue could govern in the most excellent way but subjoins that such a hypothesis never occurs. In the real world, the primacy of the law is precisely the decisive mark of the good quality of a regime, inasmuch as it ensures the possibility of being governed according not to the whimsical decisions of men, but to fixed and objective rules³

In Western culture, the need to exalt the supremacy of the law over power was precociously underlined because power was conceived as capable of deeply affecting the lives of the subjects. In particular, the critics of democracy, starting from Plato,

² See: Isnardi Parente, Margherita (1996), *Il pensiero politico di Platone*, Roma-Bari: Laterza; Fine, Gail (ed.) (2008), *The Oxford Handbook of Plato*, Oxford: Oxford University Press.

³ See: Berti, Enrico (1997), *Il pensiero politico di Aristotele*, Roma-Bari: Laterza; Pangle, Thomas L. (2013), *Aristotle's Teaching in The Politics*, Chicago: The University of Chicago Press.

warned to beware of the power of the demos, the power of the people, and to rely on the law as the only defence against the danger of its 'despotic' rule. Thus, a shibboleth of major Greek philosophers was the exhortation to restrain power and realize a tempered and balanced regime.

This key idea, already sketched in the doctrines of Plato and Aristotle, was received, and further developed, in the Roman republic. According to Polybius (the great historian of Rome) and Cicero, the secret of the increasing Roman power was a peculiar regime that they called the 'mixed regime': a regime distinguished by the joint presence of monarchical, aristocratic, and democratic elements, inasmuch as it was composed of different institutions capable of representing the expectations of the many and the few, of the people and the aristocracy.⁴

The idea of the 'mixed government' would enjoy lasting success in medieval and protomodern Europe, but it would not be the only legacy that the Roman world was able to transfer to later cultures. In fact, in Rome, after the decline of the republican regime and the arrival of the empire, the theory of the mixed government gave way to the idea of the unlimited, absolute, and divine power of one ruler, the emperor. This doctrine was eventually expounded and laid out in Justinian's *Corpus Juris* and thereby reached the medieval culture.

For medieval philosophers and jurists, ancient culture, though known only fragmentarily, was an essential point of reference. Starting from the eleventh and twelfth centuries, the *Corpus Juris* and many of Aristotle's works (his treatise on politics among them) began to be thoroughly read and commented upon. Medieval legal doctrines developed in the framework of the *Corpus Juris* and jurists found in it the principle of the absolute sovereignty of the emperor. In the *Corpus Juris*, law was presented as the product of the supreme will of the emperor: far from being a limit and a restraint on his power, law was the very expression of it. The idea of sovereignty as an absolute will, exempt from any control – an idea that modern culture would resume and develop – was rooted in this ancient tradition. A voluntarist idea of law originates from it: 'voluntas facit legem' (the will creates the law). The law is then a product of the will of the supreme authority. The sovereign will is the matrix of the law.

⁴ See: Nippel, Wilfried (1980), *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und früher Neuzeit*, Stuttgart: Klett-Cotta; Blythe, James M. (1994), *Ideal Government and the Mixed Constitution in the Middle Ages*, Princeton, Princeton University Press; Taranto, Domenico (2006), *La miktè politéia tra antico e moderno. Dal 'quartum genus' alla monarchia limitata*, Milano: Franco Angeli; Cedroni, Lorella (2011), *Democrazia in nuce: il governo misto da Platone a Bobbio*, Milano: Angeli.

Although this idea of sovereignty was floating around in the medieval commentaries to the *Corpus Juris*, it would be ill-advised to infer that medieval legal doctrines underpinned a voluntarist idea of law. Indeed, the medieval reception and interpretation of ancient texts are a peculiar process, given the profound differences that divided the ancient from the medieval world; medieval scholars read ancient texts from the perspective of their own needs and cultural prejudices.

A widespread conviction during the Middle Ages was that social and political order was something like a pyramid composed by differentiated social classes. It was a self-sufficient, hierarchical structure and the sovereign, although placed at the top of the pyramid, was nevertheless part of it. Society was not conceived as a reality freely arranged and transformed by the arbitrary decisions of men, but rather as part of a natural and supernatural order culminating in God. It was with this hierarchical and immutable framework that law was intimately connected. Law was conceived as the external display of the right organization of societal relationships itself.⁵ The *Corpus Juris* was read and interpreted starting from these hermeneutical presuppositions. Though it had been created by the absolute will of an emperor, Justinian, medieval jurists did not hesitate to conceive and label it as *ratio scripta*, as the embodiment of reason.

In this perspective, the sovereign, still considered a mere component of the social and political fabric, was bound by the rules that governed the political and social body. Rulers are indispensable, but their power (even the power of the emperor) is subjected to a higher law: not only to the divine law (as is obvious), but also to the just, rational, and immutable framework of the society. This can be summed up in a sentence: law is ratio, reason, and only secondarily *voluntas*, will, and the legislating act of the ruler must be restrained from deviating from the tracks defined by ratio. Consequently, medieval law did not coincide with the statutes of one monarch or another: their 'acts of will' were legitimate insofar as they confirmed the unwritten law that presided over the social and political order.⁶

The *voluntas* of the ruler was subject to the law conceived as the intrinsic order of the social and political body. The dependence of the *voluntas* on the ratio was indeed a necessary condition of the legitimacy of the sovereign power. According to both theologians and jurists (from John of Salisbury and Thomas Aquinas to Bartolo

⁵ See: Kantorowicz, Ernst H (1967), *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton: Princeton University Press; Ullmann, Walter (1966), *The Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.

⁶ Pennington, Kenneth (1993), *The Prince and the Law, 1200–1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley: University of California Press.

da Sassoferrato) a whimsical and arbitrary exercise of power, inclined to violate the natural order of things, perverts sovereignty and changes it into tyranny. In that case, even the resistance of the subjects can be justified.⁷

The idea that law is a set of norms largely independent from the will of a supreme authority was coherent with the real arrangement of medieval society. First, customary law was relevant and widespread; the kind of law that is essentially based on an immemorial repetition of behaviours and not on the ‘decision’ of anyone. Secondly, medieval society was a complicated network of largely interdependent powers. Even the higher echelons of the political hierarchy, such as kings and emperors, were obliged to face the fierce resistance and autonomy of minor powers and, in turn, established with them relationships of cooperation or conflict. Feudal lords and rural communities, the cities and the king or the emperor, the monarchs, and the feudal lords all fought each other in order to defend or extend their *libertates*, their prerogatives and privileges, their space of autonomy, and the frequent upshot of the conflict was a covenant. It was the covenant that reflected the balance of the opposing forces, assigning to them advantages and burdens respectively. Medieval political power, far from being an ‘absolute’ dominance, relied on a compact, on the mutual acknowledgment of power holders placed at different heights of the social and political pyramid.

Exactly because power depended on compacts, we can find numerous medieval documents, which sanctioned the outcome of a conflict, assigned privileges and burdens, and fixed new rules. The Magna Carta (the result of a covenant made in 1215 between the king and the rebel barons) is a famous example. Formally a grant by the king, substantially it was an agreement among the leading actors of the conflict (the king, the barons, and the Church) about several aspects of social life. Its content covered the spectrum from a detailed exposition of minor rules to the protection of major liberties and rights.

Unlike other feudal charters, the *Magna Carta* has achieved a reputation that no other medieval document can claim. The basis of its renown depends on an interpretative tradition, which presents it as the point of departure of a process that seamlessly joins the medieval with the modern rule of law. How plausible though is this interpretation?

⁷ See: Quagliani, Diego (1983), *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il De Tyranno di Bartolo da Sassoferrato*, Firenze: Olschki; Laarhoven, Jan van (1984), ‘Thou shalt not slay a Tyrant! The so-called Theory of John of Salisbury’, in Wilks, Michael (ed.), *The World of John of Salisbury*, Oxford: Blackwell, pp. 319–41.

It is advisable to avoid a peremptory answer. On one hand, we must beware of falling into the trap of a Whiggish rhetoric and present the *Magna Carta* as the foundation of a rule of law born in the feudal Middle Ages and endowed with all its essential attributes, which reaches the modern democracies only superficially changed. On the other hand, we can detect needs and issues that were already at work in ancient and medieval cultures and see in them what I have called the early roots of the modern rule of law.

We can look at the *Magna Carta* from two different points of view. If we place it in its proper historical context, we must study it as a document of the so-called medieval constitutionalism and cannot emphasize its differences from analogous medieval charters. Things change if we look at it through the glass of its employment in later centuries: in fact, it was in turbulent seventeenth-century England that the *Magna Carta* assumed a new meaning, as it was as presented as the cornerstone of a constitutional fabric, whose substantial innovativeness was legitimized (and disguised) as the restoration and confirmation of the tradition⁸.

If we remain within the boundaries of the Middle Ages, the *Magna Carta* is a faithful expression of medieval political doctrines and practices: the real power of monarchs and emperors was weak and the effective control over the territories was based on compacts between competing powers. The idea of an absolute power of the sovereign and the consequent thesis of the law as a product of the sovereign were familiar to the commentators of *Corpus Iuris*, but came to be overwhelmed by a widespread and prevailing cultural framework, according to which law was not detachable from ratio, from the rational, intrinsic order of things. The prevalent image of the king was consistent with this vision: the image of the king as judge. The king was called not so much to create absent or non-existent rules, but to judge according to a pre-existent and immutable law.

To summarize this issue in a synthetic formula we can employ the well-known term of 'medieval constitutionalism'. This expression makes sense if we intend to affirm that medieval culture focused on the relationship between *voluntas* and *ratio*, sovereignty and law, government of men or government of the law (if we adopt Plato's suggestive distinction) and affirmed the primacy of the law and the subordination of *ratio* to *voluntas*. We must, however, avoid overvaluing the

⁸ See: Holt, James C. (1992), *Magna Carta*, Cambridge: Cambridge University Press; Sandoz, Ellis (ed.) (1993), *The Roots of Liberty: Magna Charta, Ancient Constitution and the Anglo-American Tradition of Rule of Law*, Columbia-London: University of Missouri; Griffith-Jones, Robin and Hill, Mark (eds) (2015), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

substantive (constitutionalism) and undervaluing the relevance of the adjective (medieval or modern). What is lacking to medieval culture is precisely the sense of a dramatic tension between *ratio* and *voluntas*, sovereignty and law: this relationship, which seemed plain and simple to medieval philosophers and jurists, would assume the appearance of being a difficult conundrum in the modern age; and the idea of the rule of law would be developed as only a tentative solution to it.⁹

2. *The near roots of the rule of law: the struggle against monarchical absolutism in England*

Different and independent sources of law; a complicated set of autonomous powers; an idea of society as an immutable and hierarchical order in which the ruler is included as one of its components: these are the main elements that define the semantic area of the so-called medieval constitutionalism. We can refer to it so as to focus on some remote premises of modern rule of law, but we must at the same time consider the relevant breaks that separate the Middle Ages from the modern era.

One of these gaps (and one of the major markers of a slow and complicated ‘modernization’ process) is the increasing weight of the idea that the sovereign is the holder of ‘potestas absoluta’, of a power free from restraint. Monarchs had an urgent need of financial resources in order to carry on expensive and ‘technological’ wars and wanted to siphon off money from cities and subjects without being obliged to come to terms with them. Gradually monarchs were less and less resigned to exerting a weak and mainly symbolic power and began to launch institutions capable of ensuring a better control over territories, in this way encountering the varying ferocity of their subjects’ resistance. A conflict took shape which involved the form of government and the constitution itself. A peculiarly modern tension began to emerge, though in still embryonic forms: the tension between an idea of sovereignty as an independent and irresistible will, and the tendency to believe that individuals should enjoy an irrepressible autonomy. It is in the growing tension between the sovereign and the subjects that we can situate the proximate roots of the rule of law.

Some premise of this coming conflict can be perceived in sixteenth-century France. The king’s efforts to take the control of the land into his own hands increased and a new idea of sovereignty was outlined in the works of Jean Bodin. Thomas Smith – an English jurist – was aware of this trend and disapproved of it in his *De*

⁹ Tuori, Kaarlo (2011), *Ratio and Voluntas: The Tension between Reason and Will in Law*, Farnham-Burlington: Ashgate.

Republica Anglorum (153). In his opinion, the right form of government is a mixed government, shared by the king and the 'three estates of the common wealth'. Very soon however, in England too, monarchs would try to reinforce their power, but the results of their efforts were different than in France. While in France the representative bodies of the cities and of the social classes gradually lost importance and finally ceased to be convened, in England the hegemonic claims of the Stuarts collided with the dogged resistance of the representative parliamentary organ. A choice was at stake between a sovereignty shared by the king and the parliament, and an exclusive power entrusted to the monarch. An aspect of the dispute precisely involved the nature of law: if sovereignty was an absolute power, the will of the ruler was the only and exclusive source of law, and every legal norm indirectly or directly drew its validity from it.

It is against this idea that Edward Coke took a stand at the beginning of the seventeenth century. According to Coke, 'common law' is the glue that holds the society together. And common law is a system of norms, customs and judicial decisions which has nothing to do with the will of anyone, but depends on reason and tradition. Common law is twice (so to speak) rational: it is the outcome not only of natural reason, but also of a more sophisticated reason Coke calls 'artificial'; a reason enforced by the technical knowledge of jurists and judges, who apply it and contribute to its development. There is neither a founding will nor a precise date of birth of common law: the basis of its legitimacy is, on one hand, its intrinsic rationality and, on the other hand, the progress of time, an immemorial tradition which not even the merely political accident of the Norman invasion had broken.¹⁰

The idea of an ancient constitution is still alive, which holds the political body together and cannot be arbitrarily modified. This traditional issue, however, is now rephrased in a quite different context (the conflict between the king and parliament and the contrast between two incompatible ideas of sovereignty), and assumes a new meaning and a different scale.¹¹ It is from here onwards that the Magna Carta begins to play a new role as a component of the common law tradition, which, according to Coke, protects the rights of Englishmen (not only of barons) against the undue

¹⁰ See: Boyer, Allen D. (2003), *Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*, Stanford: Stanford University Press; White, Stephen D. (1979), *Sir Edward Coke and the Grievances of the Common wealth*, Manchester: Manchester University Press.

¹¹ See: Pocock, John Greville Agard (1987), *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century. A Reissue with a Retrospect*, Cambridge: Cambridge University Press; Burgess, Glenn (1992), *The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought (1603–1642)*, Basingstoke-London: MacMillan.

interference of the sovereign. The terms of the conflicts are clear: while the sovereign contends to have an unlimited power and the monopoly of the law, his antagonists defend both the idea of a 'shared' sovereignty and the existence of legal norms that, precisely because independent from the sovereign will, can confer inviolable rights on individuals.

The *Petition of Rights* (1628), which aimed to prohibit political power from arbitrarily restricting the liberty of individuals, was an episode in the wrestling match between the king and parliament and a further stage in the unfolding realization of the ideal of the rule of law. It was a long and rough process that went on for the entire century and resulted (as a consequence of the 'Glorious Revolution' of 1689) in a resounding success: the start, in England, of a peculiar constitutional experiment with no counterpart in continental Europe. An experiment based on a new form of government, a parliamentary government (although still in an embryonic form) and a set of legal restraints to government to defend the fundamental rights of citizens.

Power and law confronted each other yet again and the primacy of the law was again underlined. The ancient antinomies appeared to be still alive and vital: law vs. power, ratio vs. voluntas. From this point of view, we can trace a continuous line from the Middle Ages up to the modern era. Two major novelties, however, break this line: first, a new idea of sovereignty, which exalts the strength and the role of political power, having the task of ensuring order and increasingly being able to achieve this goal; secondly, the importance attached to individuals' rights. Rights were becoming the gravitational nexus of the political and legal system. The long struggle in England against monarchical absolutism was waged in the name of rights: the rights of Englishmen (according to the jurists who, like Coke, moved on the path traced by common law); and the natural rights of every human being (according to the philosophers who, like Locke, developed the axioms of the natural law theory). In any case, individuals' rights with regards to liberty and property now became the aim for which the rule of law was the instrument. The primacy of the law received a definite substance and sense: the protection of the individual's rights.

3. *The near roots of the rule of law: the revolutions of the late eighteenth century*

A modern idea of the rule of law arose in England between the seventeenth and eighteenth centuries. The ancient image of a *potestas sub lege*, of a power subjected to law, returned, but it was now subservient to the need to highlight the individual's

rights. Fundamental rights, originally promoted by two mutually independent traditions – the common law tradition and the natural law philosophy – finally found a point of convergence in the extolment of the English regime: according to William Blackstone, natural rights had found their most faithful implementation precisely in the English law in force.

While the rule of law was a component of the living constitution in eighteenth-century England, it was only an important issue on the agenda of many prominent ‘enlightened’ philosophers living under the still absolutist French regime. In France (and in continental Europe) the rule of law only belonged to a desired and planned alternative society, deeply discordant from the contemporary situation. According to many eighteenth-century philosophers (consider Montesquieu for example), the English constitution was, from this point of view, an important point of reference,¹² but even those reformers who were reluctant to accept unreservedly the ‘British model’, considered overcoming monarchical absolutism an urgent goal. The rule of law was not in any case a self-sufficient aim: it was a tool of leverage in the implementation of individual rights. On the horizon of the widespread natural law theory, rights were conceived as the outcome of human nature and were therefore untouchable and absolute. Far from being determined by sovereignty, rights were a prerequisite of its legitimacy. Fundamental rights and rule of law supported each other.

The individual and his rights (liberty and property) were the guiding star directing the reformers’ plans, and the enlightened sovereign was the necessary means for the implementation of those rights. Two points of this reform plan must be underlined. First, the individual was assumed as the basis of the political order and the condition of its legitimacy. The primacy and (so to speak) the visibility of the individual was an impressive novelty compared to the medieval tradition, which was incapable of focusing on the individual as such, apart from his or her belonging to social bodies and hierarchies. Secondly, the implementation of individuals’ rights required the intervention of the sovereign. Sovereignty (as an ‘enlightened’ sovereignty) was conceived as the natural and indispensable ally of the individual. There was no tension at all between the sovereign and the individual and between will and reason: the will of the sovereign being considered the voice of reason and the shield of the natural rights of the individual.

¹² Tillet, Edouard (2001), *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille.

The ‘enlightened’ philosophers expected from the sovereign a profound change of society and politics, but things went differently from their expectations: an explosive revolution broke out in France at the end of eighteenth century, with unpredicted and decisive consequences.

In what sense did the French Revolution affect the idea of sovereignty? A great novelty was undoubtedly introduced: sovereignty was no longer attributed to the monarch of the *ancien régime*. The only legitimate holder of sovereignty had become the nation, which, redefined by Sieyès on the very eve of the revolution, coincided with the Third Estate and included 25 million unprivileged individuals. The holder of supreme power had changed but the vision of sovereignty was still linked with the eighteenth-century tradition of sovereignty being conceived as an absolute power. Thinking of sovereignty as a limited power was considered a self-contradictory statement. As Hobbes had brilliantly argued, if some competing power limits sovereignty, then it is incapable of reaching its goal, i.e., discouraging conflict and establishing order. Rousseau shared this ‘absolutist’ idea of sovereignty and Sieyès repeated that no rules of any kind could restrain the absolute power of the sovereign nation.

The French revolutionaries shared this idea of sovereignty. According to them, sovereignty could not but be absolute. At the same time, however, its major goal was the implementation of individual rights. The individual rights, those of liberty and property, were in fact an indispensable component of the revolutionary project, starting from the most famous among the revolutionary acts, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen.¹³

An absolute sovereignty and absolute individual rights: how could two ‘absolutes’ peacefully coexist? At the beginning of the revolution, in a climate of enthusiasm and widespread optimism, the implicit tension between sovereignty and rights was understated. Only few keen leading actors of the revolution, such as Sieyès and Condorcet, did not conceal the possibility of a perversion of sovereignty and tried to warn their fellow citizens against the dangers of despotism.¹⁴ The situation

¹³ See: S. Rials, Stéphane (1988), *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Paris: Hachette; Furet, François and Ozouf, Mona (eds) (1989), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. III, ‘The transformation of political culture, 1789–1848’, Oxford: Pergamon Press; Baker, Keith Michael (ed.) (1990), *Inventing the French Revolution: Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁴ See: Bredin, Jean Denis (1988), *Sieyès: la clé de la Révolution française*, Paris: Éditions de Fallois; Pasquino, Pasquale (1998), *Sieyès et l’invention de la Constitution en France*, Paris: Odile Jacob; Magrin, Gabriele (2001), *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, Milano: Angeli.

changed quickly, however. The conflict between the opposing parties within the revolutionary front escalated until the triumph of radical Jacobinism, which offered dramatic evidence of the pervasive and terrible energy of power, capable of threatening and destroying the liberty and safety of individuals.¹⁵

The Jacobin phase of the French Revolution unveiled and highlighted a ‘field of tension’ between sovereignty and rights. With this metaphor, I mean that modern political culture can give up neither the idea of an absolute sovereignty nor the idea of some absolute fundamental rights and, consequently, it is obliged to pursue the almost impossible goal of conciliating two competing absolute principles (sovereignty and rights).

Immanuel Kant had precociously grasped the deep sense of this dilemma and asked how a full accomplishment of a sovereign power could be reconciled with the liberty of subjects. In the light of his theoretical assumptions, he underscores the absolute independence of the law from power. Law is not a contingent, variable element, changed ad libitum by the power’s will. Law is the normative frame within which the relationship among subjects and the coexistence of their respective spheres of liberty are made possible.

In abstract, the law is based on itself and has no need to rely on sovereignty. However, in reality the mutual respect of liberties disposed by law is continuously exposed to the risk of being infringed, because the violation of rules, and a consequent encroachment upon the liberty of others is always possible. The necessary answer to the violation of norms is co-action. It is indispensable therefore that a supreme authority exists, capable of using force. The juridical obligation, though ideally self-sufficient, concretely needs the support of the sovereign power. Sovereignty is however dangerously inclined to oppress the subjects, rather than protect their liberties. In the words of Kant;

man is an animal and if he lives among others of his kind he has need of a Master [...] to break his self-will, and compel him to obey a Will that is universally valid, and in relation to which everyone may be free [...]. But this master is an animal too, and also requires a master.

Kant further adds that this problem is ‘the most difficult of its kind; and, indeed, its perfect solution is impossible. Out of such crooked material as man is made of,

¹⁵ Jaume, Lucien (1989), *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris: Fayard

nothing can be hammered quite straight'.¹⁶ The solution Kant hinted at (though mentioned as a mere asymptotic goal) is the creation of a 'right constitution': a constitution according to which power is rationally settled, so that the State is a tool at the service of law and rights. Kant strongly endorses the idea of a State acting in application of a law, whose validity is independent from the State itself. He therefore conceives the State as a *potestas sub lege*, as a State subject to law.¹⁷ The expression 'Rechtsstaat' (rule of law) does not belong to the Kantian lexicon, but it is not by chance that this neologism, which appeared in the German language between the eighteenth and nineteenth centuries, was at that time labelled as an expression adopted by the followers of Kantian philosophy¹⁸.

Between the eighteenth and nineteenth centuries, the idea of restraining the sovereign power in the name of some fundamental individual rights began to spread even in continental Europe. And this idea is precisely the seed that will grow into the leafy tree of the rule of law theory during the nineteenth and twentieth centuries. The difficulties which legal theory was obliged to confront in continental Europe had their proximate root in a legacy received from the French Revolution: according to it, sovereignty, even if the people and not the monarch were its holder, was nevertheless unlimited and absolute, and the law was its main outcome. In this perspective, law was entirely traced back to the sovereign will and rights grew only in the shadow of the law. On this ground, the Kantian dilemma remained standing, any solution seemingly out of reach.

Instead, a different scenario occurred beyond the Atlantic. In North America, in the second half of the eighteenth century, the British colonies gave rise to the process that would have led them to the conquest of a full autonomy. The creation of a new collective identity and the establishment of a new political organization were at stake, and the conceptual tools and rhetorical resources that the founding fathers resorted to in an attempt to face these difficult tasks came from different cultural traditions, ranging from Locke's natural law philosophy to the republican discourse

¹⁶ Kant, Immanuel (1891), 'Idea for a Universal History from a Cosmopolitan Point of View', in *Kant's Principles of Politics, including his Essay on Perpetual Peace. A Contribution to Political Science*, Edinburgh: Clark, 1891. pp 14–15.

¹⁷ See: Bernd, Ludwig (1988), *Kants Rechtslehre*, Hamburg: Meiner; Unruh, Peter (1993), *Die Herrschaft der Vernunft. Zur Staatsphilosophie Immanuel Kants*, Baden-Baden: Nomos; Kersting, Wolfgang (2004), *Kant über Recht*, Paderborn: Mentis; Niebling, Christian (2005), *Das Staatsrecht in der Rechtslehre Kants*, München: Meidenbauer..

¹⁸ Stolleis, Michael (1990), *Rechtsstaat*, in Erlner, Adalbert and Kaufmann, Ekkehard (eds), *Handwörterbuch zur deutscher Rechtsgeschichte*, Berlin: Schmidt Verlag, IV Band, pp. 367–75; Böckenf. rde, Ernst-Wolfgang (1992), *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

(and historians still debate on the greater or lesser weight of one or the other component).¹⁹

The political and constitutional plan, which provoked lively and sometimes dramatic conflicts, relied on two basic assumptions: on one side, the conviction that rights (liberty and property) were an indispensable heritage of the individual and had to be protected from any interference; on the other side, a full trust in the sovereign people, considered as the driving force of the revolutionary process and the basis of the legitimacy of the political order. The people were sovereign and therefore the holders of the constituent power. The new order did not come from a gradual evolution of pre-existent institutions but was instead the outcome of a constituent decision. The new State could also rely on a written constitution that would later be integrated by the Bill of Rights, which assigned citizens a number of inviolable prerogatives.

A full and unconditioned sovereignty, on one side, and the inviolable rights of the individuals, on the other side: is it possible to reconcile these opposites? It seems that in the new-born American State the same dilemma was looming which the French Revolution had bequeathed nineteenth-century Europe and that Kant would consider intractable. Instead, two elements that could pave the way for a possible solution were engraved in the cultural substance of the American Revolution: the vision of the constitution and the role assigned to the judiciary.

It is true that the constitution is conceived as the outcome of people's sovereignty and not as a limit to it (at least according to Jefferson, if not to Madison). In any case, the omnipotence of popular sovereignty was tempered by all the checks and balances at work in an institutional machine, which had been carefully thought out. The decisive point however is elsewhere, namely the conviction that the constitution and the Bill of Rights are placed at the top of the legal system and enjoy a position that is hierarchically superior to ordinary statutes. It therefore becomes plausible to think of a set of principles and norms that, by virtue of their constitutional status, cannot be modified by simple parliamentary majorities.²⁰

¹⁹ See: Gibson, Alan (2006), *Interpreting the Founding. Guide to the Enduring Debates over the Origins and Foundations of the American Republic*, Lawrence (Kansas): University Press of Kansas. Gibson, Alan (2007), *Understanding the Founding. The Crucial Questions*, Lawrence (Kansas): University Press of Kansas.

²⁰ See: Wood, Gordon S. (1969), *The Creation of the American Republic: 1776–1787*, Chapel Hill: University of North Carolina Press; Lutz, Donald S. (1988), *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge-London: Louisiana State University; Lacorne, Denis (1991), *L'invention de la république: le modèle américain*, Paris: Hachette; Stoner, James Reist (1992), *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes, and the Origins of American*

The turning point was the famous sentence of John Marshall in the case of *Marbury v. Madison* and the consequent formulation of the doctrine of the judicial review. Judge Marshall kept in the background the idea of a full people's sovereignty, but drew attention to the existence of immutable principles enshrined in the constitution, with the result being that a political decision contrary to the constitution could be annulled by a judicial verdict. It was now the judiciary who were to be invested as the guardians of some basic juridical principles and norms, which the Constitution itself wanted to shelter from the variable decisions and vagaries of political power.²¹

Ultimately, the American way to the rule of law aimed to solve the Kantian dilemma in three moves: first, the idea of people's full sovereignty and constituent power was endorsed; secondly, a written constitution was assumed as the cornerstone of the new political order, guided it in all its expressions; thirdly, and consequently, it became possible to denounce the possible discrepancy between any norm and the constitution by opening a gate to judicial review.

4. *Concluding considerations*

First in England then in the United States of America and in continental Europe (during the seventeenth and eighteenth centuries), public opinion began to grasp the crucial importance of an issue, namely the relationship between sovereignty and rights. Individuals need the sovereign's co-active force, so their rights could be implemented, but fearing their realm of freedom being exposed to the uncontrolled decisions of power. Rights are safe only when guaranteed not only by the sovereign but also against him and for this purpose we need a set of indisputable rules and principles, an objective law, capable of binding both sovereign and subject.

The triangle of power, law, and rights is the core of the modern idea of the rule of law. In many European languages, a precise terminology or phrase for the rule of law was still lacking at the end of the eighteenth century. At the beginning of nineteenth century the German expression *Rechtsstaat* (rule of law) was still a neologism that would serve as a model for other languages (for the French *État de droit*, the Spanish *Estado de derecho*, the Italian *Stato di diritto*, and so on). While a

Constitutionalism, Lawrence (Kansas): University Press of Kansas; Casalini, Brunella (2002), *Nei limiti del compasso. Locke e le origini della cultura politica e costituzionale americana*, Milano: Mimesis.

²¹ Kahn, Paul W. (1997), *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven-London: Yale University Press.

definitive expression remained absent, several lexical resources were available in order to voice the principal concern: how to find a reasonable interaction between co-action and liberty, sovereignty, and rights. The idea of the 'rule of law' began to seem the correct instrument. The rule of law was still a seed or a shoot, not an adult plant. It will be in the last two centuries that several theories will be formulated and numerous institutions created in order to demonstrate the conceptual coherence and the practical feasibility of the rule of law.

The full maturity of the rule of law doctrine is relatively recent, but its conceptual core is rooted in previous epochs. In the ancient world and in the Middle Ages a seminal distinction was already clear: the distinction between government of laws and government of men, between the prince's decisions and the impersonal reign of the law. This distinction evokes a radical opposition that runs through Western culture: the opposition between power and law. Power is conceived as the source of acts of will exposed to the risk of partiality and arbitrariness, while law is represented as a set of rational, and therefore impartial and impersonal, norms. Law relates then to reason and power with will.

These remote roots of the modern idea of rule of law were not severed during the modern ages, but rather transformed by the introduction of new needs and new visions. Sovereignty begins to be conceived as a potentially unlimited power, but rights too are claimed with increasing force as the absolute and immutable basis of a legitimate regime. *Voluntas* and *ratio*, power and law confront each other again, but now their relationship is sensibly different from the past. While in the Middle Ages the subordination of reason to will, of power to law, appeared an indisputable aspect of human society, in the modern age the relationship between power and law becomes highly problematic and adversarial. On one side, the main content of the law (or at least its principal function) tends to coincide with the allocation of absolute rights to individuals while on the other, the sovereign claim to being the only source of law. However, if law depends on sovereignty, then rights also risk losing an autonomous and strong foundation.

This is exactly the problem the rule of law doctrines attempted to resolve in the nineteenth and twentieth centuries: how to reach the dual goal of preserving sovereignty and rescuing fundamental rights from the clutch of political decisions. In this scenario, rights assume the semblance of a ratio capable of challenging the decisiveness of power and, not by chance, the most frequent solution proposed by the rule of law doctrines is to leverage the judicial control of political decisions. If

the political power (the parliamentary majorities in modern democracies) is the danger, defence appears to come from the judiciary. The ancient association between law and ratio, and the no less ancient image of the judge as the impartial interpreter of a superior wisdom, still seem capable of exercising some secret fascination.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ:
UN CAMPO DI TENSIONE NELLA MODERNITÀ PENALE

1. *Premessa.*

Un volume dedicato al principio di legalità nel diritto penale non ha bisogno di particolari illustrazioni e giustificazioni, dal momento che il senso e la pregnanza del tema non possono non apparire evidenti al giurista come allo storico e al filosofo del diritto. I numerosi e densi testi di cui si compone il 'Quaderno' possono quindi esser messi a disposizione del lettore senza 'filtri' o 'istruzioni per l'uso', nella convinzione che essi parlino da soli e offrano una messe importante di riflessioni, di informazioni, di suggestioni.

È appena il caso di avvertire che l'obiettivo perseguito non è (né avrebbe potuto essere) la composizione di un quadro storiograficamente completo degli autori e degli istituti coinvolti nello sviluppo del principio di legalità: per raggiungere questo scopo sarebbe stato necessario riscrivere l'intera storia del diritto penale nell'età moderna. Il 'Quaderno' si propone piuttosto di mostrare lo spessore storico-teorico del problema e la contingente molteplicità delle sue impostazioni e delle sue soluzioni.

Data la ricchezza e la varietà dei contributi che compongono il volume, proporre una sintesi o imporre a essi un unico filo conduttore darebbe un'idea impoverita e falsante dei risultati conseguiti. Mi limiterò quindi a richiamare l'attenzione sull'orizzonte problematico entro il quale, a mio avviso, i diversi saggi si collocano.

2. *Il tema di riferimento: il nesso 'individuo-Stato-controllo sociale'.*

Potremmo dare per acquisiti tanto i tratti caratteristici del principio di legalità nel diritto penale quanto le principali scansioni della sua parabola storica¹. Sono le istanze riformatrici del secolo dei lumi a fare proprio del diritto e del processo penale un settore privilegiato di intervento e a fissare una tavola di principî che verranno

¹ È fondamentale, non solo per un'analisi teorica, ma anche per una ricostruzione storiografica del principio di legalità, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

P. Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. VI. Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 127-160.

precisandosi ed esplicitandosi nel corso del tempo senza però che il quadro originario venga sovvertito.

Il processo di secolarizzazione, ormai impetuoso nel secolo XVIII, accentua la distinzione fra foro interno e foro esterno, separa il peccato dal reato e induce a ripensare i fondamenti del diritto di punire non meno delle sue modalità di realizzazione². Al centro di un'auspicata, radicale trasformazione del penale viene collocata la legge. È la legge, espressione di una sovranità illuminata dalla luce della ragione, lo strumento capace di disegnare con tassativa precisione la mappa del lecito e del proibito e di attribuire con altrettanto rigore a ciascun reato la pena corrispondente. Alla legge, e solo alla legge, sembra possibile chiedere il raggiungimento di due obiettivi fondamentali: ridisegnare secondo 'ragione' l'area del penale (introducendo una disciplina chiara, sistematica, sorretta da pochi e fondamentali principi) e offrire ai cittadini (grazie ai caratteri della scrittura, della chiarezza e della pubblicità che la legge deve possedere) una conoscenza previa e certa delle conseguenze delle loro azioni.

Per essere in grado di conseguire questi obiettivi, la legge deve essere applicata, piuttosto che interpretata. Un giudice 'creativo' renderebbe di nuovo incerto e imprevedibile il rapporto fra l'azione (del cittadino) e la sanzione: potrebbe estendere l'ambito di applicazione di una norma ad azioni antecedenti alla sua enunciazione così come potrebbe elaborare nuove figure di reato. Il primato della legge implica quindi la formulazione di due tassativi divieti: il divieto di una sua applicazione retroattiva, il divieto dell'interpretazione analogica (assunta come il più pericoloso strumento a disposizione dell' 'arbitrio' giurisprudenziale).

Nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege; divieto di retroattività della legge penale; divieto di interpretazione analogica: se queste sono alcune delle principali articolazioni del principio di legalità penale, esse appaiono sostanzialmente confermate (in modo ora implicito, ora esplicito) dai saggi pubblicati nel nostro 'Quaderno'. Ciò che apprendiamo da essi va però molto al di là di una semplice

² È un indispensabile punto di riferimento G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976. Imprescindibili sono anche le numerose opere dedicate alla storia della filosofia penale da M.A. Cattaneo, quali M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1966; ID., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, Ed. di Comunità, 1970; ID., *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, De Salvia, 1978; ID., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1988; ID., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990; ID., *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, E.S.I., 2000. Un nitido quadro del problema in G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino, Utet, 1994, pp. 282-329.

convalida o verifica puntuale di uno dei grandi principî giuridici della modernità. I saggi ci forniscono, indubbiamente, anche una conoscenza *maggior*e del principio di legalità penale (attraverso un'analisi ravvicinata degli autori e dei contesti che ne hanno reso possibile la formulazione); essi però soprattutto ci offrono una conoscenza *diversa*: sollecitano a uscire dalla dimensione (pur essenziale) delle definizioni concettuali per avventurarsi nel mondo più opaco e incerto della fenomenologia storica, invitano a diffidare delle verità acquisite e degli automatismi dei 'principî', impediscono insomma di cadere nella trappola delle semplificazioni ideologiche e delle scorciatoie apparenti.

Mi limito a sottolineare due profili. In primo luogo, il carattere essenzialmente moderno del principio di legalità penale. L'inerenza di questo principio alla moderna civiltà occidentale è un dato che viene confermato, ma cessa di essere presentato come un'evidenza (o un luogo comune) per essere colto in tutta la sua problematicità. È ragionevole individuare nell'illuminismo (soprattutto per l'Europa continentale) una cesura (nei confronti del penale pre-moderno) e un punto di origine, una matrice della modernità penale (e, in essa, del principio di legalità). Ciò però non autorizza a ignorare possibili 'prolungamenti' del pre-moderno nel moderno (anche senza arrivare a sostenerne la 'persistenza' fino alla prima guerra mondiale³) né dispensa dal prendere sul serio la complessità del moderno: che non è un monolite di cui venire a capo mettendo in fila qualche 'degnità' filosofica (e fra queste per l'appunto anche il principio di legalità), ma è un pluriverso in movimento, attraversato da incompatibili e conflittuali visioni antropologiche e politico-giuridiche. È appunto la consapevolezza della varietà dei contesti e delle strategie a far apparire ormai abissalmente lontana un'immagine (classicamente liberale o *whig*) della storia come di un processo di progressivo inveroamento di alcuni grandi principî che la civiltà (per definizione, 'moderna') avrebbe acquisito una volta per tutte.

Dall'insieme dei saggi pubblicati nel 'Quaderno' emerge in secondo luogo il ruolo 'strategico' del principio di legalità: un principio non già collocato nel salone di rappresentanza del palazzo penale per essere fatto oggetto di retorici e rituali omaggi, ma presentato piuttosto come una struttura portante, strettamente collegata con le parti vitali dell'edificio. Assunto ad oggetto di ricostruzione storica, il principio di legalità penale finisce quindi per essere, più che un autosufficiente

³ È la tesi di A. MAYER, *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima guerra mondiale*, Bari, Laterza, 1982.

oggetto di analisi, un momento di collegamento fra temi diversi e tuttavia concorrenti nell'attribuire all'area del penale la sua specifica configurazione.

Mi sembra che il plesso tematico evocato dal principio di legalità penale sia il seguente. È imprescindibile un profilo antropologico: l'esigenza di rappresentare l'individuo mettendone a fuoco i caratteri e le prerogative essenziali. Il fuoco del discorso non è però l'individuo come tale: l'individuo è il momento di un processo che ha, a un suo estremo, la costruzione dello Stato e, all'altro estremo, il conseguimento del controllo sociale, la realizzazione di una società disciplinata. È sullo sfondo del nesso 'individuo-Stato-disciplinamento sociale' che si sviluppa la dogmatica penalistica otto-novecentesca, si delineano le diverse strategie penali, emerge in tutta la sua portata (tendenzialmente aporetica) la tensione fra 'oggettivismo' e 'soggettivismo'⁴: fra la costruzione 'dogmatico-giuridica' del reato e l'analisi 'socio-antropologica' del criminale. Sono questi, mi sembra, i principali nuclei tematici della rete tessuta intorno al principio di legalità penale e ricostruita (in modi diversi e da differenti angolature prospettiche) dai saggi pubblicati nel 'Quaderno'.

3. Il momento delle origini: fra Sette e Ottocento.

Già *in statu nascenti*, nel quadro del riformismo illuministico, il principio di legalità penale non è separabile da un'antropologia e da una politica che proprio nel Settecento vengono ridefinendosi in stretta sinergia.

Siamo di fronte a una vicenda singolarmente complessa. Un primo aspetto che occorre tenere presente è che sta giungendo a maturazione un plurisecolare e faticoso processo di concentrazione del potere nel vertice sovrano. Da questo processo l'area del penale era stata precocemente investita: se il sovrano si accredita come la condizione indispensabile dell'ordine, un'efficace repressione dei *delicta* sembra reclamare il ricorso a un potere forte e centralizzato. Ci si allontana gradualmente dalla giustizia negoziata e comunitaria della prima esperienza medievale per

⁴ Sulla dialettica fra 'oggettivismo' e 'soggettivismo' cfr., nel dibattito attuale, le importanti riflessioni di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004; ID., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in «Cassazione penale», XLVI, 2006, 2, pp. 735-777; ID., *'Fatto' e 'autore' nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, pp. 1525-1543 e di A. MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento. La disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in «L'indice penale», Nuova Serie, IX, 2006, 2, pp. 509-555.

approdare a un'organizzazione burocratica e gerarchica della funzione giurisdizionale⁵.

Il principio di legalità penale viene formandosi in stretta connessione con l'instaurazione di una nuova (possiamo dire moderna) sovranità⁶. Non a caso una precoce e limpida formulazione del divieto di retroattività della legge penale è dovuta al più lucido teorico dell'assolutezza del potere: Thomas Hobbes. La repressione del crimine presuppone per Hobbes un rigoroso sistema di norme positive, irretroattive, scritte e adeguatamente pubblicizzate: «infatti premesso che, in assenza della legge, non c'è alcuna trasgressione della legge medesima, e che la punizione presuppone che l'azione sia stata giudicata trasgressione della legge, segue che un male inferto prima dell'emanazione di una legge non è una punizione ma un atto di ostilità»⁷.

Assolutezza del potere e razionalizzazione del sistema normativo sono aspetti, in Hobbes, complementari perché entrambi funzionali a uno scopo decisivo: la creazione di un ordine artificiale (l'unico ordine possibile) capace di garantire all'individuo il bene primario della sicurezza.

Si scorge in filigrana nelle pagine di Hobbes il nesso destinato a continue conferme (e a continue variazioni) entro il discorso penale della modernità: il nesso fra sovranità, individuo e principio di legalità. E si ravvisa altresì il carattere non già formale ed estrinseco, ma sostantivo e decisivo (per la sorte dei soggetti) della legalità penale.

Certo, la sicurezza del soggetto è, per Hobbes, procurata, e non minacciata, dal sovrano. La legge è funzionale alla sicurezza dei sudditi in quanto, vincolandoli all'obbedienza, impedisce il conflitto. La legge introduce non già la libertà, ma la soggezione (la libertà dei sudditi inizia, per Hobbes, dove finisce l'impero della legge) e proprio per questo rende possibile la sicurezza.

Perché non solo la sicurezza, ma anche la libertà appaiano garantite dalla legge devono intervenire la visione antropologico-politica di Locke e la riflessione politico-giuridica di Montesquieu. Cade il nesso disgiuntivo (tipicamente hobbesiano) fra libertà e legge. Per Montesquieu la libertà è agire nell'orbita della legge: è questa che rende al contempo lecita e sicura (protetta, garantita) l'azione

⁵ Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205.

⁶ Cfr. i saggi di Clara ÀLVAREZ ALONSO e di Giorgia ALESSI, *infra*.

⁷ Th. HOBBS, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, Laterza 1974, II, 28, p. 256. Rinvio in proposito al saggio di Giorgia ALESSI, *infra*.

individuale⁸. La libertà-sicurezza non è però un effetto automatico della legge: le «leggi particolari», e in particolare le leggi penali, possono mettere a repentaglio la sicurezza individuale operando come strumenti di oppressione anziché di garanzia. «È dunque dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino»⁹.

La libertà-sicurezza dipende dalla legge del sovrano, ma la legge non è automaticamente 'buona'. Non basta ottenere dal sovrano la sicurezza derivante dall'eliminazione del conflitto; occorre coinvolgerlo in una profonda trasformazione dell'ordine sociale e giuridico in nome delle esigenze 'assolute' (dei diritti naturali) dei soggetti. La crescente affermazione del centro sovrano deve misurarsi con le agguerrite pretese di un nuovo soggetto. È in questo campo di tensione che viene attratto il principio di legalità penale: esso presuppone il costituirsi di una moderna ('hobbesiana') sovranità, ma non può esaurirsi nella celebrazione della legge perché è sensibile alle ragioni del soggetto; di un soggetto che ha bisogno del sovrano, ma nutre al contempo ambizioni che vanno oltre la mera protezione dal conflitto.

Non basta celebrare la legge: occorre riformarla per renderla congruente con un ordine politico-sociale costruito intorno alla libertà-proprietà del soggetto. L'ordine fondato sulla differenziazione dei soggetti e sulla loro disposizione gerarchica cessa di apparire l'unico ordine possibile. Si diffonde per mille rivoli nella cultura settecentesca la convinzione di poter immaginare un'alternativa: non già un immaginario mondo impossibile (un non-luogo, una u-topia utile soltanto per guardare in controluce la realtà), bensì un assetto diverso ma realizzabile, progettato alla luce di alcuni semplici principî costruttivi¹⁰.

La critica dell'esistente e la progettazione di un ordine alternativo si sorreggono a vicenda. L'ordine dei ceti, dei corpi, delle gerarchie deve cedere il posto all'ordine dei soggetti (giuridicamente) eguali. Certo, le proposte riformatrici che investono il sistema giuridico sono le più diverse, ma il loro senso complessivo è inseparabile dall'immagine e dal progetto di un ordine nuovo. Il rifiuto del diritto giurisprudenziale non è una scelta accademica: è una strategia di attacco a un ordine gerarchico-cetuale che aveva trovato nella discrezionalità dell'interpretazione giudiziale e nel recondito sapere del giurista uno specchio nel quale riflettersi e un sostegno del quale avvalersi. Attaccare il diritto giurisprudenziale è una mossa di

⁸ Ch.-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, UTET, 1952, XII, 1, p. 320.

⁹ Ivi, XII, 2, p. 321.

¹⁰ Cfr. il saggio di Aurelio CERNIGLIARO, *infra*.

una partita la cui posta in gioco è una profonda trasformazione degli esistenti equilibri di potere; una trasformazione di cui la legge è insieme oggetto e strumento. *Lex* contro *ius*¹¹: la legge come l'espressione e il baluardo dell'eguaglianza dei soggetti di contro a un diritto giurisprudenziale intimamente collegato alla logica oligarchica dei ceti privilegiati.

Da ciò due conseguenze. In primo luogo, la legge ha un ruolo non finale, ma strumentale. Non vale in quanto tale: è legittima nella misura in cui promuove, difende, garantisce i diritti naturali dei soggetti. Sono i diritti e non lo Stato e la sua legge l'epicentro dell'ordine nuovo. In secondo luogo, la legge, perché svolga la funzione che ad essa compete, deve essere essa stessa 'riformata': per un verso, deve essere 'razionalizzata', deve essere chiara, comprensibile, accessibile a chiunque; per un altro verso, deve essere plasmata in funzione della libertà, proprietà e sicurezza dei soggetti. Solo a questo patto essa può essere assunta come una componente indispensabile di un ordine nuovo.

Caratteristica del riformismo settecentesco non è l'immagine di uno Stato autosufficiente o di una legge comunque 'buona'. È vero semmai che è ancora diffuso un notevole ottimismo nei confronti della sovranità: è ampiamente condivisa la convinzione (che possiamo far risalire alle guerre di religione e alle soluzioni raccomandate dai *politiques*) che la sovranità (se fondata sul consenso e illuminata dalla ragione) è la migliore alleata del soggetto, l'indispensabile custode della sua incolumità. Il risultato è che la legge appare nel discorso dei riformatori come una realtà sfaccettata: come espressione di una nuova (anti-oligarchica) politica del diritto; come garanzia e regola di svolgimento della libertà-proprietà dei soggetti; come tramite della sicurezza che il sovrano deve assicurare ai cittadini.

È in questa prospettiva che prima Montesquieu e poi Beccaria sottolineano l'urgenza di una riforma della legge penale imponendo questo tema all'attenzione dell'intera cultura europea.

Con particolare evidenza in Beccaria, grazie all'impiego congiunto del paradigma contrattualistico e dell'etica utilitaristica, l'individuo si pone come il centro dell'ordine, il fondamento e il fine della sovranità. L'ordine nasce da una decisione dei soggetti; la decisione di perdere qualcosa della totale libertà originaria per ottenere in cambio dal sovrano la sicurezza: «la somma di tutte queste porzioni di libertà, sacrificate al bene di ciascheduno, forma la sovranità di una nazione

¹¹ Per usare l'icastica contrapposizione impiegata da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 74 ss.

[...]»¹². È un razionale calcolo dell'utile che presiede alla fondazione della sovranità: lo svantaggio (la quota di libertà perduta) deve essere rigorosamente proporzionale al vantaggio (la quota di sicurezza acquisita). Il potere del sovrano (e quindi anche la sua più incisiva estrinsecazione, il diritto di punire) è limitato funzionalmente: «le pene che oltrepassano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica, sono ingiuste di lor natura [...]»¹³.

Se la sicurezza dei soggetti è il fondamento del diritto di punire, la riforma della legislazione penale deve risolversi in una sistematica riduzione della violenza non necessaria: tanto della violenza repressiva dello Stato quanto della violenza aggressiva dei criminali. Alla violenza inutile dello Stato si opporrà il principio della mitezza della pena; alle tendenze criminali dei soggetti si risponderà rendendo certa la pena e impossibile l'impunità.

Dalla combinazione della mitezza delle pene con la rigorosa certezza della loro applicazione Beccaria si attende il conseguimento della sicurezza. È in vista di questo risultato che il sovrano è legittimato a punire: *non quia peccatum est, ma ne peccetur*.

La prevenzione indica la destinazione di senso dell'intervento punitivo del sovrano, anche se il presupposto della condanna è ovviamente la violazione di una legge, previamente nota e precisa nel prospettare divieti e sanzioni. Per Beccaria la punizione viene inferta *poiché* una legge è stata trasgredita e *affinché* simili trasgressioni non si ripetano. Il calcolo utilitaristico interviene non già nel momento della condanna (e in funzione di essa), ma *prima* di essa (guidando il legislatore nella redazione delle norme penali) e *dopo* di essa, inducendo a sperare negli effetti socialmente dissuasivi della punizione (sembra quindi sfocata l'accusa rivolta a Beccaria – su cui si è insistito a partire dal diffondersi delle teorie retribuzioniste – di una riduzione dell'essere umano da fine a mezzo).

Non è peraltro una novità fare affidamento sull'efficacia preventiva della sanzione penale. La convinzione che le pene dovessero essere 'esemplari' e proprio per questo capaci di frenare gli istinti criminali dei consociati era presente nella penalistica 'tradizionale'. Certo, l'impostazione utilitaristica di cui si fa promotore Beccaria introduce uno scarto rispetto alla tradizione. La vera discontinuità sta però altrove: sta nel distacco (lucidamente analizzato da Foucault¹⁴) da una

¹² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. Pisapia, Milano, Giuffrè, 1973, II, p. 11.

¹³ Ivi, pp. 12-13.

¹⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

rappresentazione ridondante, scenografica ed 'eccessiva' della pena, nella rinuncia a celebrarla come una 'festa' pubblica', e nel tentativo di realizzare una 'riduzione del penale nei limiti della ragione', al fine di controllare il *quantum* di violenza indispensabile.

La centralità della legge, la condanna dell'arbitrio dei giudici, la riforma del diritto penale nascono insieme, come momenti complementari di un progetto riformatore strettamente legato a una nuova antropologia filosofica. Il principio di legalità penale non è separabile da una complessiva visione del reato e della pena ed entrambi dipendono da una precisa idea di soggetto: un soggetto libero e proprietario, capace di controllare se stesso, di proiettarsi verso il futuro, di distinguere fra un vantaggio immediato ma effimero e un beneficio differito ma solido. È questo l'individuo pienamente libero e compiutamente razionale che Beccaria presuppone nel momento in cui collega alla certezza delle norme e delle pene un'efficacia dissuasiva capace di frenare le spinte aggressive dei soggetti: un individuo (lockianamente) capace di controllare se stesso e di investire oculatamente le sue energie e perciò in grado di essere proprietario non solo (come tutti) del proprio corpo, ma anche di beni 'esterni'; un individuo capace di prevedere e valutare razionalmente le conseguenze delle sue azioni.

Non è diversa l'antropologia che costituisce il presupposto della teoria giuridica benthamiana. Per Bentham il diritto coincide con la legge del sovrano. È difficile trovare, fra Sette e Ottocento, una più lucida e coerente celebrazione della legge (che si accompagna a uno sferzante attacco al carattere iniziatico, misterioso, 'sacerdotale', dell'antica sapienza giuridica come della tradizione giurisprudenziale inglese). E tuttavia nemmeno Bentham valorizza la legge come tale. Non gli basta che una legge sia legge: occorre che essa (e a maggior ragione il codice in quanto coerente e completo sistema normativo) sia funzionale alla felicità del maggior numero.

Lo scopo della legge è la felicità (cioè la valorizzazione della libertà-proprietà) dei soggetti. Quando di legge penale si tratti, essa dovrà infliggere la minore sofferenza compatibile con il conseguimento della sicurezza e con la prevenzione della criminalità: anche per Bentham, la legittimità e il funzionamento della legge penale riposano sull'ipotesi di un soggetto perfettamente razionale, capace di controllare se stesso e di calcolare le conseguenze della sua azione. Solo presupponendo un soggetto capace di anteporre il vantaggio differito ma superiore

al vantaggio immediato ma inferiore è possibile fare affidamento sulla funzione preventiva della legge penale.

Bentham introduce però anche una complicazione del quadro. Se è vero che la legge penale è pensata su misura di un individuo pienamente razionale e questi a sua volta coincide con l'individuo proprietario (secondo una tesi che Bentham raccoglie da una lunga tradizione e riformula nel quadro delle sue coordinate teoriche), per la maggioranza dei soggetti l'effetto deterrente della sanzione rischia di restare lettera morta. Occorre fare i conti con una moltitudine di soggetti non proprietari, dominati dall'immediatezza dei bisogni, tendenzialmente irrazionali, incapaci di autonomia: di essi il potere pubblico deve occuparsi attivamente; deve *governarli*. Governare i soggetti significa anche venire incontro (con interventi assistenziali pubblici e privati) alle loro necessità vitali¹⁵. Resta comunque alto per essi (per i membri di quelle classi che l'Ottocento continuerà a chiamare *dangereuses*) il rischio di compiere azioni trasgressive. Non basta allora minacciarli (*ante delictum*) e punirli (*post delictum*): occorre neutralizzare la loro pericolosità, controllarli, disciplinarli; occorre riformare non solo la legge penale ma anche la concreta organizzazione della pena utilizzando la detenzione carceraria come un sapiente strumento di 'disciplinamento' del trasgressore¹⁶.

Il passaggio dal regime 'antico' al nuovo regime (un passaggio che in tempi diversi e modalità differenti coinvolge l'intera Europa¹⁷) include, certo, la ridefinizione del soggetto e dei suoi diritti e un nuovo tipo di rapporto fra il soggetto e il potere (fra la società e lo Stato), ma implica anche la tematizzazione (lucidamente esplicitata da Bentham) di una sorta di sdoppiamento del soggetto: accanto alla classe dei cittadini compiutamente razionali e autonomi esiste la classe degli individui eteronomi e pericolosi e ciascuna di queste classi intrattiene un rapporto diverso con il potere pubblico.

¹⁵ Un importante contributo alle molteplici valenze del 'governo' dei soggetti è offerto dalle riflessioni foucaultiane sulla 'governamentalità'. Cfr. M. FOUCAULT, *La 'governamentalità'*, in «Aut Aut», 167-168, 1978, pp. 12-29; G. BURCHELL, C. GORDON, P. MILLER (a cura di), *Studies in Governamentalities, with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, London, Harvester Wheatsheaf, 1991; M. FOUCAULT, *Biopolitica e liberalismo*, a cura di O. Marzocca, Milano, Medusa, 2001.

¹⁶ Cfr. D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario, 16.-19. secolo*, Bologna, Il Mulino, 1979; M. IGNATIEFF, *Le origini del penitenziario: sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, Milano, A. Mondadori, 1982; M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, Martina, 1996²; E. SANTORO, *Carcere e società*, Torino, Giappichelli, 2004².

¹⁷ Non fa eccezione nemmeno lo Stato della Chiesa. Cfr. il saggio di Maria Rosa DI SIMONE, *infra*.

È vero quindi che è in funzione di un nuovo soggetto che il principio di legalità viene affermandosi. Al contempo però esso non può non fare i conti (implicitamente o esplicitamente) con il carattere complesso e solo apparentemente unitario di quella soggettività che costituisce il suo obbligato punto di riferimento.

4. *Dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale: i campi di tensione.*

Emergono nella fase della genesi e della prima formulazione del principio di legalità le caratteristiche che fanno di quel principio non un dogma, un concetto inerte e immobile, ma l'epicentro di una strategia che si misura con tre diversi aspetti della dinamica politico-giuridica: in primo luogo, con la sovranità e con le sue trasformazioni (teoriche e istituzionali); in secondo luogo, con la strumentazione normativa dell'ordinamento e in particolare con il rapporto fra l'enunciazione delle norme e la loro interpretazione-applicazione; in terzo luogo, con i soggetti, che sono comunque il presupposto e il fine ultimo dell'intero processo.

Sono questi i temi coinvolti dal principio di legalità, nel corso del suo sviluppo otto-novecentesco: uno sviluppo che appare non già il pacifico e indolore svolgimento di alcune premesse ormai acquisite, ma il prodotto di tensioni che tendono a riproporsi pur producendo risultati volta a volta diversi.

4.1 *L'ambivalenza della legge.*

Per quanto riguarda il primo tema – il nesso sovranità-legalità – conviene tener presente la lunga ombra proiettata dall'immagine hobbesiana della sovranità sulla cultura giuridica della modernità; una cultura che (nel secondo Ottocento) elabora l'idea dello Stato come persona giuridica sovrana e presenta la legge come l'espressione più alta della sua irresistibile volontà.

La trionfante sovranità statale deve però fare i conti con un'esigenza che, a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento, trova anch'essa una sua originale legittimità e una sua moderna incarnazione: l'esigenza di porre limiti al dispiegarsi del potere; l'esigenza di contrapporre all'arbitrarietà del potere la regolarità e la prevedibilità del diritto.

La legge racchiude in se stessa una doppia valenza: traduce nella forma del diritto l'onnipotenza del sovrano, ma al contempo ambisce a proporsi come il binario obbligato lungo il quale l'azione dello Stato deve svolgersi o addirittura come una

regola cui anche lo Stato deve inchinarsi. È con il duplice volto della legge che si misura la teoria ottocentesca dello Stato di diritto: la teoria – jheringhiana e jellinekiana – della ‘autolimitazione’ dello Stato si accredita appunto come il più brillante tentativo di conciliare l’idea di uno Stato *sub lege* con l’assioma irrinunciabile della centralità e onnipotenza statale¹⁸.

È questo il campo di tensione che riverbera i suoi effetti sul principio di legalità penale: che da un lato, facendo leva sulla centralità e ‘maestà’ della legge, si presenta come garanzia di razionalità e di buon governo, mentre dall’altro lato, in ragione della sua portata meramente formale, si presta ad essere attratto, se non assorbito, dal vortice assolutistico della sovranità. Con apparente paradosso, è proprio lo spessore giuridico-formale del principio di legalità che, per un verso, scoraggia l’individuazione di limiti sostantivi giuridicamente opponibili al sovrano, ma, per un altro verso, costituisce anche uno sbarramento nei confronti delle tendenze espansionistiche del potere ‘puro’.

È su questo fragile equilibrio che il gioco della legalità viene condotto lungo tutta la parabola del *Rechtsstaat* liberale: un equilibrio risultante dall’urto di tendenze contrapposte, che da un lato spingono verso la liberazione del potere dagli impacci e dai limiti che lo frenano, mentre dall’altro lato reclamano il primato della norma, della ‘regolarità’, del rispetto dei vincoli formali.

Si pensi al tema (fondamentale sul doppio fronte costituzionale e penale) della legislazione di emergenza. Quando Mario Sbriccoli vuole individuare i «tratti permanenti» – come egli li chiama – della storia penale dell’Italia unita (in un lungo arco di tempo compreso fra il 1860 e il 1990)¹⁹ non esita a indicare, primo fra questi, il ricorrente impiego di una legislazione penale eccezionale giustificata alla luce del ‘principio di necessità’²⁰. La sospensione del principio di legalità appare quindi, in tutta la storia italiana, una ‘eccezione ricorrente’ (come potremmo dire con un pregnante ossimoro).

La permanenza dell’eccezione non risulta peraltro un tratto caratteristico soltanto dello Stato italiano: possiamo agevolmente trovare significative convergenze in

¹⁸ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170.

¹⁹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d’Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551.

²⁰ Cfr. sulle applicazioni di questo principio C. LATINI, *Governare l’emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 95 sgg. Cfr. anche le suggestive considerazioni di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, I, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

numerosi ordinamenti coevi, oltre che nella storia degli Stati italiani pre-unitari²¹. Siamo di fronte non già a scelte casuali e contingenti, ma alle obbligate epifanie di tensioni interne alla dinamica politico-giuridica dell'Europa moderna fino dalle sue prime manifestazioni: basti pensare alla Francia rivoluzionaria, quando la Costituente dà vita a un codice penale esemplarmente ispirato a un principio di stretta legalità, che però viene rapidamente affiancato da provvedimenti penali speciali (per usare le espressioni di Roberto Martucci) «di portata squisitamente intimidatrice», tanto da dar luogo a una sorta di «regola annichilita dall'eccezione»²².

In tutto l'arco della civiltà liberale (dai suoi esordi fino alla crisi novecentesca) il principio di legalità penale è, sì, un indispensabile punto di riferimento, ma è al contempo il polo di un campo di tensione che ha all'altro estremo la fatale attrazione del potere per la logica dell'eccezione. È appunto su questo fragile gioco di equilibrio, su questa improbabile armonizzazione dei contrari che la civiltà liberale si regge.

È comunque opportuno ricordare che un siffatto gioco di equilibrio è rigorosamente limitato allo spazio europeo e occidentale. Fuori d'Europa, nei paesi colonizzati dalla trionfante e plurisecolare espansione dei principali Stati europei, il potere assoggetta gli individui senza dover fare i conti con quei principî e con quei meccanismi politico-costituzionali (dalla divisione dei poteri alla rappresentanza politica, al protagonismo del soggetto, al principio di legalità) che nella metropoli sono il fiore all'occhiello della modernità giuridica²³.

Lo scenario cambia anche in Europa (almeno per alcuni paesi) quando il liberalismo giuridico cade travolto dai nuovi regimi 'totalitari'. Il sofisticato meccanismo che lo faceva funzionare si rompe: il potere si dispiega in tutta la sua nuda radicalità e la politica diviene 'assoluta'²⁴, dimostrando (*a contrario*) che i vincoli, ancorché formali, con il quale il potere nel secolo precedente aveva dovuto fare i conti non erano lustrini o *flatus vocis*, ma avevano reso possibile un equilibrio dal quale scaturivano effetti di libertà e garanzia.

²¹ Cfr. il saggio di Gian Savino PENE VIDARI, *infra*.

²² Cfr. il saggio di Roberto MARTUCCI, *infra*, p.

²³ Su questo punto posso rinviare in blocco al volume 33-34 (2004-2005) dei «Quaderni Fiorentini», dedicato a *L'Europa e gli 'altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*.

²⁴ Cfr. A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta*, Milano, Feltrinelli, 1993, pp. 43 ss. Ho mutuato da Pizzorno l'espressione 'politica assoluta' impiegandola in *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 4., L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 360 sgg. per mettere a fuoco, per un verso, l'annullamento della dialettica fra diritto e politica, e, per un altro verso, la manipolazione illimitata dei soggetti.

Certo, il collasso della legalità penale si esprime in forme sensibilmente diverse in Italia, in Germania, in Unione Sovietica (sappiamo quanto sia problematico ricorrere a un modello unitario – il totalitarismo – per cogliere convergenze strutturali fra regimi per tanti aspetti diversi). In Germania la liquidazione delle garanzie formali assume una peculiare radicalità. Non viene semplicemente esautorato il formalismo giuridico a vantaggio della componente ‘hobbesiana’ della tradizione moderna. Non ci si limita a optare per l’uno o per l’altro estremo (per la legge come espressione della decisione sovrana piuttosto che per la legge come vincolo formale al dispiegarsi della volontà statale): si compie un passo decisivo *oltre* il campo di tensione entro il quale si svolgeva il principio di legalità nella sua vicenda ottocentesca per far emergere il potere allo stato puro e fluido, antecedente e superiore a qualsiasi precipitazione istituzionale. È da questa scelta di fondo che dipendono la riduzione dello Stato a mero strumento, la centralità del partito, la personalizzazione estrema del potere.

La scelta del regime fascista è (in qualche misura) diversa. Resta al fondo la convinzione che è la politica (nella sua strutturazione burocratico-carismatica, come vorrei dire ricorrendo a un apparente ossimoro) ad avere l’ultima parola (ed è una convinzione conclamata soprattutto da quegli intellettuali e giuristi ‘militanti’ che insistono sull’anima rivoluzionaria del fascismo). Il primato della politica tuttavia tende a tradursi e a stemperarsi in una (assai più tradizionale) celebrazione dell’onnipotenza dello Stato. Non viene quindi espunto dalla retorica del regime (come accade, dopo un rapido dibattito, in Germania) il frasario dello Stato di diritto e non viene bandito il principio di legalità: si preferisce piuttosto bloccarne il moto pendolare sul polo dell’autorità, anziché su quello della garanzia.

Piegata la legalità a valere come semplice conferma dell’onnipotenza statale, quel ‘tratto permanente’ (per usare ancora l’espressione di Mario Sbriccoli) della storia italiana – la strategia dell’eccezione (e quindi la compressione delle regole e la moltiplicazione e la differenziazione degli interventi repressivi) – trova numerose e impressionanti conferme nel ventennio fascista²⁵.

Ancora diversa sembra essere la sorte del principio di legalità nel regime sovietico. Il punto di partenza è pur sempre l’idea di una ‘politica assoluta’, di una politicizzazione integrale capace di modellare l’intera società a partire da un centro di potere diverso e superiore all’apparato statale, ma l’approdo è l’idea di una legalità

²⁵ Cfr. il saggio di Guido NEPPI MODONA, *infra*.

‘socialista’, introdotta nella convinzione di poter combinare il decisionismo del potere con la solidità istituzionale dell’organizzazione burocratica.

Se i totalitarismi spezzano (ciascuno a suo modo) l’equilibrio che l’età liberale aveva instaurato fra i due volti della legge, i regimi costituzionali instaurati nel secondo dopoguerra nell’Europa occidentale non intendono varare un meccanico ‘ritorno all’indietro’, una mera restaurazione della legalità ottocentesca. Al contrario, nasce, all’interno del nuovo costituzionalismo, un’inedita immagine della legalità. Gli ordini giuridici creati sulle ceneri dei totalitarismi sconfitti trovano il loro fondamento non tanto nello Stato e nella sua sovranità, quanto nella persona e nei suoi diritti. Lungi dal dipendere dallo Stato, i diritti fondamentali ne costituiscono il supporto strutturale e il criterio di legittimità. Cessa allora l’ottocentesco moto pendolare del principio di legalità, oscillante fra le opposte idee di legge-potenza e di legge-garanzia; cessa perché non ci si limita a privilegiare la seconda sulla prima. Al contrario, il circolo si spezza dal momento che si dispone ormai di un approdo meta-legislativo e meta-statuale (ma non metapositivo) – i diritti fondamentali enunciati dalla costituzione – al quale ricondurre (e dal quale far dipendere) l’intero ‘discorso della legalità’.

4.2 *Il momento dell’interpretazione.*

L’orizzonte entro il quale si viene sviluppando il principio di legalità nel corso dell’Ottocento è l’ambivalenza della legge; una legge che si presenta, al contempo, come simbolo della sovranità dello Stato e come baluardo della libertà dei cittadini.

Pur nella sua continua oscillazione fra questi estremi, il principio di legalità incide comunque a fondo sul sistema delle fonti del diritto. Introdurre un’inedita ‘gerarchia delle fonti’ è un obiettivo dichiarato dei riformatori settecenteschi, convinti che solo attraverso una radicale ristrutturazione dell’ordinamento fosse possibile la creazione di una società diversa. La celebrazione della legge, la polemica contro il protagonismo degli organi giurisdicenti e la condanna di un’interpretazione ‘creativa’ erano gli strumenti di una precisa *politica* riformatrice e non il frutto di un’astratta scelta dottrinarica.

La tesi ampiamente condivisa dai riformatori settecenteschi secondo la quale la libertà-sicurezza dei soggetti dipende in buona misura dalla certezza della pena (dalla rigorosa, chiara, previa determinazione dei reati e delle sanzioni e della loro precisa, non discrezionale applicazione) resta al fondo del liberalismo giuridico

ottocentesco, che però tende a concentrare la sua attenzione sul ruolo centrale dello Stato, presentato come determinante non solo per l'ordine ma anche per la libertà dei soggetti. Lo Stato nazionale (con la sua struttura rappresentativa e burocratica) diviene il principale punto di riferimento delle classi (politicamente e socialmente) dirigenti e del ceto giuridico a esse organicamente collegato (così come l'assetto gerarchico-cetuale della società di antico regime si era rispecchiato fedelmente nella sofocrazia dei giuristi e dei giudici).

Alla centralità del nuovo Stato nazionale corrispondono la formazione e la diffusione di una teoria giuspositivistica dell'ordinamento e dell'interpretazione-applicazione del diritto; una teoria che, da un lato, riconduce il diritto alla legge e, dall'altro lato, presenta l'interpretazione come una semplice esplicitazione del significato proprio (e univocamente accertabile) del testo normativo e riduce l'attività giurisprudenziale a un'operazione 'sillogistica', che dalle premesse (la norma e il fatto) ricava ('deduce') con meccanico rigore la norma del caso singolo.

In questo contesto è tassativo il divieto del ricorso all'analogia nell'interpretazione-applicazione giurisprudenziale della legge: il procedimento analogico sembra essere la finestra dalla quale potrebbe rientrare l'arbitrio giudiziale messo in fuga dal principio di legalità. Le conseguenze giuridiche delle azioni cesserebbero di essere prevedibili e verrebbe quindi compromessa la possibilità di una decisione libera perché informata.

Il divieto di analogia costituisce una delle più significative espressioni del principio di legalità penale, sullo sfondo del *Rechtsstaat* liberale. Non è quindi sorprendente che quel divieto venga revocato nelle due esperienze totalitarie che della tradizione dello Stato di diritto costituiscono la più radicale sconfessione: nella Germania nazionalsocialista e nella Russia sovietica.

Ancora una volta, non siamo di fronte a una scelta dottrinarica o tecnico-giuridica: non è in questione la comparazione dei meriti e demeriti attribuibili al diritto legislativo e al diritto giurisprudenziale. L'obiettivo, in Germania come in Russia, è moltiplicare gli strumenti capaci di accogliere e trasmettere, senza mediazioni e senza filtri, le decisioni dell'élite. Lungi dal potenziare il ruolo del giudice, l'allargamento dei suoi poteri discrezionali va di pari passo con la sua indiscriminata soggezione alle direttive del vertice 'carismatico-burocratico'. Il protagonismo apparente del giudice cela la sua reale subalternità, la sua soggezione a una politica priva di freni e di vincoli normativi.

Là dove il quadro giuridico-istituzionale mantiene invece un ruolo più consistente e una parvenza di autonomia, come avviene con il fascismo (con il suo totalitarismo ‘imperfetto’ o ‘attenuato’), il divieto dell’analogia resta in piedi e per il conseguimento dei suoi obiettivi il regime fa affidamento, per un verso, sul doppio binario della ‘norma’ e della ‘eccezione’ (della giurisdizione ordinaria e del Tribunale speciale) e, per un altro verso, sulla fascistizzazione (che mira ad essere integrale) dei funzionari e dei giudici.

Le sfere della politica e del diritto conservano dunque (nella ‘normalità’ del quotidiano) una loro (ancorché indebolita) differenziazione e in questo quadro il mantenimento del divieto di analogia può valere anche come un elemento di rassicurazione delle componenti ‘tradizionalistiche’ del regime. E tuttavia non mancano le voci – la più chiara è quella di Maggiore – che raccomandano l’abbattimento delle ultime barriere garantistiche (tacciate di illuminismo, individualismo e conseguente incompatibilità con la vocazione totalitaria del regime)²⁶. Prevale nel complesso la difesa del principio di legalità: a patto però di depurarlo dalle ambiguità ottocentesche identificandolo con il polo della leggepotenza (per Petrocelli la legalità è benvenuta proprio perché può risolversi nella glorificazione dell’onnipotenza statale). Era inoltre operante, sullo sfondo, la convinzione che una magistratura rigidamente gerarchizzata al suo interno e ingessata negli schemi del ‘sillogismo giudiziale’ fosse la migliore garanzia di una società ‘ordinata’.

Sembra dunque possibile sostenere, in termini generali, che il principio di legalità (nel lungo periodo compreso fra le rivoluzioni settecentesche e i totalitarismi novecenteschi) ha suggerito di introdurre una rigida gerarchia delle fonti, un’idea ‘sillogistica’ dell’interpretazione giudiziale e il divieto del ricorso all’analogia nell’interpretazione-applicazione della legge penale, nel quadro di una visione politico-costituzionale che collegava strettamente lo Stato e l’individuo, la legge e la libertà. E proprio i totalitarismi, che per esercitare un dominio illimitato sui soggetti, si sono sbarazzati dei vincoli normativi e istituzionali della tradizione liberale, sembrano confermare, *a contrario*, l’esistenza di un nesso obbligato fra il principio di legalità, il divieto di analogia e la libertà individuale. In nessun caso comunque siamo di fronte a scelte meramente ‘tecniche’: il gioco appare guidato, più che dall’una o dall’altra ‘disinteressata’ teoria giuridica, da soggiacenti scelte etico-

²⁶ Cfr. il saggio di Ernesto DE CRISTOFARO, *infra*.

politiche e politico-costituzionali che dettano le modalità tanto dell'impiego quanto del rifiuto del principio di legalità.

Sono queste, mi sembra, le linee-guida della vicenda ricostruita dai saggi che compongono il nostro 'Quaderno'. Non mancano però sfumature e dettagli che complicano il quadro. La tesi che la certezza del diritto (e con essa la libertà individuale) sia compromessa (soprattutto nella delicata area del penale) da un'eccessiva 'creatività' giurisprudenziale è, sì, ampiamente diffusa nei paesi dell'Europa continentale, ma non universalmente condivisa: valga l'esempio, per la Spagna, di Dorado Montero, convinto che l'arbitrio giudiziale, pericoloso nel quadro costituzionale dell'antico regime, cessi di esserlo nell'ambito di una società ormai votata al progresso e al trionfo della ragione scientifica²⁷; oppure, per l'Italia, la lezione anticonformista di Mortara, pronto a spezzare una lancia a favore dell'interpretazione evolutiva²⁸. Non sembra allora temerario ipotizzare che il nesso tra principio di legalità ed ermeneutica giuspositivistica nel quadro della civiltà giuridica (*lato sensu*) liberale, pur confermato in termini generali, sia meno rigido e perentorio di quanto saremmo inclini a ritenere.

La storia dei paesi di *common law* offre peraltro un'illuminante conferma della molteplicità delle strade percorribili per raggiungere il medesimo obiettivo. La creazione di una società fondata sulla libertà-proprietà dei soggetti, che sul continente passa attraverso il mito e la realtà della codificazione, in Inghilterra si avvale di una tradizione giuridica imperniata sul protagonismo del giudice. La differenza non potrebbe essere più netta; e tuttavia, non appena si guardi in controtuce alle due vicende, emerge una doppia convergenza: un crescente ricorso al momento legislativo (alla 'certezza' della norma 'scritta') nei paesi di *common law*, ma anche l'affiorare di un'insopprimibile 'creatività' giurisprudenziale nei paesi dell'Europa continentale, a dispetto dell'omaggio ritualmente tributato ai dogmi dell'ermeneutica giuspositivistica²⁹.

Ancora una volta, le strategie giuridiche si sviluppano e assumono il loro senso storicamente specifico nel vivo della dinamica politico-sociale. Né fa eccezione il principio di legalità, che lungi dall'essere un principio a-temporale, sempre e comunque produttivo dei medesimi effetti, incide sulla strutturazione dell'ordine in

²⁷ Cfr. il saggio di Sebastián MARTÍN, *infra*.

²⁸ Cfr. il saggio di Massimo MECCARELLI, *infra*.

²⁹ Cfr. il saggio di Alberto CADOPPI, *infra*.

modo sensibilmente diverso a seconda dei contesti storico-istituzionali nei quali viene enunciato e attuato³⁰.

4.3 Il 'governo' dei soggetti.

Il principio di legalità, apparentemente semplice e univoco nella sua enunciazione generale, appare invece, quando lo si collochi nel vivo della storia europea ottocentesca, l'epicentro di rilevanti tensioni (se non di radicali dicotomie): la celebrazione della legge, da un lato, dà luogo alla ricorrente tensione fra legge-dominio e legge-garanzia (con la conseguente tendenza alla 'stabilizzazione dell'eccezione'), mentre, dall'altro lato, si scontra con la difficoltà di costringere (in teoria e/o in pratica) la giurisprudenza a un ruolo subalterno e passivo.

Un'ambivalenza ulteriore nasce infine da un diverso profilo del principio di legalità: dalla sua originaria vocazione (se così posso dire) 'oggettivistica'. Separare il peccato dal reato e il reato dalla considerazione della *qualitas personarum*: erano queste le 'decisioni' di fondo che informavano un penale che si voleva 'moderno' in quanto 'secolarizzato' ed 'eguale', capace di individuare fattispecie criminose punibili solo perché 'oggettivamente' incompatibili con la sicurezza dei cittadini. Un penale ridefinito alla luce della ragione e riformato in vista della sicurezza dei soggetti coincide con un rigoroso sistema di delitti e di pene (esattamente commisurate alla gravità del reato) che 'non guarda in faccia a nessuno' e cancella i privilegi del regime 'antico' in nome dell'eguaglianza. Il principio della legge eguale (insieme all'irrilevanza penale del 'foro interno') sembra invitare a distogliere lo sguardo dai soggetti e dalle loro differenze.

In realtà, i soggetti non scompaiono dall'area del penale riformato (o riformando), ma (come ho già ricordato) continuano ad esserne il presupposto e il fine soggiacente. È il soggetto libero, proprietario, razionale, capace di calcolo e di autocontrollo l'indispensabile fondamento antropologico del nuovo diritto penale. Il soggetto con cui il diritto penale ha a che fare è però una figura non già unitaria, ma duale, destinata a scomporsi in due classi di individui socialmente incompatibili: cittadini (pienamente) razionali, da un lato, e, dall'altro lato, esseri umani (parzialmente) irrazionali, (tendenzialmente) trasgressivi, 'pericolosi'.

Del nesso genetico e funzionale del penale con il soggetto, non meno dello sdoppiamento di quest'ultimo in due 'classi' distinte, Bentham era stato lucidamente

³⁰ Cfr. i saggi di Nicola LACEY e di Marco MILETTI, *infra*.

consapevole, tanto da tematizzare l'esigenza di un intervento 'disciplinante' nei confronti dei soggetti pericolosi, sostanzialmente diverso e ulteriore rispetto alla semplice (chiara, sistematica, razionale) redazione di un codice penale.

Nelle pagine di Bentham appare in filigrana una tensione destinata a segnare in profondità la riflessione e la prassi penale otto-novecentesca: da un lato, il principio di legalità suggerisce di esaurire il penale nella previsione normativa dei delitti e delle pene e nella loro eguale applicazione giurisprudenziale, mettendo in parentesi (in ragione di un approccio rigorosamente giuridico-normativo) tanto il presupposto antropologico (l'idea di soggetto) quanto le differenziazioni sociali e 'caratteriali' degli individui concretamente operanti; dall'altro lato, però, il momento 'soggettivo' (l'attenzione ai soggetti, al soggetto come presupposto del sistema penale e ai soggetti come ai destinatari dell'intervento punitivo dello Stato) continua a premere sulla cultura e sulla prassi con l'insistenza indiscreta di una realtà 'rimossa'.

Una siffatta tensione incide a fondo sulla cultura penalistica otto-novecentesca. Certo, l'utilitarismo beccariano e benthamiano ha ceduto il passo a filosofie diverse e a differenti rappresentazioni del soggetto³¹. Pur rivestito di mantelli diversi (kantiani e poi idealistici), è però pur sempre il soggetto compiutamente razionale – il soggetto che trova nella libertà, nella responsabilità, nella proprietà il compimento della sua piena umanità – il supporto antropologico della penalistica del primo e del maturo Ottocento. La stessa concezione 'retribuzionista' della pena è, sì, la più netta sconfessione dell'utilitarismo beccariano e benthamiano, ma presuppone comunque un riferimento (non necessariamente esplicito) al soggetto 'moderno' (autonomo, proprietario, razionale). Non è un caso che la più nitida illustrazione del retribuzionismo – quale quella offerta dalla riflessione hegeliana – proceda di pari passo con la consacrazione della libertà e della proprietà del soggetto³².

Il momento soggettivo non è però soltanto un'immagine filosofica, la *humus* antropologica dalla quale la teoria penale ottocentesca trae i suoi succhi vitali. I soggetti entrano in gioco anche come concreti attori sociali le cui aspettative, paure

³¹ Cfr. A. M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, cit. Cfr. anche F. CAVALLA, *La pena come problema*, Padova, Cedam, 1979; «Archives de philosophie du droit», 28 (*Philosophie pénale*), 1983; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996; F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, Cedam, 2004.

³² Sul retribuzionismo di Hegel cfr. S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 27, 1984, pp. 131 ss.; K. SEELMANN, *Le filosofia della pena di Hegel*, a cura di P. Becchi, Napoli, Guerini e Associati, 2002.

e conflittualità finiscono inevitabilmente per scalfire la levigata superficie della dogmatica giuridico-penale.

Feuerbach stesso, che attribuisce allo Stato lo scopo di difendere il diritto impedendone la violazione e tende a far coincidere il conseguimento della sicurezza con la semplice applicazione della legge, aggiunge alla pura e rigorosa *Strafgesetzhlichkeit* l'idea, più ambigua, di una *zweckmäßige Strafgesetzhlichkeit*, che apre il varco a una possibile dilatazione (o inquinamento) del principio di legalità: lascia presagire la possibilità di impiegare la legge 'per qualcosa' o 'contro' qualcuno, di usarla come uno strumento funzionale al 'governo' dei soggetti³³. È attraverso il concetto di scopo che la purezza oggettivistica del principio di legalità scende a patti (o entra in tensione) con il mondo dei soggetti: è quanto avviene con il passaggio dal primo al secondo Liszt, che introduce il concetto di scopo fin nel titolo della sua celebre opera³⁴. Siamo però di fronte non tanto a una svolta radicale e inopinata, quanto alla riformulazione di un tema caratteristico del penale moderno: il tema della sicurezza. Certo, è la legge che, in quanto chiara, certa e rigorosamente applicata basta a rendere sicura la vita dei soggetti. A complicare le cose interviene però, come sappiamo, la convinzione (meta-giuridica), l'immagine socialmente accreditata, dello 'sdoppiamento' del soggetto: la constatazione che accanto a una classe di individui razionali-affidabili esiste una classe (più numerosa) di individui irrazionali-pericolosi. La sicurezza allora stenta ad apparire un effetto automatico della legge e sembra richiedere un intervento e uno sforzo supplementare.

I soggetti entrano in scena come portatori di un pericolo che occorre neutralizzare. Nelle prime filosofie (secolarizzate e moderne) del diritto penale, da Hobbes a Locke, a Rousseau, a Fichte, questo problema è presente e sottolineato e la strategia spesso raccomandata per risolverlo si ispira apertamente alla logica dell'espulsione. Il criminale deve essere 'gettato fuori' dalla società: avendone violate le regole, egli cessa di esserne un membro per divenire un corpo estraneo di cui sbarazzarsi.

Ciò che muta nel corso del tempo è non tanto la percezione del problema quanto la predisposizione degli strumenti idonei a fronteggiarlo. Aumenta la fiducia nelle capacità disciplinanti dello Stato e appare meno perentoria l'esigenza di espellere o eliminare il trasgressore: il criminale deve essere, piuttosto che soppresso, controllato, disciplinato, trasformato (anche se l'istanza 'espulsiva' non scompare

³³ Cfr. il saggio di Wolfgang NAUCKE, *infra*.

³⁴ F. von LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A.A. Calvi, Milano, Giuffrè, 1962.

affatto – e continua a esprimersi emblematicamente nella pena di morte – e semmai si intreccia variamente con le strategie disciplinanti). Trionfa, in questa prospettiva, la pena carceraria, apparendo essa non solo come una sanzione facilmente quantificabile (e quindi rispettosa del nesso di proporzionalità fra reato e pena), ma anche come uno strumento efficace per disciplinare (controllare, plasmare, ‘emendare’) i soggetti.

L’esigenza di tenere a freno i soggetti pericolosi e neutralizzare i trasgressori non è dunque una novità tardo-ottocentesca, ma attraversa l’intera parabola della modernità penale (anche se cambiano la percezione del problema e la messa a punto delle strategie di reazione). Certo, la penalistica fedele a una scelta rigorosamente ‘oggettivistica’ sembrava ignorare (e in qualche misura effettivamente ignorava) qualsiasi preoccupazione disciplinante, continuando a identificare il proprio compito con il rispetto dei postulati della stretta legalità. È però anche vero che questi postulati non dominavano l’intera area del penale, ma occupavano soltanto il suo piano nobile. Lo sdoppiamento dei soggetti si rifletteva in quel doppio livello di legalità brillantemente analizzato da Mario Sbriccoli³⁵: dando luogo, per un verso, alla tensione fra ‘legge’ ed ‘eccezione’, e, per un altro verso, sostanziandosi nel fenomeno della ‘giustizia dei galantuomini’³⁶.

Se per i ‘galantuomini’ (per i soggetti razionali, autonomi, proprietari) il principio di stretta legalità era ritenuto compatibile con la sicurezza, per le classi subalterne sembrava inevitabile un intervento disciplinante libero da troppi impacci formali e affidato all’intervento discrezionale degli organi di polizia. Allo sdoppiamento del soggetto corrispondeva la duplicazione dei livelli di legalità: il livello ‘alto’ era funzionale al mondo valoriale e socio-economico dell’élite; «quanto aos outros, aos que não participavam nesta elite social – que eram muitos: mulheres, rústicos, pobres, nativos das colónias – [...] se resolveia as suas situações penais a um ‘nível infra-jurídico’, que podia ir desde o ‘tratamento’ na esquadra de polícia, à disciplina doméstica ou a medidas administrativas, frequentes, por exemplo, no espaço colonial»³⁷.

Siamo posti così di fronte a una situazione apparentemente paradossale. Il principio di legalità continua a produrre effetti operando come il principale strumento di tutela della libertà dei cittadini, memore dell’alleanza, sancita dal

³⁵ Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., pp. 489 ss.

³⁶ Cfr. L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell’Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 1990.

³⁷ Cfr. il saggio di Antonio Manuel HESPANHA, *infra*, p.

reformismo illuministico, fra la legge del sovrano e i diritti del soggetto. È ancora questa l'ispirazione di fondo che pervade, nel corso dell'Ottocento, la 'penalistica civile' valorizzata da Sbriccoli³⁸. Valga l'esempio del liberalismo giuridico di Carrara: un «*liberalismo del soggetto*» che è al contempo un «*liberalismo della regola*», come scrive efficacemente Luigi Lacchè³⁹. Né si tratta di una stagione effimera e inconcludente: la vocazione 'civile' della penalistica resta a lungo viva e vitale e continua a dare il meglio di sé, nel corso del secolo, nella difesa della stretta legalità contro le ricorrenti tentazioni dei regimi 'eccezionali', sostenuta dalla consapevolezza che erano in gioco le libertà fondamentali dei cittadini⁴⁰.

Al contempo però l'esigenza di un efficace controllo sociale continuava a manifestarsi nel quotidiano 'governo' dei soggetti, in quella bassa cucina del penale dalla quale la dogmatica 'alta' tendeva a distogliere lo sguardo. Le élites politico-sociali avevano insomma un urgente bisogno (lo ricorda ancora Sbriccoli) di reprimere il conflitto e proteggere la proprietà; proprio per questo conveniva che all'oggettivo sistema dei delitti e delle pene venissero affiancate strategie capillari e incisive capaci di disciplinare i soggetti a costo di relegare dietro le quinte i diritti (a partire dalla fase 'esecutiva' della pena)⁴¹.

Questa singolare compresenza di opposti (o, per meglio dire, questa funzionale differenziazione dei compiti entro un'area del 'penale' assai più vasta del territorio coltivato dalla pura dogmatica) va incontro a un notevole rimescolamento fra Otto e Novecento, con il graduale manifestarsi di nuove tendenze e di nuove sensibilità.

In primo luogo, anche la penalistica, come ogni altra disciplina giuridica, subisce l'attrazione del polo statale, mentre i diritti dei soggetti perdono rapidamente il ruolo (originariamente giusnaturalistico) di fondamento autosufficiente dell'ordine. L'ordine non gravita intorno ai diritti dei soggetti⁴², ma assume una consistenza autonoma e un valore assoluto e finisce per coincidere con la dimensione statale.

In secondo luogo, il tema della pericolosità dei soggetti e l'esigenza di controllarli e disciplinarli emergono in una luce nuova e vengono impiegati come una leva

³⁸ Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232.

³⁹ Cfr. il saggio di Luigi LACCHÈ, *infra*.

⁴⁰ Cfr. il saggio di Floriana COLAO, *infra*.

⁴¹ Fondamentali, per comprendere le strategie penali a partire dall'analisi dell'esecuzione della pena, sono gli scritti di Massimo Pavarini. Cfr. in particolare M. PAVARINI, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 255-303.

⁴² Qualche segnale in questo senso già in Carrara, secondo il saggio di Giovannangelo DE FRANCESCO, *infra*.

capace di mutare a fondo il metodo e i contenuti della penalistica: è quanto avviene con la cosiddetta Scuola positiva, che non solo incide sul dibattito italiano, ma influenza anche la cultura giuridica europea e nordamericana e trova echi addirittura nella Russia sovietica.

Dei protagonisti e delle caratteristiche di questa vicenda giuridico-culturale e del suo impatto sul problema della legalità penale i saggi pubblicati nel nostro 'Quaderno' offrono ampie e documentate ricostruzioni, preziose per tenerci lontani da indebite semplificazioni.

Siamo di fronte a una svolta che non deve essere sottovalutata. Muta l'antropologia filosofica sottesa alla riflessione penalistica: viene meno l'idea di un soggetto libero e responsabile, sostituita dalla rappresentazione di un individuo biologicamente (o socialmente) determinato; e cade di conseguenza la possibilità di fondare il potere punitivo dello Stato sul presupposto della razionalità del soggetto (quella razionalità che, pur diversamente interpretata da Hegel o da Bentham, rendeva possibile tanto il retribuzionismo del primo quanto il calcolo utilitaristico del secondo).

Cambia altresì il punto focale della riflessione penalistica: non più l'oggettiva strutturazione dei reati e delle pene, ma i comportamenti soggettivi, la loro illustrazione e classificazione sulla base del determinante criterio della pericolosità. La visione illuministica – la matrice del moderno principio di legalità – sembra perfettamente rovesciata: in quella prospettiva, il primato della legge, la determinazione previa, rigida e tassativa dei delitti e delle pene e l'irrilevanza delle differenze soggettive si implicavano a vicenda garantendo la sicurezza-libertà dei cittadini, mentre nel nuovo scenario proprio l'exasperazione delle differenze soggettive e la graduazione della diversa pericolosità dei cittadini sono il punto di Archimede grazie al quale ripensare il fondamento e l'estrinsecazione del diritto di punire.

Certo, i segni di discontinuità non autorizzano a cadere nella *fable convenue* delle Scuole contrapposte, creata (come ha dimostrato Mario Sbriccoli) polemicamente e artificiosamente da Ferri e accolta passivamente, per troppo tempo, dalla penalistica successiva (e dalla storiografia). Gli storici hanno il compito di districare l'agrovigliata matassa delle innovazioni e delle permanenze; e anche nel nostro caso le innegabili discontinuità (il mutamento dell'antropologia filosofica soggiacente; il passaggio da un approccio 'oggettivistico' a un approccio

‘soggettivistico’) non possono essere assolutizzate, ma devono essere commisurate a profili e temi già presenti nella vicenda penale sette-ottocentesca.

È vero, dunque, che la penalistica positivista si concentra sui soggetti e sulla loro ‘pericolosità’ e si dà come obiettivo la messa a punto di strategie capaci di neutralizzarli. Anche in passato però l’esigenza di disciplinare i soggetti si era fatta sentire ed era stata soddisfatta ricorrendo a una sapiente distribuzione delle parti. L’edificio penale era stato costruito in modo da accentuare la distinzione fra il piano alto e nobile del palazzo e le sue cantine oscure e maleodoranti (ma non mancavano peraltro le scale di servizio – le ‘zone di confine’, come le chiama Michele Pifferi⁴³ – che mettevano in contatto i diversi piani senza appartenere interamente a nessuno di essi). Nel tardo Ottocento, questa costruzione è ancora in piedi; e sembra formulabile l’ipotesi che molti architetti si accingano, più che alla costruzione di un immobile interamente nuovo, a una radicale ristrutturazione dell’edificio esistente, mossi dalla convinzione che la sua ala più importante debba essere occupata non dal salotto buono ma dai locali di servizio.

Fuor di metafora: un tema (il controllo e il disciplinamento dei soggetti pericolosi), che per la tradizione precedente occupava una zona residuale ed era oggetto di una sorta di ‘rimozione’, viene promosso a struttura portante dell’intera area del penale. Si tratta certo di un’impresa innovativa. La novità però consiste non già nell’inventare dal nulla un nuovo oggetto e un nuovo metodo, ma nel suggerire una strategia diversa, anzi opposta, entro un campo problematico da tempo esistente.

Il principio di legalità, fin dal suo esordio illuministico, si presenta non come uno schema semplice ed univoco, ma come il polo di un campo di tensione; un campo di tensione dove la celebrazione della legge, della sua enunciazione certa e della sua applicazione ‘automatica’ ed eguale, deve misurarsi con la ricorrente esigenza di controllare i soggetti; un campo di tensione dove il *diritto* penale (e il corrispondente sapere) domina la scena, ma deve anche tener presente sullo sfondo le preoccupazioni della *politica* criminale⁴⁴.

È ancora entro questo medesimo campo di tensione che ci si muove a fine Ottocento: la penalistica positivista lo presuppone nel momento in cui fa leva sul polo opposto a quello prescelto dal liberalismo penale del primo Ottocento; lo presuppone nel momento in cui privilegia i soggetti piuttosto che l’oggettivo sistema

⁴³ Cfr. il saggio di Michele PIFFERI, *infra*.

⁴⁴ Il problema trova risposte ‘locali’ ma ha una valenza ‘globale’ (in Europa come negli Stati Uniti d’America). Cfr. il saggio di Carlos PETIT, *infra*.

dei delitti e delle pene, le differenze socio-antropologiche piuttosto che l'eguaglianza giuridica, la politica criminale piuttosto che il diritto penale.

Rilevanti mutamenti culturali (il diffondersi dei nuovi saperi antropologici, di ispirazione evolucionistica e biologistica) e importanti trasformazioni politico-sociali (l'impegno crescente dello Stato nell'integrazione – e non solo nella repressione – delle classi subalterne) invitano a ripensare a fondo l'intervento punitivo dello Stato. La conseguenza però, più che una secca dismissione del principio di legalità, è un rovesciamento dei punti di partenza: la pericolosità dei soggetti domina ora la scena, mentre la maestà della legge retrocede sullo sfondo, così come l'eguaglianza cede il posto alla tematizzazione delle differenze.

Il punto di partenza è rovesciato, rispetto alla penalistica sette-ottocentesca, ma ciò non impedisce un incontro a metà strada. In quella tradizione, infatti, i soggetti eguali (egualmente liberi, razionali, proprietari), occupano, sì, il centro della scena, ma generano (per così dire dal loro interno, per sottrazione di alcune essenziali qualità antropologiche) una seconda categoria di soggetti, i soggetti pericolosi, collocati alla periferia del sistema. Nel positivismo tardo-ottocentesco sono questi ultimi l'oggetto privilegiato dell'attenzione, separati da uno stigma antropologico dalla più rassicurante classe dei soggetti (non tanto 'eguali' quanto) 'normali' e 'innocui'.

In entrambi i casi, dunque, l'area del penale è attraversata da una profonda dicotomia con la quale il principio di legalità deve fare i conti: una dicotomia che divide i soggetti in due classi e attribuisce a una di esse (pur sulla base di rappresentazioni socio-antropologiche profondamente diverse) una patente di affidabilità civica e sociale che non può essere riconosciuta alla seconda. È la tenace persistenza delle due classi, l'ostinato sdoppiamento del soggetto, la struttura di fondo che sollecita comunque l'intervento 'governante' del potere, la presa in consegna del corpo e dell'anima dei soggetti pericolosi. È, ancora, la lunga durata di questa dicotomia a rendere sempre di nuovo attuali, nel cuore della modernità, le antiche metafore chirurgiche, che associano l'eliminazione del criminale con l'amputazione dell'arto infetto.

Tutto ciò non basta ancora a far saltare il campo di tensione togliendo ogni capacità attrattiva al principio di legalità, che continua ad esser uno degli architravi della società liberale. Sono sottoposte però a un attacco concentrico le principali valenze di quel principio: l'autonomia del soggetto e la centralità dei diritti. A indebolirle concorrono, per un verso, lo statocentrismo imperante, e, per un altro

verso, la richiesta di un controllo sociale il più possibile capillare e incisivo. Il senso delle strategie raccomandate dalla penalistica positivistica coincide in fondo con l'invito a trasfondere, nell'area del penale, il crescente impegno 'governamentale' (in senso foucaultiano) dei poteri pubblici.

Perché intervenga un'irreversibile frattura con la tradizione ottocentesca – e la fine del campo di tensione che la aveva dominata – è indispensabile quella profonda trasformazione del sistema politico provocata dai totalitarismi del Novecento. Certo, le discontinuità storiche non sono mai 'assolute'. Potremmo sostenere che i totalitarismi sono la fase terminale di un processo iniziato in tempi non sospetti: un processo nel quale il centro focale della riflessione penalistica slitta gradualmente dall'analisi della norma al controllo dei soggetti, dalla tassonomia dei reati alla tipizzazione dei criminali. Allo stesso modo, giocando sul concetto di 'governamentalità' potremmo indicare elementi di continuità fra regimi lontani od opposti (quali l'incipiente 'welfarismo' degli Stati europei di fine Ottocento e la politica sociale della Germania nazionalsocialista).

In realtà, il quadro è più complicato e occorre commisurare il radicamento storico dei totalitarismi con le radicali novità da essi introdotte. Le continuità certo non mancano e assumono una particolare evidenza nel fascismo, che raccoglie dalla tradizione ottocentesca e impiega contro l'autonomia e i diritti dell'individuo tanto la retorica della legge-potenza quanto gli strumenti di controllo informale e capillare dei soggetti. La frattura però (macroscopica nel nazionalsocialismo e nel comunismo sovietico) è provocata comunque dall'interruzione del tradizionale moto oscillatorio fra 'oggettività' e 'soggettività', fra garanzia e controllo, nel quadro (prima ricordato) di quella 'assolutizzazione della politica' che cancella la differenziazione delle funzioni statuali e azzerava l'autonomia del giudiziario. Un indice interessante di un siffatto salto di qualità è offerto proprio dal 'non possumus' che la penalistica italiana di ispirazione positivistica oppone all'attacco sovietico al divieto di analogia, nonostante le reciproche convergenze sul terreno del controllo del comportamento criminale⁴⁵.

Interrotto il campo di tensione innescato dal principio di legalità, il diritto penale totalitario, per un verso, esaspera le strategie di espulsione e di cancellazione dei 'devianti' in nome dell'assoluta omogeneità ed unità dei 'veri' cittadini, per un altro verso (con apparente paradosso) assottiglia la parete divisoria fra normali e criminali moltiplicando le possibilità di una facile 'criminalizzazione' di ciascun soggetto,

⁴⁵ Cfr. il saggio di Marco COSSUTTA, *infra*.

sempre esposto ad essere subitaneamente trasformato da cittadino a nemico. Pericolosa non è più soltanto una specifica classe di soggetti: è la soggettività come tale ad essere pericolosa e l'eguale pericolosità di tutti può essere tenuta a freno solo da una strategia che renda totale (capillare e illimitato) il controllo⁴⁶.

I totalitarismi abrogano (o svuotano del suo senso) il principio di legalità. Non si pensi però che l'opposizione ad essi finisca per coincidere con la difesa di quest'ultimo. Certo, contro l'assolutizzazione della politica anche l'elogio del diritto, della sua certezza e del suo rigore formale può apparire (valga l'esempio, in Italia, di Lopez de Oñate e di Calamandrei) una strategia plausibile. In realtà, la cultura anti-totalitaria destinata a influenzare, nel secondo dopoguerra, la formazione e lo sviluppo dei nuovi ordinamenti costituzionali non si limita a invocare una semplice 'restaurazione' degli antichi equilibri. Il ritorno all'indietro è reso impossibile proprio dalle ambivalenze caratteristiche dell'intera parabola ottocentesca del principio di legalità, sempre oscillante fra legge-garanzia e legge-potenza, fra difesa del diritto e controllo sociale.

Non basta proclamare il primato ottocentesco dello Stato e della legge. Al contrario, è proprio il giuspositivismo ottocentesco chiamato sul banco degli imputati con l'accusa di aver favorito un'acritica obbedienza al potere in nome di una concezione meramente formale della validità della legge. Occorre quindi individuare parametri metalegislativi di validità, che impediscano la resa all'assolutezza al potere statale e un impiego 'dispotico' della legge⁴⁷.

L'esigenza di appellarsi a criteri normativi superiori alla legge dello Stato è così forte da condurre, nell'esperimento cruciale offerto dal processo di Norimberga, a un esito in qualche modo paradossale: a mettere in questione il nesso, infrangibile in tutta la tradizione ottocentesca, fra principio di legalità, legge e irretroattività della legge penale. Almeno due profili delicati, proprio dal punto di vista del rispetto della legalità penale, si presentano in quel processo. Da un lato, sembra compromesso il principio della terzietà del giudice, dal momento che sono i vincitori a giudicare i vinti. Dall'altro lato, i reati contestati ai gerarchi del passato regime non erano tali per le leggi penali allora vigenti. Non si tratta di obiezioni di poco conto

⁴⁶ Cfr. il saggio di Hinrich RÜPING, *infra*.

⁴⁷ È a questa esigenza di fondo che deve ricondursi il fiorire di molteplici neo-giusnaturalismi e il peculiare sviluppo (non la palinodia) che l'ultimo Radbruch imprime al suo pensiero (su cui cfr. l'importante libro di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001). Mostra ancora tracce di questo clima il dibattito fra Hart e Fuller (cui accenna il saggio di Nicola LACEY, *infra*).

(puntualmente fatte valere da Carl Schmitt), cui è possibile rispondere (come fanno Radbruch e in modo parzialmente diverso Kelsen) soltanto spostando la definizione del principio di legalità su un piano estraneo alla tradizione ottocentesca: appellandosi – questa è la tesi di Radbruch – a un diritto *in fieri* non più riconducibile ai singoli Stati ma riposante sul concetto di umanità e sul connesso ordine internazionale⁴⁸.

È questo il clima in cui vedono la luce i nuovi ordinamenti costituzionali europei e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; è questo il contesto in cui il principio di legalità si sottrae alla stretta soffocante dello statalismo ottocentesco movendosi in tre direzioni: in primo luogo, riscoprendo la sua originaria destinazione di senso, quel legame funzionale con i diritti del soggetto che i riformatori settecenteschi (ancora sensibili ai richiami giusnaturalistici) enunciavano con chiarezza ma affidavano alle cure di un provvidenziale (e improbabile) legislatore; in secondo luogo, riorganizzandosi alla luce di una (kelseniana) *Stufenbautheorie* che fa della costituzione la norma gerarchicamente superiore; in terzo luogo, riposando sull'assunto che i diritti positivizzati dalla costituzione sono la struttura portante del nuovo ordinamento.

5. Il secondo Novecento: discontinuità e persistenze.

Con il secondo dopoguerra le ambivalenze della tradizione ottocentesca appaiono risolte e il principio di legalità risulta ormai saldamente collegato con il primato della persona e con l'intangibilità dei suoi diritti. Certo, la costituzione non produce effetti per virtù propria, ma deve fare i conti con una cultura giuridica che stenta a cogliere e a sviluppare le novità introdotte dal nuovo testo normativo⁴⁹. Si apre la fase, che avrà una durata pluriennale, dell'attuazione della costituzione (o della sua mancata attuazione, secondo la denuncia di Piero Calamandrei).

Non sarà semplice per la cultura giuridica prendere sul serio la costituzione tanto da assumerne i principi fondamentali come i criteri cui ispirarsi per ripensare le singole discipline positive. Sul terreno del diritto penale, un siffatto programma si è tradotto nel «tentativo, ambizioso quanto affascinante, di costruire una legalità penale di livello costituzionale – a cominciare da una selezione dei beni giuridici

⁴⁸ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*, in, *Direito natural, justiça e política*, a cura di P. Ferreira da Cunha, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 213-44; ivi indicazioni bibl.

⁴⁹ Cfr. M. GREGORIO, *Quale costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in «Quaderni Fiorentini», 35, 2006, pp. 849-913.

penalmente tutelabili circoscritta al novero dei beni di rilevanza costituzionale (esplicita o implicita) →⁵⁰.

È l'esigenza di rifondare il sapere giuridico alla luce dei principi fondamentali della costituzione⁵¹ a far risorgere dalle ceneri la penalistica 'civile' (per usare ancora l'espressione di Mario Sbriccoli), la cui attenzione alle libertà e all'incivilimento (nel senso romagnosiano del termine) si era gradualmente appannata a favore di scelte apertamente o cripticamente autoritarie.

Sarebbe però vano attendersi dallo slancio riformatore degli anni Settanta una soluzione 'definitiva' delle tensioni che avevano coinvolto l'area del penale nel corso della sua parabola moderna. Sembra piuttosto emergere una rinnovata problematicità del principio di legalità, in un contesto politico-sociale (non solo italiano, ma europeo e internazionale) dove aspettative, timori e conflitti vecchi e nuovi si affollano mettendo ancora una volta in questione prospettive che sembravano acquisite.

Appare oggi più debole il fondamento politico-costituzionale del principio di legalità penale. Questo principio infatti, che nel quadro costituzionale del secondo dopoguerra traeva forza dalla logica della democrazia parlamentare, non può non subire i contraccolpi della crisi che investe il funzionamento del meccanismo rappresentativo⁵².

Indebolito nel suo fondamento di legittimità, il principio di legalità penale continua certo a svolgere una funzione importante sul fronte delle garanzie, nella misura in cui resta in vigore il suo collegamento funzionale con i diritti del soggetto. È però anche vero che quel principio deve fare i conti con un ambiente istituzionale e culturale ormai profondamente mutato; un ambiente dove le fonti del diritto si diversificano, si moltiplicano, si intrecciano ben oltre il quadro 'classico' di una nitida 'gerarchia', mentre, sul terreno dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, il divieto di analogia non può più contare sullo schema del 'sillogismo giudiziale' e deve essere ripensato alla luce di un'ermeneutica ormai estranea alla tradizione del giuspositivismo ottocentesco⁵³. In questo contesto, dunque, il

⁵⁰ Cfr. il saggio di Giovanni FIANDACA, *infra*, p.

⁵¹ Il riferimento d'obbligo è a Franco Bricola e al gruppo degli studiosi a lui vicini. Sul ruolo dei diritti nella costruzione di un nuovo diritto penale cfr. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limiti della legge penale*, in «*Dei delitti e delle pene*», III, 1985, pp. 443-73; E. RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in «*Dei delitti e delle pene*», III, 1985, pp. 475-495; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in «*Dei delitti e delle pene*», III, 1985, pp. 493-524.

⁵² Cfr. i saggi di Giovanni FIANDACA e di Francesco PALAZZO, *infra*.

⁵³ Cfr. il saggio di Francesco PALAZZO, *infra*.

principio di legalità penale non può essere semplicemente confermato, ma deve essere ripensato e adattato a una cultura e a una società sensibilmente mutate⁵⁴.

Possiamo però affermare che almeno la destinazione di senso del principio di legalità penale (se non la sua strumentazione ‘tradizionale’) regge intatta, nonostante il cinquantennio trascorso dal secondo dopoguerra a oggi? In realtà, non mancano indizi per ipotizzare un quadro diverso: un quadro nel quale, smorzatosi l’entusiasmo ‘neo-costituzionalistico’ (se non neo-giusnaturalistico) per i diritti fondamentali, il principio di legalità penale (ad essi funzionalmente collegato) non esce certamente di scena, ma entra di nuovo in tensione con strategie diversamente orientate.

Queste strategie sono nuove (nel senso che adottano forme espressive inseparabili dall’odierna dinamica socio-culturale), ma non sono improvvisate e inedite, non nascono dal nulla in un mondo privo di passato, bensì conservano e riformulano, in una situazione mutata, orientamenti già sperimentati. Sono strategie che di nuovo mettono in scena i soggetti e li assumono, prima che come titolari di diritti, come portatori di pericolo; sono strategie che di nuovo pongono al centro la sicurezza e in nome di essa mirano a dilatare lo spettro della repressione penale, a formulare in modo vago l’idea di bene giuridico, a impiegare concetti indeterminati come la difesa del mercato o la tutela della *Volksgesundheit*, insomma a impiegare il diritto penale come «ein Instrument im Kontext sozialer Kontrolle»⁵⁵.

Il principio di legalità non scompare, ma torna a essere attratto entro un campo di tensione che l’ottimismo costituente tendeva a consegnare al passato. Se da un lato il principio di legalità richiede il dominio incontrastato della regola e la sua applicazione ‘eguale’, dall’altro lato il principio di necessità e la logica dell’eccezione, già teorizzati dai giuristi di antico regime, ereditati e riformulati dal terrore giacobino, apparentemente dormienti ma reiteratamente risvegliati, quando necessario, nell’Europa liberale, tornano a essere vivi e vitali nei paesi democratici del nostro presente, che si appellano alla *Risikogesellschaft* e all’emergenza del terrorismo globale.

Non è peraltro solo la dialettica fra legge ed eccezione che viene a porsi al centro dell’odierna fenomenologia penale; la tensione investe la principale destinazione di senso del principio di legalità: la visione del soggetto, l’atteggiamento del potere pubblico nei suoi confronti, la garanzia dei suoi diritti fondamentali.

⁵⁴ Cfr. in questo senso anche M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., con le considerazioni di P. GROSSI, *Il volto attuale dell’illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in «Quaderni fiorentini», 35, 2006, pp. 1043-1057.

⁵⁵ Cfr. il saggio di Winfried HASSEMER, *infra*. p.

Un episodio rivelatore del diapason cui la tensione fra sicurezza e garanzia sta giungendo è il recente dibattito sulla tortura⁵⁶: sulla tortura come ‘diritto’ (come momento di un legittimo potere di intervento dello Stato sui soggetti), non sulla tortura come prassi (largamente adottata in molti paesi, ma finora giuridicamente illecita e fatta anzi oggetto del ‘monitoraggio’ di organi internazionali). Se quindi, per un verso, il nesso legalità-diritti induce ancora a vedere nella tortura l’intollerabile residuo di un potere sfrenato, per un altro verso, al polo opposto del medesimo campo di tensione, l’antico argomento della *salus reipublicae* svaluta l’intangibilità del soggetto ed entra in rotta di collisione con quel principio di legalità che aveva trovato la sua destinazione prioritaria nella difesa dei diritti fondamentali.

L’argomento della *salus populi* è antico, ma può trovare una sua formulazione moderna, sintonizzata sulla lunghezza d’onda della democrazia. Non si può infatti escludere che il popolo e i suoi rappresentanti scelgano di considerare (nell’imminenza di un pericolo, non importa se effettivo o immaginato) come reciprocamente incompatibili sicurezza e legalità-libertà e preferiscano la prima alla seconda. In questo caso, è la stessa logica democratica, assunta in origine come la naturale fonte di legittimazione del principio di legalità, a comprometterne la tenuta, a riprova della rinnovata (o mai realmente risolta) problematicità di quel principio⁵⁷.

Tornano al centro della scena i soggetti pericolosi e appare pressante l’esigenza di neutralizzarli. Cambia la topografia dei soggetti e la rappresentazione della pericolosità e cambiano le tecniche raccomandate per rispondere alla sfida della sicurezza. Sembra perdere attrattiva l’obiettivo tardo-ottocentesco dell’integrazione, mentre tornano a farsi sentire le più antiche tendenze a espellere, a eliminare, comunque a mettere fuori gioco i criminali. Cade di conseguenza la visione ottocentesca del carcere come strumento di disciplinamento e trasformazione comportamentale del deviante e la realistica constatazione del fallimento dell’utopia integrazionistica rafforza la tendenza a fare del carcere un semplice strumento di neutralizzazione e confinamento dei soggetti pericolosi (una tendenza peraltro già presente anche in passato, e variamente intrecciata con la teoria dell’‘emenda’)⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. il saggio di Massimo LA TORRE, *infra*.

⁵⁷ Si vedano le considerazioni svolte (a commento delle tesi coraggiosamente garantistiche del giudice israeliano Barak) da F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 231 ss.

⁵⁸ Cfr. Cfr. L. WACQUANT, *Parola d’ordine: tolleranza zero*, Milano, Feltrinelli, 2000; A. DE GIORGI, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, DeriveApprodi, 2000; A. DE GIORGI, *Il governo dell’eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Verona, Ombre Corte, 2002 (ivi D. MELOSSI, *Discussione a mo’ di prefazione: carcere, postfordismo e ciclo di produzione della ‘canaglia’*, pp. 7-24). Cfr.

Sono oggi numerosi gli ordinamenti che varano una legislazione di emergenza che esaspera le sanzioni, enfatizza i meri atti preparatori, impiega formulazioni normative largamente indeterminate, riduce le garanzie in nome dell'obiettivo prioritario della sicurezza⁵⁹. È in nome della sicurezza che si reclama una dilatazione del penale che non soltanto incide sulla dialettica fra norma ed eccezione, ma accentua la valenza (durkheimianamente) simbolica della pena, valorizzandola come strumento di rafforzamento della coesione sociale. È in questo orizzonte che conviene collocare il successo delle teorie neo-retribuzioniste⁶⁰: tramontata ormai da lungo tempo quell'antropologia filosofica che ne aveva reso possibile il successo ottocentesco (l'idea del soggetto libero, razionale, responsabile)⁶¹, il fascino del retribuzionismo sembra ormai risiedere nella capacità di fornire una compensazione simbolica dell'insicurezza⁶².

Le strategie di assicurazione prevedono l'edificazione di argini e steccati, la creazione di differenze, l'irrigidimento del 'dentro' e del 'fuori', la contrapposizione fra i (buoni) cittadini e i soggetti pericolosi e (a qualche titolo) estranei. Il diritto penale del nemico e il diritto penale del cittadino⁶³ sono una recente traduzione ed esplicitazione giuridica di un immaginario socio-antropologico di 'lunga durata', che ha segnato in profondità l'area del penale moderno (e pre-moderno).

Non è peraltro sorprendente la persistenza (e al contempo la sempre nuova formulazione e funzionalizzazione) di strategie e immagini consolidate. Rimarrebbe

anche J. YOUNG, *Demonization and the Creation of Monstrosity: Late Modernity and the Dynamics of Social Exclusion*, in A. DE GIORGI (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce, Pensa Multimedia, 2002, pp. 593-611.

⁵⁹ Cfr. F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in «L'indice penale», IX, 2006, 1, pp. 210 ss.

⁶⁰ Un esempio in V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, Rusconi, 1978. Fra i tanti contributi odierni alla discussione del problema cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985; L. EUSEBI, *La pena 'in crisi'. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Padova, Morcelliana, 1989; L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989; F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1989; A. ACERBI, L. EUSEBI (a cura di), *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, Milano, Vita e Pensiero, 1998; M. PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004; K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005.

⁶¹ Cfr. M. CACCIARI, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., pp. 243-53.

⁶² Cfr. M. PAVARINI, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, cit., pp. 281-82.

⁶³ Cfr. G. JACOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JACOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 19-56. Cfr. *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1027-1053 (in particolare i saggi di E. DEMETRIO CRESPO, M. L. MAQUEDA ABREU, G. PORTILLA CONTRERAS, J. A. RAMOS VÁZQUEZ). Cfr. anche l'interessante dissertazione dottorale di Federica Resta (F. RESTA, *Reus, inimicus, hostis. Diritto penale e logiche dell'ostilità*).

stupito (e deluso) solo chi coltivasse una visione lineare e ‘provvidenziale’ della storia e scambiasse una soglia di discontinuità (quale quella introdotta dalla formulazione settecentesca del principio di legalità penale) con l’avvento dei nuovi cieli e delle nuove terre. Il principio di legalità non ha creato (d’improvviso e una volta per tutte) un ‘altro’ diritto penale. Non ha reso irrilevanti le differenze. Non ha azzerato gli effetti della stratificazione sociale. Non ha eliminato la contrapposizione fra il ‘dentro’ e il ‘fuori’. Non ha interrotto l’antica fascinazione della vittima sostitutiva. Il principio di legalità ha semplicemente complicato le regole del gioco nella dinamica dei conflitti politico-sociali. Non ha impedito al potere di ‘governare’ i soggetti, ma ha offerto ai soggetti uno strumento (o un argomento) per opporre resistenza.

FRA *MACHTSTAAT* E *RECHTSSTAAT*:
IMMAGINI DELLO STATO NEGLI ANNI VENTI

1. *La 'cultura di guerra' e la crisi della sovranità*

Fra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento era stata messa a punto una teoria dello Stato che dimostrava la possibilità di sottometterlo a precisi vincoli giuridici, allargando di conseguenza la sfera di autonomia dei soggetti. Veniva resa accettabile, pur agli occhi della tradizione statualistica dominante, l'idea di uno Stato *sub lege*, di uno Stato sottoposto al diritto, tenuto ad agire in condizioni di parità con i soggetti. La dimostrazione di questa possibilità era stata il fiore all'occhiello della riflessione giuridica di Jhering¹ e soprattutto di Jellinek², in Germania; e nella stessa direzione si erano mossi, in Francia, Carré de Malberg³ e, in Italia, Vittorio Emanuele Orlando⁴.

Non solo. Una ben più audace teoria cominciava a profilarsi già negli anni immediatamente precedenti alla guerra. Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*⁵, del 1911, Hans Kelsen sottoponeva a una serrata critica epistemologica la tradizione giuspubblicistica attaccandone il dogma centrale: l'idea dello Stato come soggetto che vuole, come ente storicamente operante. Questa idea, che era stata l'assioma da cui dipendeva la dogmatica ottocentesca, è per Kelsen soltanto un mito prescientifico, che deve essere demolito come l'immagine di un Dio creatore è stata smantellata dalle scienze fisico-naturali. Non esiste lo Stato come ente che vuole: lo Stato coincide con l'ordinamento giuridico, con un sistema di norme giuridicamente valide.

Kelsen era, da questo punto di vista, un iconoclasta: la sua de-mitizzazione dello Stato raggiunge una radicalità ignota ai suoi predecessori. Tanto egli quanto i suoi

¹ Rudolf von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino 1972.

² Georg Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice libraria, Roma-Milano-Napoli 1911; Id., *Dottrina generale dello stato*, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano 1921.

³ Raymond Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Sirey, Paris 1920.

⁴ Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale* (1899), Barbera, Firenze 1905⁴.

⁵ Hans Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, E.S.I., Napoli 1997.

P. Costa, *Fra Machtstaat e Rechtsstaat: immagini dello Stato negli anni Venti*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchivioO_24_07, pp. 161-178.

Orig. in Giovanna Procacci, Nicola Labanca, Federico Goddi (a cura di), *La guerra e lo Stato 1914-1918*, Unicopli, Milano 2018, pp. 403-424.

maestri, tuttavia, condividevano un obiettivo e un'ispirazione di fondo: sottoporre i poteri pubblici a stringenti vincoli giuridici, potenziando i diritti e le garanzie dei soggetti; sottolineare la dimensione rigorosamente giuridica dello Stato, facendo di esso un impersonale centro di regolamentazione dei rapporti intersoggettivi.

Un siffatto programma euristico appare plausibile agli inizi del Novecento e tuttavia, nel giro di pochi anni, sembra perdere il suo smalto e la sua capacità attrattiva. Che cosa sia successo nel frattempo è ovvio: è intervenuta la guerra, ponendosi come un drammatico spartiacque anche nel mondo più appartato dei saperi specialistici e delle teorie giuridiche. Non poteva essere diversamente: la guerra ha inciso sulla prassi di governo, ha travolto equilibri politici, ha trasformato la vita quotidiana e le aspettative di milioni di esseri umani e si è riverberata anche sulla rappresentazione dello Stato, mutandone irreversibilmente i contenuti. Di questi cambiamenti di portata europea non potrò, non dico dare conto, ma nemmeno redigere l'elenco. Mi limiterò quindi ad accennare a qualche profilo generale e a evocare qualche autore indicativo.

La guerra è uno spartiacque, dicevo, anche sul terreno della rappresentazione dello Stato. Ciò non significa che essa sia un cominciamento assoluto, un punto di origine in-condizionato. La guerra funziona piuttosto come un banco di prova e uno straordinario acceleratore e amplificatore di esperienze e aspettative già presenti nell'Europa anteguerra, ma ancora lontane dall'occupare il centro della scena.

L'Ottocento non è soltanto il trionfo dello Stato di diritto, delle libertà e delle garanzie. L'età dei diritti, cui si riferisce il famoso titolo bobbio⁶, vede anche, al volgere del secolo, il successo del darwinismo sociale e delle teorie razziali, la riscoperta di Gobineau e la diffusione dell'antisemitismo e la formazione di nuovi e più aggressivi nazionalismi, mentre la colonizzazione si avvia a raggiungere la sua fase culminante. In questo contesto, se pure la teoria del *Rechtsstaat* continua a godere di un notevole credito, al contempo si moltiplicano teorie che, pur movendo da premesse diverse, convergono in una conclusione: denunciare le insufficienze dello Stato di diritto e contrapporre ad esso un'idea diversa od opposta della sovranità.

Si pensi ad esempio a Heinrich von Treitschke: liberale di formazione, pur se fieramente anti-britannico e anti-francese, e al contempo convinto dell'incommensurabile trascendenza dello Stato sull'informe agglomerato degli interessi e dei diritti individuali. Se per i teorici del *Rechtsstaat* lo Stato svolge la sua

⁶ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

funzione civilizzatrice mostrandosi rispettoso delle garanzie individuali, per Treitschke lo Stato è chiamato a una politica di potenza che deve rivolgere all'esterno tutte le energie compatte e solidali della nazione. Lo Stato non deve essere una grande compagnia di assicurazioni. Le finalità interne hanno una loro importanza, ma solo a patto che non siano di ostacolo alla missione essenziale dello Stato: la potenza, l'espansione, insomma (hegelianamente) la guerra. È la guerra (di cui le imprese coloniali offrono una prova luminosa) lo strumento per reagire alla decadenza in agguato⁷.

Emerge nelle pagine del 'liberale' Treitschke un tema destinato a una grande fortuna: la guerra come rigenerazione morale ed epocale destino dello Stato. Non è però necessario condividere il pathos etico-politico di Treitschke per contrapporre all'esangue ed imbellè *Rechtsstaat* un'immagine diametralmente opposta della sovranità. È aliena da giudizi di valore la teoria di Ludwig Gumplowicz, che ambisce a una rappresentazione realistica e disincantata della dinamica socio-politica. E tuttavia anche per il sociologo e giurista polacco è la lotta fra razze e il conflitto irriducibile fra i forti e i deboli i fatti che mostrano la genesi polemica dello Stato e l'ineluttabilità della guerra e smascherano l'ipocrita retorica del *Rechtsstaat*⁸.

Quanto più si intensifica la concorrenza fra le potenze europee nello scenario della colonizzazione, quanto più si fanno sentire i rumori di guerra, tanto più lo Stato di diritto appare un vaso di coccio fra vasi di ferro: l'espressione giuridica di un liberalismo destinato a essere travolto dalla gigantomachia degli Stati-potenza. In questa prospettiva (si pensi, per l'Italia, alle pagine di Enrico Corradini e di Alfredo Rocco), la grande guerra può essere letta come una profezia che si auto-avvera: un'aspettativa che, per il solo fatto di essere stata espressa, contribuisce a far accadere l'avvenimento.

La guerra si offre quindi come la riprova di un collasso annunciato – il collasso del vecchio Stato, delle vecchie élites, delle vecchie teorie – e, al contempo, amplifica a dismisura il senso di una distanza incolmabile dal mondo precedente. È a quel mondo che anche il *Rechtsstaat* veniva ascritto. E se quel mondo si è dissolto, nemmeno lo Stato di diritto può sopravvivere indenne.

Questa diffusa percezione è un momento del conflitto politico e ideologico che divampa in numerose zone d'Europa e in particolare in Germania e in Italia, ma è

⁷ Heinrich von Treitschke, *La politica, vol. I, L'essenza dello Stato*, Laterza, Bari 1918.

⁸ Ludwig Gumplowicz, *Grundriß der Soziologie*, in Id., *Ausgewählte Werke*, vol. II, Scientia Verlag, Aalen 1978; Id., *Der Rassenkampf*, in Id., *Ausgewählte Werke*, vol. III, Scientia Verlag, Aalen 1973.

anche un effetto della drammatica esperienza della guerra e della ‘cultura della violenza’ da essa trasmessa. Mi limito a richiamare in proposito due fenomeni, già ampiamente studiati.

In primo luogo, è una diversa e più incisiva azione dei poteri pubblici sull’economia e sulla società che la guerra ha reclamato e legittimato. La distinzione, classicamente liberale, fra società civile e Stato, fra poteri pubblici e autonomia privata, vacilla di fronte alle esigenze di quella mobilitazione di massa che è una delle caratteristiche strutturali e inedite della grande guerra. E si indebolisce anche l’altrettanto classica distinzione fra legislativo ed esecutivo a tutto vantaggio di un’azione di governo che si vuole pronta, efficace, sottratta alla discussione e alla contestazione.

In secondo luogo, in Italia, come negli altri paesi belligeranti, la tutela dei diritti fondamentali appare in molti casi un lusso che le nazioni in armi non possono permettersi. Ne sono una prova i provvedimenti di ‘internamento’ adottati dagli Stati belligeranti nei confronti di soggetti che solo in quanto sospettabili di essere nemici ‘interni’ subiscono gravi restrizioni delle loro libertà: «anche in Italia – scrive Giovanna Procacci – una folla di migliaia di uomini, donne e bambini fu costretta ad abbandonare le proprie abitazioni, per essere inviata in luoghi lontani, quasi sempre privi di adeguate attrezzature di accoglienza»⁹. Certo, il campo non è un’invenzione della prima guerra mondiale. I campi di concentramento (tanto il ‘nome’ quanto la ‘cosa’) nascono in alcune guerre coloniali, a Cuba e in Sud-Africa¹⁰. Nel corso dell’Ottocento però la violenza ‘illimitata’ – priva cioè di precisi limiti etici e giuridici – era relegata nelle oscure colonie, mentre la metropoli si riscaldava al sole dello Stato di diritto. È la guerra mondiale che brucia le distanze fra governo ‘ordinario’ e ‘straordinario’ e fra realtà coloniali e società metropolitane e rilancia la violenza ‘illimitata’ o ‘assoluta’ del dominio coloniale nel cuore della *Zivilisation*¹¹.

⁹ Giovanna Procacci, *L'internamento di civili in Italia durante la prima guerra mondiale. Normativa e conflitti di competenza*, in “DEP”, 5-6, 2006, pp. 33-34. Cfr. anche Ead., *La limitazione dei diritti di libertà durante la prima guerra mondiale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici e la lotta ai ‘nemici interni’ (1915-1918)*, in “Quaderni Fiorentini”, 38, 2009 (*I diritti dei nemici*), pp. 601-652.

¹⁰ Cfr. ad es. Jonathan Hyslop, *The Invention of the Concentration Camp: Cuba, Southern Africa and the Philippines, 1896–1907*, in “South African Historical Journal”, 63, 2, 2011, pp. 251-276; Iain Robertson Smith-Andreas Stucki, *The Colonial Development of Concentration Camps (1868–1902)*, in “The Journal of Imperial and Commonwealth History”, 39, 3, 2011, pp. 417-437.

¹¹ Cfr. Luigi Labanca, *La frontiera coloniale e il suo labile confine fra ordinario e straordinario*, in Francesco Benigno-Luca Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Viella, Roma 2007, pp. 221-38 Luigi Nuzzo parla di un ‘controtransfert’ a proposito dell’influenza della

La guerra diviene quindi un'esperienza che raccoglie, moltiplica e diffonde l'esperienza di una violenza che, lungi dall'esaurirsi sui campi di battaglia, si imprime a fondo nella vita quotidiana e nella cultura politica del dopoguerra. George Mosse ha parlato del processo di "brutalizzazione" indotto dalla guerra ed esteso alla vita civile e politica del dopoguerra¹². Con accenti analoghi, Emilio Gentile ha ribadito che «dopo oltre quattro anni di combattimenti, la violenza era diventata una nuova abitudine di comportamento per milioni di uomini che erano stati al fronte; e molti di essi la consideravano ora uno strumento legittimo per distruggere il vecchio mondo e crearne uno nuovo»¹³. Il conflitto mondiale si presenta come la matrice di una "cultura di guerra"¹⁴ che avrebbe gettato la sua ombra sul ventennio successivo¹⁵.

E dunque: poteri pubblici socialmente ed economicamente pervasivi; un governo capace di interventi rapidi, sottratti a vincoli giuridicamente cogenti; diritti comprimibili in nome del superiore interesse della nazione; una violenza diffusa e pervasiva: se questi sono alcuni dei profili caratteristici dell'esperienza della guerra, è facile comprendere come nel dopoguerra fosse difficile per tutti continuare a percepire la sovranità secondo i canoni caratteristici dello Stato di diritto *d'antan*.

Certo, nemmeno in questo caso mancano collegamenti con tradizioni antecedenti. Basti ricordare il dispositivo dello 'stato d'assedio', ampiamente utilizzato nell'età liberale per aver mano libera nella repressione di movimenti e agitazioni particolarmente pericolosi¹⁶. Più in generale, ciò che traluce nelle torsioni cui lo

colonia sulla metropoli: Luigi Nuzzo, *La colonia come eccezione. Un'ipotesi di transfer*, in "Rechtsgeschichte", 7, 2006, pp. 52-58. Per qualche considerazione ulteriore mi permetto di rinviare a Pietro Costa, *'Classi pericolose' e 'razze inferiori': la sovranità e le sue strategie di assoggettamento*, in "I sentieri della ricerca. Rivista di storia contemporanea", 7-8, 2008, pp. 333-351.

¹² George Lachmann Mosse, *Le guerre mondiali. Dalla tragedia al mito dei caduti*, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. 176-180.

¹³ Emilio Gentile, *L'apocalisse della modernità: la grande guerra per l'uomo nuovo*, Mondadori, Milano 2008.

¹⁴ Cfr. *La violence de guerre, 1914-1945*, a cura di Stéphane Audoin-Rouzeau-Annette Becker-Christian Ingrao-Henry Rousso, Éditions complexe, Paris 2002.

¹⁵ Cfr. Giovanna Procacci, *Alcune recenti pubblicazioni sulla "cultura di guerra" e sulla percezione della morte nel primo conflitto mondiale*, in Nicola Labanca-Giorgio Rochat (a cura di), *Il soldato, la guerra e il rischio di morire*, Unicopli, Milano 2004, pp. 107-124; Federico Mazzini, *La cultura di guerra del primo conflitto mondiale: consenso, coercizione, numbness*, in "900. Per una storia del tempo presente", 2, 2009, pp. 273-283; Daniele Ceschin, *Culture di guerra e violenza ai civili. Una "nouvelle histoire" della Grande Guerra?*, in "Ricerche di Storia Politica", 1, 2010, pp. 43-55; Nicola Labanca, *Cultura di guerra, note su una categoria storica*, in Piero Del Negro-Enrico Francia (a cura di), *Guerra e culture di guerra nella storia d'Italia*, Unicopli, Milano 2011, pp. 13-24.

¹⁶ Cfr. Giuliano Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano 1967; Luciano Violante, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati*

Stato di diritto va incontro negli anni della guerra è una dialettica che sta al fondo dell'intero itinerario politico-giuridico della modernità: la dialettica fra norma ed eccezione¹⁷. “Necessitas facit legem”: l'antico adagio viene insistentemente riproposto e reinterpretato da una cultura giuridica che, almeno a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento, assume le garanzie come un contrassegno irrinunciabile della civiltà moderna, ma, al contempo, intende fornire alle classi dirigenti efficaci strumenti di governo e di controllo delle “classi pericolose”. Se è vero, dunque, che la dialettica fra norma ed eccezione è iscritta nell'intera parabola della modernità, essa tuttavia trova nella grande guerra non soltanto un terreno favorevole a una sua urgente attualizzazione, ma anche uno stimolo a essere ripensata alla radice.

2. Stato di diritto e “dittatura sovrana”

Dall'esperienza della guerra provengono messaggi diversi, ma convergenti in una direzione: prendere atto della frattura provocata dal conflitto mondiale e trarne tutte le suggestioni utilizzabili per ripensare a fondo la sovranità, per rafforzarne o rifondarne la legittimità, per offrire ad essa nuove e più incisive possibilità di intervento sulla dinamica sociale e politica, per sottolineare il suo nesso costitutivo con l'esercizio della forza coattiva.

È facile comprendere come, in una siffatta prospettiva, il lascito più ingombrante e fastidioso della teoria ottocentesca dello Stato fosse proprio l'idea di una *potestas sub lege*, di uno Stato costretto a fare i conti, da un lato, con il primato della legge e, dall'altro lato, con i diritti dei soggetti. Appariva urgente denunciare l'esaurimento dello Stato di diritto e delineare i tratti di una sovranità irriducibile alle anguste regole del *Rechtsstaat*.

Certo, non assistiamo a uno smantellamento concorde e univoco dello Stato di diritto. Basti pensare alla riflessione di Hans Kelsen, che già prima della guerra, nel 1911, aveva posto le basi di una teoria giuridica che si sarebbe ulteriormente

d'assedio e giustizia militare, in “Rivista di storia contemporanea”, V, 4, 1976, pp. 481-524; Roberto Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, il Mulino, Bologna 1980; Carlotta Latini, *Governare l'emergenza*, Giuffrè, Milano 2005.

¹⁷ Mi permetto di rinviare a Pietro Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in “Quaderni Fiorentini”, 36, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale. Per Mario Sbriccoli*), pp. 1-42. Si vedano in particolare i saggi di Floriana Colao, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra «giustizia penale eccezionale» e «repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale»*, *ibidem*, pp. 697-742 e di Michele Pifferi, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale fra Otto e Novecento*, *ibidem*, pp. 743-800.

sviluppata e avrebbe reso possibile il superamento di una difficoltà di fronte alla quale si era arrestata la dottrina ottocentesca del *Rechtsstaat*: disposta, sì, ad ammettere la possibilità di un'amministrazione *sub lege*, ma ancora convinta che nel potere legislativo risiedesse la quintessenza di una sovranità per definizione refrattaria a qualsiasi limite.

Non mancano dunque, nel dopoguerra, tentativi coraggiosi che, lungi dal limitarsi a una semplice apologia del buon tempo antico, come se nulla fosse successo nel frattempo, mirano a sviluppare e a potenziare la teoria dello Stato di diritto. È però a un fronte opposto che devono essere ricondotte le novità più fragorose e le adesioni più numerose: al fronte (affollato, anche se variegato) di coloro che indicavano nella teoria ottocentesca dello Stato di diritto non un nucleo che, ripensato alla luce delle nuove esigenze, poteva condurre a un profondo rinnovamento dei poteri pubblici, ma il germe della decadenza e della finale impotenza della sovranità.

Siamo di fronte a una biforcazione che impegna a fondo il dibattito politico giuridico fra le due guerre. Non posso ripercorrerlo analiticamente e dovrò limitarmi a qualche scarno (ed esemplificativo) richiamo. Conviene accennare subito alla riflessione più celebre e in qualche modo emblematica di una strategia 'distruttiva' nei confronti della visione ottocentesca dello Stato liberale di diritto: la riflessione di Carl Schmitt.

In un saggio dell'immediato dopoguerra, *Die Diktatur* (che esce nel '21)¹⁸, Schmitt va direttamente al punto, interrogandosi su una questione decisiva (decisiva in generale, ma resa ancora più urgente dagli effetti destabilizzanti della guerra): che cosa renda possibile l'ordine. Per Schmitt, l'ordine socio-politico non ha niente di automatico: non è l'effetto scontato di un ben congegnato sistema di norme. Non rinvia a una qualche asettica ingegneria sociale, ma richiede l'intervento di una forza eccedente, di un'energia creativa e istitutiva: evoca la figura moderna del 'dittatore'; non il dittatore del mondo antico, ma il dittatore che si contrappone a un assetto esistente e fonda un nuovo regime; un dittatore che Schmitt chiama 'sovrano', capace di esercitare un potere costituente creando un ordine altrimenti impossibile¹⁹.

Lo scritto che segue al saggio sulla dittatura, la *Politische Theologie*, del '22²⁰, forse il suo saggio più celebre, generalizza le premesse adombrate nel saggio

¹⁸ Carl Schmitt-Dorotić, *Die Diktatur, von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München und Leipzig, Duncker & Humblot 1921.

¹⁹ Carl Schmitt, *La dittatura* (1921), Laterza, Roma-Bari 1975, pp. 3-7.

²⁰ Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München und Leipzig, Duncker & Humblot 1922.

precedente: la condizione di possibilità dell'ordine, è, sì, l'esistenza delle norme, il darsi di una situazione 'normale' perché 'normata', ma la situazione 'normale' non si crea da sola, bensì presuppone una forza che la istituisca: occorre «creare una situazione normale – scrive Schmitt – e sovrano è colui che decide in modo definitivo se questo stato di normalità regna davvero»²¹.

Sono queste, in sintesi, le premesse teoriche che permettono a Schmitt di stilare la sua impietosa diagnosi sullo stato dei poteri pubblici, consegnata al saggio dell'anno successivo: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*²². A Schmitt non interessa tanto la descrizione dei meccanismi giuridici, quanto il principio che dà senso e coerenza alle istituzioni rappresentative; e questo principio è da Schmitt identificato con la discussione pubblica. Il parlamento è il luogo istituzionale che rende visibile il confronto fra opinioni contrastanti, nella convinzione che da un dialogo tendenzialmente interminabile possano scaturire l'armonia dei contrari²³.

È questa la grande illusione nella quale si è cullata la cultura dominante nell'anteguerra. Perché si tratti di un'illusione lo ha già detto, secondo Schmitt, uno scrittore spagnolo – Juan Donoso Cortés – che, dopo i disordini del Quarantotto, nel suo *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, aveva preso le distanze dalla dottrina liberale²⁴, sviluppando un'intuizione peraltro già presente nelle sue lezioni del '35-'37: che cioè il 'governo della ragione' presuppone l'ordine, ma non è in grado di crearlo, tanto da rendere necessario uno 'stato di eccezione', una 'dittatura' capace di ripristinare la 'normalità' colpita dalle minacce della rivoluzione. L'illusione liberale, di stampo razionalistico e immanentistico, già denunciata, secondo Schmitt, dall'autore spagnolo, consiste nell'ipotizzare che la durezza del conflitto politico possa essere stemperata e sublimata in una civile e infinita discussione; consiste nell'immaginare – scrive Schmitt – «che la contrapposizione definitiva, la sanguinosa battaglia decisiva possa essere

²¹ Carl Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922) in Id., *Le categorie del 'politico'*, a cura di Gianfranco Miglio-Pierangelo Schiera, il Mulino, Bologna 1972, p. 39.

²² Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München und Leipzig, Duncker & Humblot 1922 (tr. ital. Carl Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Giappichelli, Torino 2004).

²³ Nasce su questa base la contrapposizione del 'parlamentarismo' alla 'democrazia', che Schmitt sviluppa nella *Vorbemerkung (Über den Gegensatz vom Parlamentarismus und Demokratie)* premessa all'edizione del 1926 dell'opera del '23, in sostanziale contrapposizione a un saggio kelseniano di poco precedente (Hans Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, W. Braumüller, Wien-Leipzig 1925).

²⁴ Juan Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, s.e., Barcelona 1851.

trasformata in un dibattito parlamentare e possa così venir sospesa per mezzo di una discussione eterna». Lo «strano imbroglio panteistico», come lo chiama Schmitt, è insomma pensare di poter sospendere la decisione, mentre da essa sola può scaturire un qualche ordine²⁵.

Ciò che la guerra ha dimostrato inoppugnabilmente è l'impossibilità di un ordine spontaneo²⁶ e la necessità di un potere che, libero da remore formalistiche e da sterili logomachie, decide e, decidendo, rende possibile l'ordine (non è un caso che Schmitt dedichi una costante attenzione a Hobbes, come punto di origine dell'immagine, tipicamente moderna, di un ordine infondato e artificiale²⁷). Infrante dalla guerra, cadono le illusioni razionalistiche e irenistiche e, fra queste, l'idea di un potere frenato, da un lato, dagli inconcludenti dibattiti di una classe «discutidora» (come la chiamava Donoso Cortés) e, dall'altro lato, dai vincoli formali e dalle remore giuridiche del *Rechtsstaat*.

3. *Stato di diritto, Stato giuridico, Führerstaat*

Lo Stato di diritto e il dispositivo della rappresentanza parlamentare come espressioni di un vecchio liberalismo, ormai incapace di rispondere alle urgenze di una società trasformata dalla guerra: sono queste le tesi che Carl Schmitt formula nei primi anni venti, in una Germania che pure sta reagendo alla sconfitta e alla crisi avviando un coraggioso esperimento di 'democrazia costituzionale'. Queste tesi esprimono sensazioni e opinioni destinate a una crescente diffusione in Germania e già influenti sull'opinione pubblica italiana dell'immediato dopoguerra. È in Italia che l'attacco all'imbelle parlamentarismo e alla crisi dell'autorità da esso provocata diviene precocemente uno strumento della retorica politica adottata dal movimento e poi dal partito fascista.

Se la *pars destruens* di questa retorica è il rifiuto della tradizione liberal-parlamentare, la *pars costruens* è la rifondazione dell'autorità. Rifondare l'autorità significa, in primo luogo, prendere atto che lo Stato esistente, dilaniato dalle beghe parlamentaristiche e dai contrapposti interessi delle classi e dei partiti, ha perduto ogni *auctoritas* ed è solo la larva o la caricatura di uno Stato chiamato a dar voce a una nazione uscita vittoriosa dalla guerra. Occorre dunque, e questo è il secondo

²⁵ Carl Schmitt, *Teologia politica ... cit.*, pp. 82-83.

²⁶ Cfr. in questo senso Carlo Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero moderno*, il Mulino, Bologna 1996. Cfr. anche Geminello Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996.

²⁷ Cfr. Carl Schmitt, *Scritti su Hobbes*, a cura di Carlo Galli, Giuffrè, Milano 1986.

punto, andare all'essenza dello Stato, riportarne alla luce il nucleo costitutivo, in una parola, ritrovare la sua forza originaria e creativa; quella forza che la guerra ha esaltato e il dopoguerra rischia di dilapidare.

Lo Stato come forza, come volontà di comando, come impero indiscutibile e assoluto: di fronte a una siffatta immagine dello Stato il sapere giuridico non solo non poteva restare indifferente, ma era in grado di svolgere un ruolo attivo e propositivo facendo leva sulla vocazione statalistica di cui esso aveva dato prova nel secolo precedente²⁸. Assistiamo a un complesso gioco di sponda fra presente e passato, fra tradizione e innovazione. Il movimento fascista rilancia un'immagine tradizionale dello Stato ma al contempo la amplifica, la assolutizza, la dichiara incompatibile con gli 'addomesticamenti' o i mascheramenti introdotti dallo Stato di diritto e dal parlamentarismo e ne propone una riformulazione intransigente. I giuristi, a loro volta, possono scegliere la strada di un prudente tradizionalismo e rivendicare alla propria disciplina i meriti di una precoce celebrazione dello Stato come forza imperante oppure avviarsi a divenire intellettuali 'militanti' e attribuire al fascismo il merito di aver rotto con il passato e aver salvato la sovranità dal declino cui sembrava condannata.

Se dunque ritrovare la perduta autorità e restaurare l'assoluta supremazia del potere sovrano è tornare all'origine della statualità e al contempo proporla come forma della nuova società trasformata dalla guerra, il fascismo può giocare, per così dire, su due tavoli: può presentarsi, volta a volta, come una rivoluzione che interrompe ogni complicità con il passato oppure come il recupero dei momenti più alti e formativi di una tradizione nazionale che aveva perduto il suo originario slancio perdendosi nella palude della democrazia. È una strategia retorica che continua a essere coltivata in tutto l'arco del ventennio. Essa può essere declinata variamente a seconda delle esigenze politiche del momento, ma si regge sul nesso di complementarità che viene a instaurarsi fra il gesto di rottura degli equilibri esistenti e l'instaurazione di un ordine nuovo che prepara il futuro ricongiungendosi alle origini e all'essenza della tradizione nazionale-statuale.

In questo gioco delle parti, non viene però mai smentita dalla pubblicistica un'esigenza irrinunciabile: invertire la direzione indicata dai teorici ottocenteschi dello Stato di diritto e, lungi dal procedere verso l'incremento della controllabilità e

²⁸ Mi permetto di rinviare a Pietro Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 1986.

della trasparenza dei meccanismi decisionali, rafforzare l'autonomia del potere politico e ribadire l'assoluta trascendenza.

Della ricerca di un punto equidistante fra il recupero della 'tradizione' e la sottolineatura del carattere 'rivoluzionario' del fascismo lo 'Stato di diritto' è, insieme, un tramite e un indizio eloquente. Gioca a suo favore un'ambiguità presente nella traiettoria ottocentesca del *Rechtsstaat*. La nozione dello Stato di diritto, infatti, se (soprattutto a fine Ottocento) veniva assumendo una valenza più apertamente liberal-garantistica (orientata a potenziare la salvaguardia degli interessi individuali e a contenere la discrezionalità dell'amministrazione), era stata formulata e utilizzata anche da dottrine impennate non sul protagonismo dei soggetti, ma sull'intangibile maestà dell'ordine. Per Friedrich Julius Stahl, ad esempio, lo Stato di diritto è semplicemente uno Stato che comanda non già attraverso improvvisati atti d'imperio, ma entro la forma strutturata e certa del diritto, rimanendo quindi ad esso estranea qualsiasi inflessione 'individualistica'.

In questa prospettiva, appare preservata la trascendenza del potere, che rischia invece di essere messa in questione non appena l'accento si sposta sul nesso funzionale che deve collegare lo Stato ai soggetti. In Germania Schmitt, nei suoi scritti dei primi anni Venti, aveva espresso questa preoccupazione con tutta la forza del suo icastico stile discorsivo. Schmitt non era comunque una *vox clamantis in deserto*. È lo stesso Schmitt ad affermare (*post festum*) che in Italia, più che in Germania, erano emerse, nell'immediato dopoguerra, la consapevolezza della crisi della civiltà giuridica anteguerra e la convinzione che proprio lo Stato di diritto fosse il nodo della questione, il punto di discriminazione fra il 'vecchio' e il 'nuovo'²⁹.

A conferma di questa tesi Schmitt fa riferimento a un saggio pubblicato da Sergio Panunzio nel 1921 e intitolato appunto a *Lo Stato di diritto*³⁰. Panunzio si era ormai lasciato alle spalle il suo originario sindacalismo rivoluzionario e stava riscoprendo il ruolo dell'*auctoritas*. Peraltro, nel 1920 si era già espresso con accenti 'schmittiani' (prima di Schmitt) un filosofo italiano, Giuseppe Rensi, che finirà per entrare in rotta di collisione con il fascismo, ma, in quel momento, invocava la rifondazione dell'autorità; e con essa «la fine – come egli scrive – dello stato di irrisoluzione» e il superamento di una sterile libertà incapace «di condurre a qualsiasi risoluzione e decisione»³¹.

²⁹ Carl Schmitt, *Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'?* (1935), in Id., *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, a cura di Günter Maschke, Duncker & Humblot, Berlin 1995, p. 121.

³⁰ Sergio Panunzio, *Lo Stato di diritto*, Il Solco, Città di Castello 1921.

³¹ Giuseppe Rensi, *La filosofia dell'autorità*, Sandron, Milano-Palermo 1920, p. 233.

Non bastano i marchingegni giuridici a fondare l'ordine, ma occorre l'autorità, e l'autorità, a sua volta, è forza irresistibile, impero, coazione, ma è anche molto di più: è formazione etica dei soggetti, è educazione. È questa l'autorità invocata da Panunzio in uno scritto del '21: «tutte le forze e le violenze – scrive Panunzio – [...] non sono che un impiego di mezzi pedagogici a educarci internamente», a ricondurci tutti a «un solo organismo spirituale»³². Non siamo lontani da alcuni temi di fondo della riflessione di Giovanni Gentile: dalla dimensione etica della forza all'idea del ricupero di un'*auctoritas* che, posseduta dallo Stato risorgimentale, era stata pervertita e avvilita dalle sue degenerazioni democratiche.

Il diritto ha un suo ruolo, ma rischia di divenire, se lasciato a se stesso, un guscio vuoto o, peggio, un ostacolo. È la tesi che Panunzio svolge nel libro dedicato allo Stato di diritto. La tesi dell'autore non è, per così dire, distruttiva, ma è relativamente conservativa nei confronti dell'oggetto dell'indagine: si tratta non di abbattere lo Stato di diritto, ma solo di restringerne la portata. Il rispetto delle regole, l'attribuzione dei diritti ai soggetti sono aspetti consolidati della civiltà giuridica e devono essere conservati. Occorre però precisarne il campo di applicazione e farlo coincidere con i rapporti privati, contrattuali e, in generale, con i 'normali' (e 'normati') rapporti intersoggettivi. Nella dimensione quotidiana, ordinaria e 'privata' delle relazioni sociali lo Stato di diritto può svolgere ancora una funzione, ma non può pretendere di estendere la sua logica alla vita complessiva dello Stato. La situazione 'normale', la vita ordinaria dei soggetti, può essere sempre interrotta dallo stato di eccezione, di cui la guerra è l'espressione più chiara e più forte. Quando ricorre lo stato di eccezione, salta, scrive Panunzio, «la logica 'ordinaria' dello Stato di diritto», «ogni criterio giuridico è superato» e allo Stato di diritto subentra lo 'Stato etico', «come ente storico e come persona a sé e per sé [...]»³³.

Panunzio individua precocemente una direttrice di marcia che sarà largamente seguita nel ventennio fascista. Certo, non mancheranno posizioni che insisteranno sul carattere intrinsecamente liberale e 'individualistico' dello Stato di diritto e affermeranno la sua netta estraneità al mondo del fascismo³⁴. Non è però questa la strategia prevalente. È assai più diffusa la convinzione che lo Stato di diritto,

³² Sergio Panunzio, *Diritto, forza e violenza. Lineamenti di una teoria della violenza*, Cappelli, Bologna 1921, p. 209.

³³ Sergio Panunzio, *Lo Stato di diritto...* cit., pp. 156-59.

³⁴ Cfr. ad esempio Giuseppe Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, Firenze, Palermo 1916, pp. 107-113. Cfr. Irene Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano 2007.

debitamente epurato dalle sue compromissioni con l'antropologia e con la politica liberali, possa essere accolto nell'empireo dei concetti giuspubblicistici del fascismo. Ciò che conta è tener fermo il primato assoluto dello Stato ed escludere che la sua potenza possa infrangersi di fronte insuperabili vincoli normativi.

Di nuovo, la 'rivoluzione' fascista si presenta come una rottura nei confronti della cultura anteguerra e al contempo come il recupero di un contenuto 'originario' smarrito nel periodo dell'egemonia liberal-democratica: per lo Stato di diritto, il nucleo razionale che conviene salvare dalle degenerazioni individualistiche è l'idea (già elaborata da Stahl) di una sovranità il cui volere si esprime necessariamente nella forma del diritto. È questo lo Stato che, ancora preso sul serio dalla Destra storica, era stato corrotto dal parlamentarismo otto-novecentesco³⁵ e viene riportato a nuova vita dal fascismo.

Questa prospettiva continua ad essere seguita nel corso del ventennio fascista. Panunzio continuerà ad illustrarla proponendo di riferire il termine 'Stato di diritto' allo Stato segnato dall'ideologia individualistica della liberal-democrazia e di riservare allo Stato fascista il termine di 'Stato giuridico': uno Stato che si tiene lontano da interventi arbitrari e dispotici in quanto agisce nella forma del diritto³⁶. Certo, la fortuna dello 'Stato di diritto' nella pubblicistica del fascismo soggiace a precise condizioni: in primo luogo, ha diritto di circolazione solo a patto di evitare qualsiasi contaminazione con uno Stato che si voglia fondato sui diritti e funzionale alla loro tutela; in secondo luogo, presuppone una netta distinzione fra l'attività privata del singolo e la sua dimensione politica o pubblica (ed è per la prima che la normazione giuridica può offrire garanzie, mentre per la seconda non può che valere l'unica regola del supremo interesse statual-nazionale); in terzo luogo, e di conseguenza, lo 'Stato di diritto' è collocato in uno spazio semantico che trova nella nozione dello 'Stato totalitario' un asse la cui centralità è destinata ad aumentare nel corso del ventennio³⁷).

Anche in Germania non mancano tentativi di percorrere una strada analoga. Una tesi non troppo lontana da quella panunziana sarà avanzata in Germania nel '33, nel corso di un breve dibattito sullo Stato di diritto, da Otto Koellreutter, per il quale la formula dello Stato di diritto è ancora accettabile nel nuovo regime, data l'esistenza

³⁵ Carlo Alberto Biggini, *La legislazione costituzionale nel nuovo diritto pubblico italiano*, Arti Grafiche, Ravenna 1931, p. 32.

³⁶ Sergio Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, Libreria del Littorio, Roma 1929, p. 211.

³⁷ Mi permetto di rinviare a Pietro Costa, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in "Quaderni Fiorentini", 18, 1999, pp. 285-399.

di leggi generali e di rimedi giurisdizionali³⁸. Sarà Schmitt a porre una pietra tombale sullo Stato di diritto: che egli rigetta come un mero residuo del defunto liberalismo, incompatibile con il nuovo Stato, che deve piuttosto essere definito un «Führerstaat», nel quale solo il *Führer* è il supremo giudice e il tramite ultimo della realizzazione del diritto³⁹.

Il congedo dal vecchio Stato di diritto assume nella Germania nazionalsocialista una radicalità assai maggiore che nell'Italia fascista, ma molte esigenze di fondo sono condivise: la contrazione o l'azzeramento dei diritti individuali e delle garanzie, l'estensione dello stato di eccezione (che in Germania diviene una sorta di paradossale 'stato di eccezione permanente') e la trasformazione del potere sovrano in una mitica entità demiurgica e salvifica.

4. Stato di diritto e "soziale Rechtsstaat"

Non era possibile un ritorno alla condizione anteguerra: è questo il messaggio che la guerra, nella sua traumatica e sconvolgente novità, aveva trasmesso alla cultura degli anni venti e trenta. Trasposto nel linguaggio della politica e del diritto, questo messaggio si era spesso risolto in un virulento attacco alle istituzioni liberal-parlamentari che si erano venute affermando nel corso dell'Ottocento. In questo contesto, lo Stato di diritto non può essere che una vittima sacrificale: o si afferma che la nozione di un potere *sub lege* è strutturalmente compromessa con la tradizione liberale e deve essere rifiutata in blocco (è la strada che si imporrà nella Germania nazional-socialista) oppure si tenta di recuperare il nucleo 'sano' dello Stato di diritto impedendone la deriva 'individualistica' – l'attribuzione ai soggetti di un'attenzione e di un'autonomia eccessive – e limitandosi a valorizzare il ruolo del diritto nella messa in forma degli imperativi sovrani (è la via seguita da Panunzio e dalla maggioranza della giuspubblicistica fascista).

In entrambi i casi, comunque, l'attacco allo Stato di diritto sembra essere la conseguenza obbligata del più generale rifiuto della tradizione e delle istituzioni liberal-democratiche. Sarebbe però un'indebita conclusione dedurre, *a contrario*, che i difensori della democrazia si limitino, in blocco, a proporre la conservazione dello Stato di diritto ottocentesco. Certo, non mancano posizioni (sia politiche che

³⁸ Otto Koellreutter, *Grundriß der allgemeinen Staatslehre*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1933, pp. 108-109; pp. 255-56.

³⁹ Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht* (1934), in Id., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939*, Duncker & Humblot, Berlin 1988, pp. 200-201.

intellettuali) che continuano a vedere negli equilibri socio-politici e nella cultura ante-guerra un traguardo insuperabile, che occorre preservare una volta finite le “tempeste d'acciaio”. Circolano però anche proposte, di indubbio rilievo, che intendono, sì, restare fedeli ai principi della liberal-democrazia, ma non vogliono riproporli immutati, bensì ripensarli alla luce delle nuove urgenze e delle nuove esigenze, condividendo quindi proprio l'impressione più largamente diffusa: che cioè la guerra sia stata una frattura che non permette un semplice ritorno all'indietro e impone un rinnovamento profondo della tradizione liberal-democratica.

Certo, la guerra aveva prodotto una 'cultura' permeata dall'esperienza e dal trauma della violenza. Non era però soltanto questo il suo lascito. La guerra aveva mostrato non soltanto la pervasività della violenza, ma anche la rilevanza della massa. Anche nei paesi dove erano rimaste in piedi le istituzioni politiche ante-guerra non potevano non diffondersi esigenze nuove e non poteva non rafforzarsi la tendenza non a una semplice conferma del passato, ma al potenziamento della democrazia e al superamento dei limiti elitari del liberalismo ottocentesco. Non è un caso che, in alcuni paesi usciti vincitori dalla guerra, come la Francia e l'Inghilterra, una parte consistente dell'opinione pubblica preme per un'estensione della democrazia e ottenga infine un allargamento della base elettorale⁴⁰.

Ancora più interessante e rivelatore in questo senso è il grande (anche se effimero) esperimento costituzionale in Germania. Nel caso della Germania, la rottura con il passato era imposta dalle cose stesse: dalla dura sconfitta e dalla conseguente necessità di esprimere un'assemblea costituente da cui uscisse un nuovo modello politico-sociale. Il risultato conseguito non fu un mero compromesso fra forze e ideologie incompatibili: una costituzione 'che non aveva saputo scegliere' (come pure fu detto, da sponde politicamente opposte, negli anni della repubblica weimariana). Certo, non mancavano incertezze e ambiguità nel dettato costituzionale. Dal suo complesso, tuttavia, emergono i tratti di un modello profondamente innovativo: una sorta di 'terza via', intermedia fra lo Stato liberale ottocentesco e la recentissima costituzione sovietica del '18, un tentativo di coniugare le libertà della tradizione liberale con un'inedita attenzione ai bisogni vitali dei soggetti e alla loro dimensione economico-produttiva.

I principi cardinali del liberalismo sono conservati, ma al contempo vengono introdotti diritti appartenenti a una classe nuova: la classe dei diritti (che si

⁴⁰ Cfr., da ultimo, Ian Kershaw, *To Hell and Back. Europe, 1914-1919*, Viking, New York 2015, pp. 134 ss.

prenderanno a chiamare) ‘sociali’. Schmitt li chiama piuttosto «sozialistischen Rechte», contrapponendoli agli «Staatsbürgerrechte», ai diritti del cittadino, ai diritti ‘classicamente’ liberali⁴¹. Nel suo commento alla costituzione weimariana, Schmitt prende le difese del ‘vecchio’ Stato di diritto contro le pretese weimariane ad estendere (indebitamente, per Schmitt) la rosa dei diritti fondamentali. E si tengano presenti, sul fronte opposto, le pungenti critiche di Otto Kirchheimer. Non manca però chi ritiene che la nuova costituzione indichi la strada giusta per affrontare una crisi sempre più minacciosa. Valga, in questo senso, un riferimento a Hermann Heller.

Heller è consapevole di essere di fronte a un’alternativa drammatica: fra una soluzione (che egli chiama) dittatoriale, un componimento autoritario dei conflitti a vantaggio delle classi dominanti, e una svolta che coincida con un radicale ripensamento della democrazia. I termini di questa alternativa sono, per il giurista tedesco, già presenti nella Germania weimariana e appaiono ancora più evidenti nell’Italia degli anni venti, dove il dilemma è stato precocemente risolto⁴². Da un lato, dunque, il modello liberal-democratico e, sul fronte opposto, la dittatura. È però interessante che Heller non si appelli, genericamente, alla tradizione liberale, ma faccia un preciso riferimento allo Stato di diritto. È lo Stato di diritto la materia del contendere e il termine contrapposto alla dittatura⁴³. È lo Stato di diritto che la borghesia, per difendere i propri privilegi, è pronta a gettare a mare: proprio lo Stato di diritto che, in origine, essa aveva reclamato per proteggere gli interessi dei singoli dall’ingerenza dell’amministrazione e che ora è disposta a rinnegare gettandosi nelle braccia di un irrazionalistico «Neo-Feudalismus»⁴⁴, sospinta dal timore che lo Stato di diritto sia un argine troppo debole nei confronti delle minacciose pretese della ‘massa’⁴⁵.

In questi frangenti, occorre ripensare a fondo lo Stato di diritto trasmesso dalla cultura politico-giuridica ottocentesca, forti della consapevolezza che esso non possa essere semplicemente trapiantato nel difficile e aspro terreno del dopoguerra. Per

⁴¹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München und Leipzig 1928, p. 168.

⁴² In risposta a una sollecitazione dell’amico Radbruch, Heller, in visita in Italia nel ’28, scrive: «Sie wollen wissen ob ich Philofascist von Italien zurückgekehrt bin. Im Gegenteil: Mussolini hat mich zum begeisterten Demokraten gemacht» (citato da Massimo La Torre, *Un giurista nel crepuscolo di Weimar. Politica e diritto nell’opera di Hermann Heller*, in “Quaderni Fiorentini”, 29, 2000, p. 254).

⁴³ Hermann Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?* (1929), in Id., *Gesammelte Schriften*, II Band, *Recht, Staat, Macht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1992, pp. 443-462.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 452.

⁴⁵ Hermann Heller, *Bürger und Bourgeois* [1932], in Id., *Gesammelte Schriften*, II Band ... cit., pp. 625-41.

Heller, le proposte del formalismo giuridico e della ‘nomocrazia’ kelseniana sono insufficienti. Anche egli, come la maggioranza dei suoi contemporanei, sente il bisogno di un’ autorità forte e ‘decidente’, capace di comporre un conflitto che, lasciato a se stesso, non può condurre che al dissolvimento dei legami sociali. Per Heller, l’ autorità deve poter prendere decisioni vincolanti e per questa via promuovere un ordine altrimenti impossibile. L’ ordine non coincide con un coerente sistema normativo, ma «riposa sull’ unità di una volontà sovrana che afferma dei valori» ed è espressione di una rousseauviana *volonté générale*, «di un’ unità autoritativa di volontà»⁴⁶.

Occorre dunque ripensare lo Stato di diritto senza regressioni e nostalgie verso un mondo ormai scomparso; rifiutare di intenderlo come un debole ed esangue simulacro di autorità e riproporlo come espressione di un potere capace di ricondurre ad unità la società, senza però cancellare la pluralità degli interessi e delle prospettive; infine – ed è questo il punto decisivo – superare la sua originaria ed esclusiva connessione con la sfera della libertà-proprietà per connetterlo funzionalmente con una assai più estesa gamma di diritti.

Tramontata, con lo sviluppo industriale e l’ intensificazione del conflitto sociale, l’ idea ‘ classicamente ’ liberale di una spontanea armonia degli interessi, si impone la strada che dalla democrazia politica conduce alla democrazia economica: in una parola, bisogna trasformare «den reinen Rechtsstaat zum demokratisch-sozialen Wohlfahrtstaat»⁴⁷; consegnare il mero Stato di diritto al passato, a un mondo scomparso perché travolto dalla guerra, e procedere alla costruzione di un modello statutale nuovo, cui la stessa costituzione di Weimar guarda nel momento in cui prevede la compresenza dei ‘ nuovi ’ diritti sociali con i ‘ vecchi ’ diritti di libertà. Il modello nuovo è appunto un «soziale Rechtsstaat», uno Stato di diritto sociale (se si preferisce, uno Stato sociale che sia anche uno Stato di diritto): è uno Stato siffatto l’ unica possibile alternativa all’ incombente minaccia di una ‘ dittatura ’.

⁴⁶ Hermann Heller, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale* (1927), in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di Pasquale Pasquino, Giuffrè, Milano 1987, pp. 158-60. Per Heller, «la deficiencia fundamental de las doctrinas liberal-individualistas consistía así en el intento de despolitización del Estado, en su descarado propósito de reducirlo a mero órgano de la *bürgerliche Gesellschaft*, atribuyéndole, en exclusiva, la función de garante de una armonía económica precedente [...]» (Sebastián Martín, *Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del soziale Rechtsstaat. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933)*, in “Res publica”, 25, 2011, p. 160).

⁴⁷ Hermann Heller, *Grundrechte und Grundpflichten* (1924), in Id., *Gesammelte Schriften*, II Band ... cit., p. 291.

Anche Heller condivideva la diffusa convinzione dell'impossibilità di un semplice ritorno alla cultura e alla politica anteguerra). Questa convinzione però non lo induceva a intonare un canto funebre per lo Stato di diritto, bensì lo stimolava a immaginarne la trasformazione e il potenziamento. Certo, la guerra aveva segnato, anche per le sorti dello Stato di diritto, un punto di non ritorno. Non erano però obbligate e già tracciate le strade che da esso potevano dipartirsi. Ciò che appariva ormai indilazionabile era la creazione di istituzioni capaci di governare una società di massa e di farsi in qualche modo carico della dimensione biopolitica, dei bisogni vitali dei suoi membri⁴⁸. Perché ciò potesse svolgersi lungo i binari dello Stato di diritto, nella direzione ipotizzata da Hermann Heller, occorrerà però attendere una seconda, e ancora più apocalittica, guerra mondiale, la fine dei fascismi e la formazione, nel secondo dopoguerra, delle nuove democrazie costituzionali.

⁴⁸ Anche su questo fronte la guerra ha indotto una consistente 'accelerazione' (cfr. Giovanna Procacci, *Warfare-welfare. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918)*, Carocci, Roma 2013) lasciando al dopoguerra un mandato che i 'totalitarismi' accoglieranno in un'ottica diametralmente opposta a quello Stato sociale di diritto che si svilupperà nel secondo dopoguerra. Sul nesso fra Stato sociale e biopolitica cfr. Leonardo Paggi, *Il "popolo dei morti". La repubblica italiana nata dalla guerra (1940-1946)*, il Mulino, Bologna 2009. Per una riflessione di carattere metodologico mi permetto di rinviare a Pietro Costa, *Lo Stato sociale come problema storiografico*, in "Quaderni Fiorentini", 46, 2017 (*Giuristi e Stato sociale*), pp. 41-102.

LA CERTEZZA DEL DIRITTO FRA FASCISMO E REPUBBLICA:

A PROPOSITO DI FLAVIO LOPEZ DE OÑATE

Altro che crisi della legalità! Qui la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico, e l'ordinamento giuridico è senza vita.

(G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*)

1. Cenni introduttivi

La certezza del diritto – un'opera composta da un filosofo del diritto, Flavio Lopez de Oñate – esce nel 1942 e diviene rapidamente un 'caso': da un lato, per l'attenzione e il consenso manifestati da studiosi di indiscussa autorevolezza (da Calamandrei a Carnelutti, a Fedele, a Capograssi), dall'altro lato, per la presa di distanza dall'imperante ideologia fascista, agevolmente percepibile, sottotraccia, nelle pagine del libro¹, infine, per l'aura tragica che la precoce morte dell'autore (avvenuta nel '44) e il drammatico evolversi del contesto storico non potevano non proiettare sul libro pubblicato appena due anni prima.

In realtà, che la certezza del diritto fosse un tema centrale nel dibattito italiano degli anni Trenta-Quaranta e toccasse un nervo sensibile del progetto 'totalitario' del regime sembra, a noi posteri, forse meno immediatamente evidente di quanto non apparisse ai contemporanei. Non è un caso che la recente storiografia si sia intensamente impegnata nel tentativo di comprendere il senso che proprio la 'certezza del diritto' aveva assunto, in particolare fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, nella riflessione di Calamandrei²: se infatti era indubbia la valenza 'antifascista' che il giurista fiorentino intendeva attribuire a quel 'principio', sono

¹ È noto il nicodemico acrostico che conclude il libro di Lopez e, dietro l'apparenza di un elogio del regime fascista, cela la frase «magari fosse vero». Non è un caso che, secondo la testimonianza di Vittorio Frosini, Arnaldo Volpicelli, nella commissione concorsuale chiamata a valutare il candidato Lopez, redigesse una relazione avversa. Cfr. MARCONI 2017, p. 430 (che cita un'intervista a Frosini raccolta da Raimondo Cubeddu e Giuseppe Cavera).

² Cfr. ZAGREBELSKY 1998; CIANFEROTTI 2008; GROSSI 2014; COLAO 2018; COLAO 2020, pp. 158 ss. Cfr. anche BINDI, COLAO 2021

P. Costa, *La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. VI. Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 179-224.

apparso problematiche tanto l'efficacia della strategia adottata quanto la stessa valenza semantica della parola-chiave su cui quella strategia faceva leva.

Può essere allora di un qualche interesse interrogarsi sulle prospettive e sulle aspettative che, nel dibattito di quegli anni, si concentravano sulla 'certezza del diritto' imprimendo a quel termine una tensione nuova o rinnovata e assumere il libro pubblicato da Lopez de Oñate nel '42 come la punta emergente di una sensibilità che proprio nei primi, difficilissimi anni Quaranta prendeva a diffondersi nella più avvertita cultura filosofico-giuridica italiana.

2. *La certezza del diritto e i suoi temi*

Nel libro del '42, 'crisi', 'individuo', 'certezza del diritto' sono i lemmi che, intrecciandosi fra loro, svolgono la funzione di ricondurre a una precisa unità tematica gli enunciati di cui si compone il tessuto discorsivo in esso sviluppato. È la crisi che, investendo tanto la percezione che l'individuo ha di sé stesso quanto l'esperienza e la teoria del diritto, mostra implicitamente come la parabola dell'individuo e la dimensione giuridica siano inscindibili. È il resoconto della crisi che apre il libro di Lopez: un libro caratterizzato da una singolare struttura, su cui l'autore stesso richiama l'attenzione. Il libro – scrive Lopez – «consta di due parti che procedono parallelamente: il testo, che è stampato in caratteri maggiori, e le aggiunte, stampate in caratteri più piccoli», dove vengono offerti tanto «delucidazioni e chiarimenti storici» quanto «lo svolgimento di qualche posizione assunta». Le 'aggiunte' non contengono in effetti semplici note, ma offrono uno spaccato della più vivace letteratura europea, che Lopez commenta e utilizza criticamente, mostrando, con esemplare onestà intellettuale, l'*humus* di cui si alimenta la sua riflessione.

Per quanto riguarda la crisi, le 'aggiunte' sono indubbiamente illuminanti. Nel laboratorio cui Lopez ci introduce sono presenti molte delle voci più importanti della cultura europea degli anni Venti e Trenta, convogliate in due direzioni principali: da un lato, per sottolineare (nella linea dell'esistenzialismo heideggeriano e jaspersiano) l'angoscia dell'individuo e la sua risorgente inquietudine metafisica, una volta appannate le scintillanti promesse della filosofia positivista, e, dall'altro lato, per raccogliere dalla fortunatissima opera di José Ortega y Gasset – *La ribellione delle masse* – la messa a fuoco di un fenomeno epocale: l'avvento della massa (che rende impotente l'individuo e lo costringe a un'esistenza impersonale e

anonima) e il conseguente affossamento di una civiltà che vedeva nell'autonomia e nell'autodeterminazione dell'individuo il titolo principale della propria storica 'legittimità'.

Vittima della crisi (travolto dalla 'società di massa'), l'individuo continua però ad aspirare alla sicurezza, alla certezza, che proprio il diritto gli offriva nella trascorsa civiltà. In essa l'individuo era sicuro di sé stesso nella misura in cui poteva affermare vigorosamente la sua personalità al riparo dello scudo che un diritto certo e inalterabile gli offriva. È però proprio la certezza del diritto che sta venendo meno. La crisi dell'individuo (la sua 'massificazione') e la crisi del diritto appaiono necessariamente congiunte. «La crisi della nostra epoca si palesa dunque come crisi dell'individuo, che disperatamente anela ad una certezza, senza pervenire a conseguirla [...]»³.

Per Lopez, il diritto ha perduto o sta perdendo la 'certezza' che lo caratterizzava a causa di trasformazioni strutturali e di inclinazioni teoriche. Le prime coincidono con il fenomeno dell'inflazione legislativa: lo Stato moltiplica le sue 'dichiarazioni di volontà', rendendo sempre più complesso e sempre meno controllabile il sistema normativo. A causa della moderna «ipertrofia della legge», tanto la trasparenza quanto la coerenza del sistema decrescono e di conseguenza si indeboliscono l'univocità e la conoscibilità (la 'certezza') delle regole. È però dalla teoria che provengono le insidie maggiori. Il principale imputato deve essere ravvisato nella cosiddetta *Freirechtsbewegung*, anticipata, secondo Lopez, da Jhering e compiutamente sviluppata da Kantorowicz.

La critica di Lopez sembra trascurare uno dei problemi centrali sollevati dal 'movimento' del diritto libero: il problema delle lacune. Lopez lo menziona nel capitolo dedicato alle «minacce 'di fatto' contro la certezza del diritto» (il capitolo IV) e non nel capitolo dedicato alle «correnti teoriche» (il capitolo V), e lo dà sbrigativamente per risolto: asserendo che, pur concesso che ogni sistema normativo è costitutivamente lacunoso («come la filosofia idealistica ha visto con insuperabile precisione»⁴), la sua 'auto-integrazione' è conseguibile facendo ricorso alle collaudate tecniche dell'ermeneutica giuridica, grazie alle quali l'ordinamento da «"sistema di lacune" (come con troppo riferimento all'apparenza fu audacemente detto)⁵» si converte in un «sistema di certezze»⁶.

³ LOPEZ DE Oñate 1968, p. 29.

⁴ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 68

⁵ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 69. Il riferimento è ad Ascoli 1928, di cui Lopez dà conto nelle 'Aggiunte' (LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 73).

⁶ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 73.

È sul terreno non tanto dell'ermeneutica quanto della visione del diritto e del suo rapporto con lo Stato che Lopez concentra i suoi affondi contro il giusliberismo. Già nella sua versione originaria, la teoria del diritto libero conduceva all'assolutizzazione delle pretese individuali e all'interruzione del circolo virtuoso che collega libertà e legge, diritto e Stato, individuo e società. E ancora più preoccupante è l'evoluzione 'post-weimariana' del giusliberismo. Nella Germania nazionalsocialista, la critica del normativismo statualista è andata incontro a decisivi slittamenti. In primo luogo, l'accento cade non più sul singolo e sulle sue individuali aspettative, ma sulla collettività, sul «popolo come entità storica (e razziale) a sé»⁷. In secondo luogo, il normativismo viene messo in mora in nome non del libero convincimento del giudice, ma della sua obbligata dipendenza da una cogente ideologia politica. In terzo luogo, lo Stato è un semplice strumento e le sue leggi possono essere disattese dal giudice quando l'interesse del 'popolo' lo richieda. È quanto avviene, *mutatis mutandis*, nella dottrina sovietica, anch'essa convinta del primato della politica e della funzione meramente strumentale dello Stato e della legge.

È ragionevole supporre che, più che al giusliberismo delle origini, Lopez guardasse con preoccupazione all'anti-normativismo della letteratura nazionalsocialista, pur riconducendo entrambi a una comune matrice 'irrazionalistica'. La cultura giuridica italiana non era peraltro nuova a valutare criticamente le scelte politico-giuridiche della Germania nazionalsocialista (un termine obbligato del confronto era stata l'impostazione del rapporto fra 'partito' e 'Stato'). Nel '42, tuttavia, la presa di distanza dall'esperienza tedesca interveniva in un momento politicamente delicato e la critica della *konkrete Ordnung* nazionalsocialista si prestava a essere intesa come una *fabula* narrata con gli occhi rivolti (anche) all'Italia e a essere letta come un invito a ritrovare, nel diritto, l'espressione di una *ratio* che nessuna *potestas* poteva giungere a sovvertire.

Nasce da qui la *pars construens* sviluppata da *La certezza del diritto*, dal rifiuto di dissolvere l'autonoma razionalità e oggettività del diritto nell'immediato fluire della dinamica sociale, e trova il suo senso, la sua immanente finalità, nel presentare il diritto come l'insostituibile struttura protettiva dell'esistenza individuale. L'individuo, comparso nel primo capitolo come il protagonista di una crisi che lo travolgeva, torna di nuovo, a partire dal capitolo VII, come il deuteragonista tematico dell'intera opera.

⁷ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 87.

È allo scopo di arginare la crisi che minaccia l'individuo che viene pensata e realizzata la certezza del diritto, che Lopez presenta come la migliore difesa «del soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile»⁸. A intervenire come termine medio fra il singolo e la legge è il diritto soggettivo: e infatti è proprio nella «negazione del diritto soggettivo» che la crisi della certezza del diritto e la crisi dell'individuo trovano il loro più evidente punto di congiunzione. Ed è in questa prospettiva che, nelle 'Aggiunte', Lopez valorizza il nesso rosminiano fra 'persona' e 'proprietà': una proprietà che, prima del possesso dei beni esterni, indica in Rosmini la sfera groziana del *proprium* dell'individuo e si presenta come il 'punto di derivazione' dei diritti⁹.

Da un lato, un individuo come centro di imputazione di diritti inviolabili e, dall'altro lato, la legge, come garanzia e tutela dell'azione di un individuo considerato nella sua concreta singolarità: è questo l'asse portante dell'intera opera del '42. A esso si connettono strettamente altre tre, essenziali caratteristiche dell'ordine politico-giuridico.

In primo luogo, deve restare ferma, per Lopez, quella distinzione fra diritto e fatto, fra norma e volizione sociale, che veniva indebolita o annullata dall'irrazionalismo imputabile al giusliberismo e soprattutto alla dottrina nazionalsocialista. Il diritto gode per Lopez di una costitutiva 'trascendenza' rispetto alla società (e, implicitamente, rispetto allo Stato) e proprio per questo può offrirsi come parametro e unità di misura dell'agire individuale e collettivo. In secondo luogo, il diritto proprio perché è contrassegnato da un'intrinseca razionalità che lo pone al di fuori (e al di sopra) delle contingenze della politica, proprio perché è *ratio* e non *potestas*, è l'indispensabile argine all'arbitrio cui il potere inclina. In terzo luogo, il diritto, in quanto sistema di norme, in quanto certa e razionale tutela di tutti i soggetti, è tramite di eguaglianza e proprio nell'eguaglianza rivela la sua specifica dimensione valoriale: è grazie all'eguaglianza promossa dalla norma che la tensione fra 'diritto' e 'giustizia' trova la sua soluzione.

Assumere come obiettivo polemico le teorie giusliberiste e contrapporre a esse una visione del diritto come certa e razionale forma dell'esperienza e indicare nell'individuo (nella sua concreta singolarità) la destinazione di senso del diritto: sono questi i principali passaggi del discorso sviluppato nel *La certezza del diritto*. L'impianto che lo caratterizza non ha niente di subitaneo e di improvvisato, ma

⁸ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 114.

⁹ ROSMINI 1967, pp. 154 ss.

affonda le radici in una storia complessa: nel variegato e tormentato (anche se breve) percorso intellettuale di Lopez e nel dibattito teorico-giuridico del primo Novecento. Da questo dibattito il libro del '42 non è separabile. Ne è lucidamente consapevole lo stesso autore, che delle sue nutrite letture dà conto con esemplare puntualità nelle 'Aggiunte', che vanno molto al di là delle 'note' prescritte dalla tradizione accademica e aprono un serrato confronto con le principali voci della cultura giuridica europea. È un confronto che il giovane filosofo del diritto ha iniziato con notevole precocità e non ha mai interrotto. Da questo punto di vista, *La certezza del diritto*, cui la morte dell'autore ha impedito di essere 'un punto di partenza', è un testo che può essere considerato un 'punto di arrivo': un testo dove le riflessioni svolte nel precedente decennio trovano il loro più alto momento di decantazione.

Conviene allora dar conto tanto di alcuni momenti dell'itinerario intellettuale di Lopez quanto dell'ambiente storico-culturale nel quale *La certezza del diritto* è immerso: non per ricostruire esaustivamente la cultura giuridica italiana del primo Novecento (un obiettivo impossibile, ovviamente, nei limiti di un breve saggio) e nemmeno per scrivere una biografia intellettuale di Lopez, ma soltanto per capire come il libro del '42 raccolga gli echi di un intenso dibattito e al contempo ne provochi la rifrazione.

3. *La critica del giusliberismo*

La critica delle teorie 'giusliberiste' svolge la funzione, nel *La certezza del diritto*, di un'indispensabile *pars destruens*, ma merita di essere letta 'in controluce', sullo sfondo della riflessione che nell'Italia novecentesca (sia prima che dopo l'avvento del fascismo) era stata assai vivace. Un testo, in particolare, può essere ricordato per la sua rilevante influenza sull'opera di Lopez (che non manca di richiamarlo più volte): *Il nostro tempo e il diritto*, un saggio pubblicato da Carlo Arturo Jemolo sull'*Archivio giuridico* del 1932¹⁰.

Anche per Jemolo, una delle cause della crisi dello Stato di diritto è la 'rivolta dei fatti contro il Codice' (come recita un famoso titolo); una 'rivolta' che Jemolo illustra guardando alla Francia di Gény, piuttosto che alla Germania di Heck o di Kantorowicz, e riconduce in sostanza al problema che era stato al centro anche del dibattito italiano: il problema della frattura storico-temporale (e quindi culturale ed economico-sociale) fra i 'vecchi' codici e le nuove dinamiche sociali e, più in

¹⁰ JEMOLO 1957.

generale, fra la staticità e astrattezza delle previsioni legislative e le continue, accelerate trasformazioni delle esigenze e dei valori socialmente condivisi.

È di fronte a questo problema che anche in Italia, a partire dal tardo Ottocento, si sviluppa un dibattito nel quale sarebbero state avanzate sempre nuove formulazioni della medesima, fondamentale alternativa. Da una parte, veniva affermato che la cultura giuridica doveva prendere atto che il continuo mutamento sociale rendeva anacronistico un sistema normativo venuto ad esistenza in una società nettamente diversa. Occorreva quindi spostare il fulcro dell'ordinamento dalla legislazione alla giurisprudenza e affidare all'interprete (e al giudice innanzitutto) l'onere di intendere la norma alla luce delle mutate esigenze. Soltanto un forte riconoscimento del ruolo 'creativo' dell'interpretazione giurisprudenziale e l'applicazione di un'ermeneutica rinnovata dall'applicazione del metodo che veniva detto 'storico-evolutivo' avrebbero potuto conferire al sistema normativo la necessaria attualità ed efficacia. Di contro, era proprio la nuova funzione attribuita alla giurisprudenza dai fautori del metodo 'storico-evolutivo' ad apparire, ai sostenitori della 'tradizione', pericolosamente eversiva di una gerarchia delle fonti imperniata sul primato della legge. È possibile che il giudice si imbatta in casi non previsti da una singola disposizione legislativa, ma (come già aveva limpidamente scritto Savigny) l'interprete può e deve risalire alla logica dell'ordinamento complessivo, coglierne l'interna, sistematica unità e integrarlo senza arrendersi di fronte alle sue apparenti lacune. Certo, la società cambia. A cogliere e a disciplinare il cambiamento è chiamato però il legislatore e non il giudice. Se fosse invece quest'ultimo ad arrogarsi questo ruolo, alla certezza delle regole si sostituirebbe l'anarchia delle interpretazioni: la logica impersonale e oggettiva del sistema normativo sarebbe scalzata dalla soggettiva valutazione e decisione dell'interprete e dominerebbe non la *ratio* ma la *potestas*, non il diritto ma la politica.

Ovviamente, il dibattito ermeneutico otto-novecentesco, anche in Italia, è assai più vario e articolato di quanto l'elementare contrapposizione cui mi sono riferito faccia intendere¹¹, ma non sembra smentire una duplice impressione: che la dialettica (per intenderci) fra 'tradizionalisti' e 'innovatori' si fosse già compiutamente sviluppata in un arco di tempo compreso fra gli anni Novanta dell'Ottocento e il primo dopoguerra e che ne fosse uscita vincente l'opzione 'legicentrica'.

Certo, l'interessante e innovativo apporto del neoidealismo, che spostava l'accento dall'astrattezza della norma alla concretezza della sua puntuale volizione,

¹¹ Mi permetto di rinviare, per un'analisi più ravvicinata, a COSTA 1991.

sembrava spostare decisamente l'asse della bilancia in una direzione 'giusliberista'. A frenare questo esito però interveniva la distinzione (anch'essa caratteristicamente neoidealistica) fra la filosofia e la scienza. È esemplare, da questo punto di vista, un brillante saggio di Widar Cesarini Sforza: che non esita a sottoscrivere due capisaldi delle teorie giusliberiste («il riconoscimento del carattere individualistico dell'attività giuridica»¹² e l'affermazione «dell'astrattezza della norma»¹³), ma si affretta ad aggiungere che essi valgono nel momento in cui guardiamo non alla pratica giuridica, ma alla pura esperienza etica. Occorre guardarsi dall'identificare meccanicamente le verità della filosofia con i principi della scienza giuridica, che dovrà quindi continuare a operare con il metodo suo proprio ('dogmi', principi, concetti generali e astratti) e a vedere nell'attività del giudice «un lavoro esclusivamente logico»¹⁴.

È la prospettiva che un ancor giovane Calamandrei difende vibratamente prendendo posizione, nel primo dopoguerra, sulle giurisdizioni di equità¹⁵. Queste giurisdizioni speciali, sollecitate dalle urgenze socioeconomiche provocate dalla guerra, sono per Calamandrei il sintomo di una possibile evoluzione del sistema politico-giuridico¹⁶: una trasformazione che ne sposterebbe l'equilibrio dal legislatore al giudice. A favore di questo cambiamento continuano a essere usati, secondo Calamandrei, gli argomenti ripetuti da un trentennio¹⁷: si invoca l'equità (facendo riferimento, con questo termine, non al necessario adattamento della norma generale al caso individuale, ma all'insieme dei valori e delle esigenze socialmente condivise in un dato momento storico) e la si legittima come indispensabile correttivo della fissità e conseguente storica inadeguatezza della norma. Questa tendenza, peraltro, se ancora non ha avuto la meglio in Italia, trionfa nella Russia bolscevica, dove ci si attende che il nuovo diritto germini direttamente dalle sentenze dei giudici, interpreti del «naturale sentimento di classe insito nelle masse»¹⁸.

L'alternativa (presente da almeno un trentennio, come riconosce Calamandrei, nel dibattito) è fra il «caos senza legge» generato dall'indiscriminata applicazione delle teorie giusliberiste e la salvaguardia di un sistema normativo (assunto come)

¹² CESARINI SFORZA 1913, p. 48.

¹³ CESARINI SFORZA 1913, p. 56.

¹⁴ CESARINI SFORZA 1913, pp. 52-54.

¹⁵ CALAMANDREI 1921.

¹⁶ CALAMANDREI 1921, p. 6.

¹⁷ CALAMANDREI 1921, p. 46: «Più di trenta anni fa Angelo Majorana [...] stimava che [...] già si disegnassee nell'età nostra un probabile ricorso alla giurisdizione, nel senso di allentare sempre più i rigorosi vincoli che nello Stato costituzionale la legge pone all'attività del giudice».

¹⁸ CALAMANDREI 1921, p. 44

completo, interpretato da un giudice che, «posto dinanzi a una norma giuridica, trascuri deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto» e si preoccupi soltanto del suo «meccanismo formale»¹⁹. Questa alternativa è ancora attuale, per Calamandrei, nel primo dopoguerra e continua a essere riproposta (apparentemente negli stessi termini) negli anni successivi: ad esempio da Jemolo, come ricordavo, e, di nuovo, da Calamandrei, che torna a insistervi fra il '39 e il '41.

Il bersaglio è, ancora una volta, il giusliberismo, dal momento che la sua «aberrazione», che «cinquant'anni fa [...] parve sepolta sul nascere», rinasce sull'onda della filosofia neoidealistica, che contrappone all'astrattezza della legge, alla sua 'irrealtà', il concreto atto volitivo e induce quindi a spostare sull'attività giurisprudenziale il fulcro dell'ordinamento²⁰. Calamandrei non contesta frontalmente la visione idealistica della legge, ma la aggira appellandosi alla distinzione fra la filosofia e la scienza giuridica (una distinzione, peraltro, già valorizzata, pur all'interno della tradizione idealistica – ad esempio da Cesarini Sforza, come ricordavo – per confermare la validità dell'ermeneutica giuridica 'tradizionale'). Per il giurista, quindi, resta invalicabile la distinzione fra la legge e il giudizio e quindi fra la politica e il diritto: è il legislatore che disciplina i rapporti sociali sulla base di una previa decisione politica, mentre il giudice si limita ad applicare la norma. È a questa capitale distinzione che il nuovo Codice di procedura civile si mantiene fedele accreditandosi come «una energica riaffermazione del sistema della legalità»²¹, di cui i giuristi sono «gli ausiliari fedeli e insostituibili»²² (ed è in questo orizzonte che Calamandrei colloca la sua personale collaborazione alla stesura del Codice)²³.

Con il suo libro del '42 Lopez accoglie e rilancia (anche attraverso un'attenta e penetrante rilettura della letteratura disponibile) le argomentazioni di Calamandrei: tanto nell'assumere le teorie 'giusliberiste' (e le loro presunte 'realizzazioni' nella Germania nazionalsocialista e nella Russia bolscevica) come il proprio bersaglio²⁴ quanto nel ribadire l'insuperabile distinzione fra la creazione della legge e la sua applicazione giurisprudenziale. È comprensibile quindi che Calamandrei,

¹⁹ CALAMANDREI 1921, pp. 16-17.

²⁰ CALAMANDREI 1939, p. 410

²¹ CALAMANDREI 1941, p. 469.

²² CALAMANDREI 1941, p. 467.

²³ Sul rapporto fra Calamandrei e il Codice di procedura civile cfr. PROTO PISANI 1999; CIPRIANI 2009; MELIS, MENICONI 2018.

²⁴ Sempre nel '42 esce una recensione di Lopez a un saggio di Antonio Segni, dedicato alla critica delle dottrine nazionalsocialiste, che in nome di una 'mistica' del popolo conducono alla dissoluzione tanto dello Stato quanto del diritto, imperniato sulla «certezza obiettiva, la permanenza, la stabilità» (LOPEZ DE OÑATE 1942, p. 61).

recensendo *La certezza del diritto*, veda in esso la conferma delle sue tesi di fondo e un'occasione per affrontare di nuovo, in sintonia con Lopez, il delicato problema della legge 'ingiusta'.

Il giurista, di fronte a una legge che «moralmente gli ripugna», non deve forzarne il senso per ostacolarne l'applicazione: agirebbe in questo modo «da politico, non da giurista», che invece «anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidità del sistema della legalità»²⁵. Per Calamandrei la certezza del diritto e la sua giustizia si implicano a vicenda. Per quanto moralmente condannabile, la legge, applicata da un giudice 'razionale' e imparziale, garantisce a tutti un trattamento eguale e in questo modo esprime «il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini»²⁶. È questa la convinzione di Lopez che vede nell'uguaglianza «il contenuto specifico dell'idea di giustizia»²⁷ e nella certezza del diritto la «specifica eticità del diritto» (come suona il titolo dell'ultimo capitolo del suo libro).

In prima approssimazione, quando si confrontino le argomentazioni sviluppate nel '21 e nel '40-'42 (e accolte da Lopez), niente sembra mutato: da un lato il legislatore, dall'altro lato il giudice; da un lato la politica, dall'altro lato, il diritto; e un'ermeneutica che, per essere compatibile con questa *summa divisio*, deve stare alla larga dai cortocircuiti 'giusliberisti'. In seconda approssimazione, però, è facile accorgersi che le medesime argomentazioni, collocate in un 'contesto situazionale' profondamente diverso (l'Italia del ventennio fascista), acquisiscono valenze ulteriori. Le teorie giusliberiste (sconfitte già da vari lustri in Italia, come lo stesso Calamandrei riconosce) appaiono ora la testa di turco presa di mira, da un lato, per sottolineare la distanza della cultura fascista dal nazionalsocialismo e, dall'altro lato, per portare acqua al mulino della tesi principale: la netta distinzione fra 'politica' e 'diritto'. Ed è questa tesi a porsi al centro di un dibattito che percorre l'Italia degli anni Venti e Trenta.

È in questione la stessa auto-legittimazione storico-ideologica del fascismo. Il fascismo infatti, da un lato, si accredita come un movimento che, in nome della nazione di cui si dichiara il rappresentante 'oggettivo', restaura e rilancia la suprema autorità dello Stato, insidiata e indebolita dalle degenerazioni liberal-democratiche, ma, dall'altro lato, si propone come una 'rivoluzione' che aspira a una

²⁵ CALAMANDREI 1942, p. 511.

²⁶ CALAMANDREI 1941, p. 476.

²⁷ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 157.

politicizzazione integrale della società. Si forma quindi una singolare ‘dualità’ che finisce per costituire l’asse lungo il quale si sviluppa la parabola del regime: da un lato, è lo Stato giuridicamente strutturato, lo Stato che trova nella legge l’espressione suprema della sua volontà, il tramite obbligato dell’ordine, ma, dall’altro lato, è la società ‘fascistizzata’ a proiettare sullo Stato i contenuti della nuova ideologia.

Iscritta nella struttura ‘costituzionale’ del regime, la ‘dualità’ si riverbera anche sulla cultura giuridico-accademica: divisa fra chi ritiene che il modello imperativistico e statualistico ereditato dalla cultura giuridica ottocentesca sia ancora valido, data la centralità (continuamente enfatizzata dal fascismo) dello Stato e della legge, e chi invece denuncia l’inadeguatezza della tradizione statualistica di fronte alle innovazioni (ideologiche e istituzionali) introdotte dalla rivoluzione fascista. Da un lato, il plotone dei giuristi ‘tecnici’, dall’altro lato la falange dei giuristi ‘politicamente militanti’: i primi continuano a lavorare con i principi e con il metodo consolidati (in sostanziale continuità con lo statualismo e il giuspositivismo ottoneviceschi), mentre i secondi aspirano ad accelerare e a potenziare il processo ‘rivoluzionario’ facendo della decisione politica una componente indispensabile dell’argomentazione giuridica.

Certo, questa distinzione (ampiamente usata anche dalla storiografia) non deve indurre a trascurare le tante sfumature e differenze che emergono quando si guardi più da vicino alla cultura del (e nel) fascismo e può essere utilizzata solo per il suo valore orientativo e indicativo. Occorre in ogni caso guardarsi da un equivoco: che risiederebbe nell’immaginare che la riflessione dei giuristi ‘tecnici’ fosse una sorta di corpo estraneo nell’Italia fascista o addirittura un fortilizio capace di contenere l’assalto dei ‘barbari’. Al contrario, il contributo della tradizione ‘statualistica’ era una componente importante del funzionamento complessivo del regime, che mostra l’esistenza, al suo interno, di due ‘poli’ (il puro ordine giuridico-statuale e la nazione ‘fascistizzata’, la nazione identificata con il fascismo) e implica non già la loro contrapposizione, ma al contrario la loro strutturale coimplicazione²⁸.

Se ciò è vero, se il regime si regge su una sorta di circolarità sistemica fra i due ‘poli’, è possibile ipotizzare che la difesa della legge e della sua supremazia e la fedeltà all’ermeneutica giuspostivistica nascessero da una *soggettiva* inclinazione a-fascista (o addirittura anti-fascista, come nel caso di Calamandrei), ma è difficile ammettere che quella difesa potesse costituire un *oggettivo* punto di resistenza nei

²⁸ Per una più diffusa argomentazione di questa tesi mi permetto di rinviare a COSTA 2022, pp. 107 ss. Cfr. le importanti considerazioni di BIROCCHI 2015 e STORTI 2019.

confronti delle politiche del regime. Certo, fra gli anni Trenta e Quaranta le sirene nazionalsocialiste si facevano sentire ed è comprensibile che i giuristi ‘tecnici’ fossero allarmati. Anche in quel contesto, tuttavia, non salta la consolidata ‘duplicità’ del regime: che continua a imprimersi, ad esempio, nel dibattito sui ‘principi generali dell’ordinamento’ e nel dibattito sui codici²⁹. Non trionfa, una volta per tutte, un polo sull’altro; e lo stesso Calamandrei sembra ritenere che il Codice di procedura civile segni «una energica riaffermazione del sistema della legalità, e quindi un solenne riconoscimento della utilità della tecnica giuridica»³⁰. È dell’incessante moto pendolare fra i due ‘poli’ del regime che la difesa della ‘legalità’ di Calamandrei sembra prigioniera.

4. I diritti soggettivi

La certezza del diritto di Lopez, se si limitasse alla celebrazione della legge e alla condanna dell’ermeneutica ‘storico-evolutiva’ e ‘giusliberista’, difficilmente potrebbe apparire la testimonianza dell’inquietudine che serpeggiava nella cultura giuridica italiana alle soglie degli anni Quaranta. Nel libro del ’42, però, emergono prospettive che vanno assai al di là della difesa d’ufficio dell’ermeneutica ‘tradizionale’. Uno spunto interessante è offerto dal tema del diritto soggettivo: un tema che, di nuovo, Lopez può toccare appoggiandosi all’autorità di Calamandrei³¹, che in un saggio del 1939 ha scomposto «con chirurgica abilità» le varie componenti dell’attuale ‘crisi del diritto’ indicando, fra queste, il «progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto»³².

A queste considerazioni Calamandrei era indotto da una riconsiderazione della storia del concetto di azione. A suo avviso, il graduale passaggio da una teoria dell’azione come momento del diritto soggettivo a una visione che «anche nel processo civile» esalta «lo scopo pubblicistico di attuazione del diritto oggettivo»³³ è coerente con un processo che sta spostando sempre di più il baricentro dell’ordine dall’individuo allo Stato e trova la sua espressione più esasperata nel nazionalsocialistico *Kampf wider das subjektive Recht*.

Nemmeno per Calamandrei la ‘crisi del diritto’ coincide con l’erosione giusliberista della certezza. Fino a che punto allora basta contrapporre, per

²⁹ Cfr. CAPPELLINI 1999, SCIUMÈ 2002, pp. 202 ss., MELIS 2018, pp. 295 ss., STORTI 2020.

³⁰ CALAMANDREI 1941, p. 469.

³¹ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 38, p. 41.

³² CALAMANDREI 1940, p. 449.

³³ CALAMANDREI 1940, p. 440.

fronteggiare la crisi, il ‘diritto’ alla ‘politica’? Se da un lato Calamandrei non esita a difendere la *dura lex* e a reclamare che il giudice la applichi anche quando «moralmente gli ripugna», dall’altro lato egli sembra trovarsi, nel breve e drammatico periodo nel quale si consumano la crisi del regime e il passaggio a uno scenario radicalmente diverso, in una *impasse* tragica, perché priva di sbocchi, non solo ‘pratici’, ma anche ‘teorici’. La celebrazione dello Stato e della sua legge, sulla quale si fondava la contrapposizione del ‘diritto’ alla ‘politica’, era infatti strettamente congiunta con il modello egemone nella cultura giuridica (e segnatamente giuspubblicistica) otto-noventesca: il modello (gerberiano-labandiano) che deduceva il diritto dallo Stato e sospendeva i diritti alla sua ‘assoluta’ e illimitabile volontà sovrana.

Era questo modello (un modello che escludeva la possibilità di una qualche fondazione giuridica metastatuale dei diritti individuali) a essere condiviso da Rocco come da Ranalletti e a valere non soltanto come un punto di riferimento obbligato per i giuristi ‘tecnici’, ma anche come uno strumento impiegabile dai giuristi ‘militanti’ nella loro retorica ‘anti-individualistica’. Certo, alle soglie o ai margini della cultura dominante nell’Italia degli anni Venti e Trenta era possibile trovare qualche voce dissenziente³⁴. In particolare, uno storico del diritto – Francesco Ruffini – aveva consegnato nel 1925 alla casa editrice di Piero Gobetti un’impegnativa riflessione che non era soltanto una vibrante difesa della libertà, ma si proponeva di mettere in questione il modello dominante. Era appunto l’impianto teorico che presiedeva alla sua presa di posizione etico-politica a rendere particolarmente interessante la sua testimonianza.

Il bersaglio del libro di Ruffini era quel modello gerberiano-labandiano che si era precocemente proposto (Ruffini cita alcune eloquenti pagine di Rocco) come punto di incontro fra l’organicismo anti-individualista (sottolineato dai giuristi ‘militanti’) e la celebrazione della dimensione giuridico-statuale dell’ordine (privilegiata dai giuristi ‘tecnici’) e avrebbe reso possibile la loro ‘oggettiva’ coesistenza nella cornice della costitutiva ‘duplicità’ del regime fascista. La demolizione del modello gerberiano era funzionale al *thema demonstrandum*, enunciato nel terzultimo capitolo del libro: «il fondamento giuridico dei diritti di libertà»³⁵.

Per Ruffini, siamo di fronte a un’alternativa apparentemente insuperabile: o accettiamo una fondazione giusnaturalistica dei diritti, restando anacronisticamente

³⁴ Vedi le interessanti pagine di CARVALE 2016, pp. 185 ss. Cfr. anche CARVALE 2017.

³⁵ RUFFINI 2012, pp. 120 ss.

fedeli alle mitiche figure dello stato di natura e del contratto sociale, oppure accogliamo la rigorosa rappresentazione giuspositivistica dell'ordine giuridico, ma siamo costretti a vedere nei diritti i 'riflessi' dell'assoluta volontà statale. In realtà, per Ruffini, la possibilità di superare il dilemma esiste, a patto di valorizzare gli apporti di una cultura giuridica che, da Savigny a Gierke, a Romano, ha impostato su nuove basi il rapporto fra lo Stato e il diritto. In questa prospettiva, il diritto non è un *posterius* (logico e storico) dello Stato: «Stato e Diritto sono coevi, poiché quello è nato con il diritto, vive nel diritto, e solo perdurando nel diritto può continuare ad esistere»³⁶. Per Romano, lo Stato, come ogni altra istituzione, esiste in quanto capace di 'ordinarsi'³⁷. Non è vero allora che lo Stato, in quanto tale, è privo di limiti e che questi intervengono solo come effetto della sua scelta di 'autolimitarsi'. Lo Stato, in quanto ordinamento giuridico, in quanto strutturalmente organizzato secondo regole, non può non essere 'limitato'; ed è proprio nella sua «originaria, primordiale e, di conseguenza, fatale sua limitazione» che i diritti di libertà traggono la loro origine e la loro «intangibilità»³⁸.

Non possiamo sottovalutare né l'importanza né l'originalità della riflessione di Ruffini³⁹, che colpisce esattamente il bersaglio che la cultura giuridica italiana (la cultura dei giuristi 'tecnici', a-fascisti o antifascisti che fossero) stenta a mettere a fuoco: la fragilità dello statuto teorico dei diritti all'interno del modello statualistico dominante. Certo, a rigore, l'argomento 'gierkiano-romaniano' di Ruffini non risolve alla radice il difficile problema della fondazione delle libertà: è vero, infatti, che lo Stato non può non essere 'limitato' nei suoi poteri, ma quali siano questi limiti e quale sia la loro estensione non appare definibile una volta per tutte e sembra quindi dipendere dalle contingenze storiche. La 'terza via' di Ruffini (terza rispetto al giuspositivismo e al giusnaturalismo) sembra allora rinviare a una prospettiva che non era affatto estranea alla cultura del liberalismo ottocentesco, alla quale appartenevano gli inventori della teoria della 'autolimitazione' dello Stato: che, se da un lato sostenevano che lo Stato potesse contrarre *ad libitum* la sfera delle libertà, dall'altro lato ritenevano del tutto improbabile che una siffatta decisione avesse

³⁶ RUFFINI 2012, p. 125.

³⁷ RUFFINI 2012, p. 127.

³⁸ RUFFINI 2012, p. 130.

³⁹ Come scrive Dogliani nella sua lucida e appassionata 'Postfazione', l'opera di Ruffini non è affatto «una ricapitolazione – solo rinvigorita dalla passione e dall'angoscia a fronte degli eventi politici – di tesi diffuse nella cultura dell'Italia liberale», ma è invece l'espressione di «una trattazione originale ed eccentrica rispetto a tale cultura» (DOGLIANI 2012, p. 242). Coglie l'importanza del tentativo di Ruffini di sottrarsi all'egemonia del modello gerberiano-labandiano CARETTI 2011, p. 29.

effettivamente luogo, dal momento che lo Stato era l'espressione della storia e la storia procedeva unidirezionalmente dalla barbarie alla civiltà; e di questa civiltà un'espressione essenziale era proprio il circolo virtuoso fra la nazione, lo Stato e le libertà (rese possibili dalla 'autolimitazione' dello Stato stesso). In sostanza, quindi, la 'terza via' raccomandata da Ruffini può essere presentata come la variante di un approccio 'storicistico' al problema dei diritti (e trova infatti nella rilettura dello Statuto albertino e nelle vicende dello Stato unitario – come osserva Dogliani – una precisa determinazione⁴⁰).

In ogni caso, ciò che qui interessa non è valutare l'efficacia dimostrativa della tesi di Ruffini, ma sottolineare, da un lato, lo scarto della sua argomentazione dalla tradizione dominante e, dall'altro lato, la sua espunzione dal dibattito degli anni Trenta. Ovviamente, il contenuto duramente ed esplicitamente antifascista della sua opera è stato determinante per la *damnatio memoriae* da essa subita. Lo stesso Calamandrei – solitamente informatissimo e sensibile alle più diverse sollecitazioni – non sembra aver conosciuto *I diritti di libertà* nel momento in cui si affaticava sul problema della legalità e si interrogava sulla sorte dei diritti soggettivi e sulle loro paventate compressioni.

Il libro di Ruffini però, ignorato da Calamandrei a causa della sua verosimilmente minima circolazione, non era sfuggito a quell'onnivoro e attento lettore che mostrava di essere Lopez, che non manca di ricordarlo nelle 'Aggiunte'⁴¹ proprio a proposito del difficile e 'strategico' problema dei diritti soggettivi.

La «negazione dei diritti pubblici subiettivi operata in Germania dal Gerber [...]» (così come la critica comtiana dei diritti individuali) sono presentate da Lopez, ancora una volta, come la «negazione della certezza del diritto», in una prospettiva strettamente analoga a quanto negli stessi anni veniva sostenendo Calamandrei. Al contempo, tuttavia, la difesa del diritto soggettivo è in Lopez il punto di emersione e di consolidazione di una trama argomentativa più vasta e ramificata il cui filo conduttore è la visione del soggetto. La certezza del diritto è importante perché costringe a concentrare l'attenzione sull'individuo e a interrogarsi sulla sua caratterizzazione complessiva, imponendo di guardare al «soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile: quella cioè reale e concreta, nella quale realmente e concretamente si fonda e deve fondarsi lo Stato [...]»⁴².

⁴⁰ DOGLIANI 2012, pp. 241 ss.

⁴¹ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 117.

⁴² LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 114.

Non è un confronto diretto che Lopez instaura con l'antinomia prospettata da Ruffini. Egli adotta piuttosto una tattica di aggiramento: compie un passo di lato, o meglio all'indietro, per cercare la soluzione del dilemma nella realtà a esso sottostante: una realtà che per Lopez trova il suo epicentro nell'individuo concretamente agente.

5. *L'individuo, fra idealismo ed esistenzialismo*

La certezza del diritto rinvia al diritto soggettivo e l'una e l'altro dipendono strettamente dalla sorte riservata all'individuo: è la rappresentazione dell'individuo (e della sua crisi) il tema portante del libro del '42. Da questo punto di vista però *La certezza del diritto* è tanto il punto di partenza di un itinerario precocemente interrotto, quanto il punto di arrivo o di decantazione di un percorso iniziato da almeno un decennio, dal momento che il problema dell'individuo era stato uno dei principali fili conduttori della riflessione cui il giovane filosofo si era intensamente dedicato.

Ce ne offre una preziosa illustrazione Giovanni Nencioni, attingendo agli scritti inediti di Lopez e riproducendone lunghi passaggi: non mi sarebbe stato possibile – scrive Nencioni – ricostruire con sufficiente distacco «l'amicizia e la conversazione quasi quotidiana con lui» e la soluzione migliore era «far parlare la sua voce inedita, dopo che quella edita aveva combattuto, con la *Certezza del diritto*, la sua buona battaglia [...]»⁴³. Gli appunti di Lopez documentano, secondo Nencioni, tanto l'importanza dell'idealismo crociano e gentiliano, che aveva presieduto alla sua formazione, quanto la sua «continua inesorabile revisione delle posizioni speculative dominanti»⁴⁴.

È il tema dell'individuo e del suo rapporto con lo Stato a dare il titolo alla tesi di laurea di Lopez, discussa con Giorgio Del Vecchio nel '33: *Note sul tema Individuo e Stato*. Alla stessa linea di indagine appartiene un inserto, redatto nello stesso periodo, dominato dall'esigenza di «assicurare all'individuo una sua autonomia e vita morale che non siano conculcate dal gruppo»⁴⁵. L'individuo – scrive Lopez in un documento di poco successivo, che si dedica a raccogliere passi di autori diversi, ma convergenti verso la negazione dell'individuo – «si pone veramente come lo scandalo grave della filosofia, della cultura, del pensiero moderno [...]. Gli è stato

⁴³ NENCIONI 1974, p. lxxxiv.

⁴⁴ NENCIONI 1974, p. xi.

⁴⁵ NENCIONI 1974, p. xxiv.

cantato su tutti i toni [...] che egli non è che un momento, che è transeunte, che è inconsistente»⁴⁶. «Comincia così – scrive Nencioni – quella teoresi dell'individuo che accompagnerà tutta l'attività di Lopez»⁴⁷: comincia con la presa d'atto che numerose, ed eterogenee, correnti della cultura contemporanea non erano in grado di cogliere l'individuo nella sua singolare e concreta realtà e prosegue con la crescente consapevolezza che era semmai la tradizione cristiana a 'prendere sul serio' l'individuo, a valorizzare «l'individuo intero»⁴⁸. Ed è «attraverso il problema dell'individuo» che Lopez prende gradualmente le distanze dal neoidealismo trovando nel «cristianesimo e nell'etica cristiana» gli «argomenti per l'individuo»⁴⁹ che andava cercando.

Certo, le riflessioni che, nel breve tempo della sua vita, Lopez è stato in grado di esporre in forma compiuta e di comunicare al pubblico sono solo la punta emergente del continente più vasto, sul quale gli scritti inediti permettono di gettare uno sguardo. Non mancano comunque spunti interessanti, che emergono nitidamente, prima della sua opera più nota, in uno scritto (pubblicato, nel 1939, nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*) in cui Lopez discute la monografia dedicata da Roger Holmes a Gentile⁵⁰.

La tesi di fondo dell'autore inglese riposa, per Lopez, su un equivoco. L'idealismo di Gentile, secondo Holmes, è l'estrema variante dell'antropocentrismo e del soggettivismo che trovano nella famosa massima di Protagora (l'uomo come misura di tutte le cose) la loro prima formulazione. L'equivoco, per Lopez, risiede proprio nella rappresentazione del 'soggetto': che, per l'antico sofista era certamente l'«individuo empirico», mentre «la dottrina del Gentile non si riferisce all'uomo come soggetto singolo, che, se è inteso nella sua effettiva singolarità, distinto cioè dall'universale che esso realizza e che in esso si realizza [...] va considerato come oggetto del pensiero, alla stessa stregua degli altri oggetti di pensiero che costituiscono il contenuto dell'atto di pensare»⁵¹.

È appena uno spunto, che però trova nel *La certezza del diritto* una forte tematizzazione. In questo libro l'individuo è (come ricordavo) non solo il deuteragonista dell'opera, ma, al contempo, la sua destinazione di senso e il suo punto di gravitazione. Il punto decisivo è come rappresentare l'individuo e come

⁴⁶ NENCIONI 1974, p. xxv.

⁴⁷ NENCIONI 1974, p. xxiv.

⁴⁸ NENCIONI 1974, p. xxvii.

⁴⁹ NENCIONI 1974, p. xxxii.

⁵⁰ HOLMES 1937.

⁵¹ LOPEZ DE OÑATE 1939, p. 6.

situarlo nel complessivo ordine giuridico-statuale. È su questo punto che si consuma, sobriamente ma inequivocabilmente, la presa di distanza di Lopez dalla filosofia neoidealistica: una presa di distanza che coincide con il rifiuto di risolvere l'individuo nel Soggetto universale, precludendosi di cogliere la sua irripetibile singolarità.

Occorre sottrarsi alla luce abbagliante del Soggetto e considerare l'individuo «quale esso è, restio ad ogni riduzione universalistica: con il suo destino assolutamente individuale, nella sua situazione personalissima, legato alla singolarità che non intende abbandonare e non può perdere»⁵². «Se certa recente formulazione dell'idealismo – scrive Lopez – ha troppo programmaticamente insistito sulla necessità dell'universale, sulla società come realizzazione dell'universale, le teoriche più rigorose non hanno mancato di rilevare che i singoli sono l'individuale in cui l'universale si fa concreto, ed hanno insistito sul valore etico insostituibile dell'individuo»⁵³.

Non importa insistere sulla portata strategica della 'mossa' di Lopez: era appunto l'assunzione dell'individuo come Soggetto universale che rendeva improponibile l'ipotesi di una costitutiva tensione fra l'individuo e lo Stato proprio perché conduceva all'immedesimazione del primo nel secondo. Di contro, la tematizzazione dell'irriducibile singolarità del soggetto mette in crisi la logica dell'identità e impedisce che l'individuo «scompaia, annullato nella società, di fronte allo Stato» e al contempo costringe a porre il «problema dell'altro, degli altri», pur rimanendo l'individuo se stesso (né peraltro – osserva ironicamente Lopez – «potrebbe in alcun modo fare diversamente!»)⁵⁴.

È la rappresentazione dell'individuo il terreno sul quale il neoidealismo sta perdendo molto della sua efficacia persuasiva. L'itinerario percorso da Lopez nel decennio che si conclude con la pubblicazione del *La certezza del diritto* non è un'avventura isolata. Lopez ne è lucidamente consapevole: la 'crisi dell'individuo' (e la crisi della sua rappresentazione) sono, a suo avviso, il problema centrale del suo tempo e hanno sollecitato la diffusione di un orientamento che egli presenta come «la vera filosofia della crisi»⁵⁵: l'esistenzialismo. Di questa filosofia Lopez mostra di essere un conoscitore attento e informato, capace di offrire non generiche informazioni bibliografiche, ma precise indicazioni: riferendosi, per l'Italia, in

⁵² LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 29.

⁵³ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 111.

⁵⁴ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 113.

⁵⁵ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 32.

particolare, a Pareyson, a Luporini, a Bobbio, ad autori dai quali Lopez può trarre precise testimonianze su un orientamento che proprio fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta stava ottenendo anche in Italia una udienza crescente.

Luigi Pareyson aveva pubblicato nel 1940 (appena ventiduenne) un esauriente studio sulla filosofia di Karl Jaspers, che si propone subito come un importante riferimento per cogliere (attraverso l'opera di uno dei protagonisti della 'filosofia dell'esistenza') alcuni dei principali assunti del nuovo orientamento: l'aspirazione (secondo Pareyson comune all'esistenzialismo nel suo complesso) a «fondare filosoficamente la persona»⁵⁶, il superamento della ragione idealistica, la scoperta, nell'individuo, di un retroterra metarazionale⁵⁷ e, infine, il rifiuto del «sistema» («se il filosofare è la via della libertà, il sistema è il carcere più soffocante»⁵⁸).

In realtà, per Pareyson il rapporto dell'esistenzialismo con l'idealismo non è di semplice e frontale opposizione, soprattutto in Italia, dove l'attacco jaspersiano al 'sistema' sembra difficilmente estensibile all'attualismo gentiliano, che è centrato sull'atto, «realizzazione perenne che il realizzante fa di sé stesso»⁵⁹. È possibile addirittura ipotizzare che in Italia sia stato proprio l'idealismo gentiliano a preparare un'atmosfera nella quale «son potuti germinare temi speculativi riconosciuti in seguito come esistenzialistici»⁶⁰. L'esistenzialismo può essere presentato non come un mero 'antagonista' dell'idealismo, ma come una reazione ad alcuni suoi aspetti «o, meglio, irrigidimenti [...]: esso «rappresenta, in fondo, una reazione alla dialettica e l'implicita rivalutazione di tutto ciò che alla dialettica non si può ridurre»⁶¹. Il *porro unum* di questa reazione «è la rivalutazione del singolo irriducibile a qualsiasi dialettica» e la dimostrazione che «l'io [...] è [...] unico», è «singolare» e «questo significa: unico e intero». L'esistenzialismo «accentua quella singolarità in irripetibilità e quella delimitatezza in finitezza»⁶². Con analoghi accenti

⁵⁶ PAREYSON 1940, p. viii.

⁵⁷ «La ragione non è la ragione dell'idealismo, che tutto riduce a pensiero e pensabilità [...]. Di fronte alla ragione c'è il fondo dell'esistenza, che è effettività, possibilità, attualità, insomma tutto ciò che si sottrae alla riduzione a puro intelligibile»: PAREYSON 1940, p. 144. In questo senso si esprime PACI 1943, p. 6: «[...] la filosofia dell'esistenza deve essere considerata nella sua funzione storica, che è quella di aver spezzato il dogmatismo hegeliano e di aver riposto in primo piano i problemi della personalità, del nulla, del tempo, della storia, del destino. Di fronte al panlogismo di Hegel l'esistenzialismo fa valere il piano dell'irrazionale e ci obbliga alla ricerca di un metodo di comprensione dell'irrazionale che sia tale da non trasformare l'irrazionale in razionale».

⁵⁸ PAREYSON 1940, p. 145.

⁵⁹ PAREYSON 1943, p. 277.

⁶⁰ PAREYSON 1943, p. 276.

⁶¹ PAREYSON 1943, p. 290.

⁶² PAREYSON 1943, p. 292. Pareyson modificherà la sua visione del rapporto fra esistenzialismo e idealismo in PAREYSON 1985, p. 252. Cfr. PIANCIOLA 1996, p. 260.

Cesare Luporini situa la sua proposta filosofica «alla confluenza dei tre più vivi movimenti del pensiero contemporaneo: l'idealismo italiano, la 'filosofia della vita' e la filosofia esistenziale»⁶³ e la presenta come «rivendicazione dell'incarnato individuo e nell'individuo della persona come incondizionata iniziativa»⁶⁴.

Porre al centro l'individuo nella sua finitezza e singolarità ed esaltarne la libertà, la scelta, la decisione: sono i temi che ritroviamo nella discussione sull'esistenzialismo (con il titolo *L'esistenzialismo in Italia*) organizzata dalla rivista di Giuseppe Bottai – *Primato* – nel '43⁶⁵. Il dibattito è aperto da Nicola Abbagnano ed Enzo Paci (assunti come i corifei del nuovo orientamento), che insistono sulla finitudine dell'uomo, sulla scelta, sulla sua singolarità⁶⁶, ma anche su «la dignità e l'importanza degli altri rispetto alla mia stessa esistenza», sull'esistenza come coesistenza⁶⁷. In termini analoghi si esprime Cesare Luporini, per il quale l'esistenzialismo «è rivendicazione del finito, del contingente, del singolo (dell'incarnato, è stato detto), questo – qui – ora»⁶⁸.

La rappresentazione dell'individuo è il decisivo punto di frattura fra la tradizione idealistica e la nuova sensibilità 'esistenzialistica' ed è uno dei principali fili conduttori del dibattito promosso da *Primato*: nell'intervento redazionale non firmato (verosimilmente riconducibile allo stesso Bottai) che, nel giugno del '43, conclude la discussione, a essere indicato come elemento caratterizzante della nuova filosofia è, di nuovo, la visione di un individuo colto nella sua singolarità e contingenza, irriducibile alle pretese totalizzanti di un qualsivoglia 'sistema'⁶⁹.

Questo tema appare centrale anche nelle acute, e partecipi, analisi che Norberto Bobbio dedica, fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, alla 'filosofia dell'esistenza'⁷⁰.

⁶³ LUPORINI 1942, p. vii.

⁶⁴ LUPORINI 1942, p. ix.

⁶⁵ Cfr. MAIORCA 1993; INVITTO 1995.

⁶⁶ ABBAGNANO 1943, p. 2. PACI 1943 b, p. 4: «Se io sono soltanto Pensiero gli altri non saranno per me che il Pensiero. Se io sono persona gli altri saranno persone, come me finite, ma come me aperte alla Trascendenza».

⁶⁷ ABBAGNANO 1943, p. 2.

⁶⁸ LUPORINI 1943, p. 84.

⁶⁹ «Riassunto nei suoi termini essenziali, il contrasto fra idealismo ed esistenzialismo, è questo: da una parte, il mondo infinito nella ragione, concepita come pensiero puro, anonimo, impersonale, risolvibile dialetticamente e necessariamente in sé tutti i contrasti, in un sistema in cui l'errore e il male sono solo un momento negativo della verità, e tutto si risolve in razionalità, senza residui; dall'altra, si contrappone il mondo del finito, del contingente (questo, qui, ora) in quanto tale, costitutivo dell'uomo singolo, che nasce e muore, e si distingue dall'altro: per cui il mondo è problematicità continua, senza soluzione vera, e implica perciò la necessità di decidersi con rischio e pericolo, con salti nel buio e possibilità di scacco. Si è detto perciò l'esistenzialismo una filosofia della crisi [...]» (ANONIMO 1943, p. 191).

⁷⁰ Cfr. GRECO 2000; CIANFEROTTI 2005.

La radice del recente successo dell'esistenzialismo risiede, per Bobbio, nel suo «appello appassionato all'uomo singolo», nella «affermazione della personalità», in un «atteggiamento antiuniversalistico»⁷¹ che al «sapere oggettivo» contrappone la «rivelazione dell'esistenza a se stessa nella singolarità della sua essenza, e nella storicità della sua situazione»⁷².

Per Bobbio, la tematizzazione dell'individuo concretamente agente serve a prendere le distanze non solo dalla tradizione idealistica, ma anche dal determinismo e dalle pretese olistiche della recente sociologia⁷³. Far leva sulle caratteristiche strettamente 'individuali' della persona permette, da un lato, di evitare la mitologica rappresentazione della società come «persona collettiva» e, dall'altro lato, invita a cogliere la dimensione relazionale delle singole individualità⁷⁴. È l'individuo nella sua concretezza il «problema centrale dell'esistenzialismo», come ha affermato «il Pareyson nel suo bel libro sulla filosofia dell'esistenza»⁷⁵. Al contempo, l'esistenzialismo, nei suoi ultimi sviluppi, si rende conto che «il concetto di persona non è raggiungibile, se non ponendo il problema della molteplicità degli individui e della loro relazione», tanto da rendere possibile «una fondazione sociale della persona in contrasto con la comune concezione individualistica»⁷⁶. Non appena risorge «più vivo che mai» il senso della «persona concreta», ci si accorge che la persona «non può essere se stessa se non in rapporto di unione con altre persone»⁷⁷.

Sembra dunque delinearsi un affollato 'campo teorico', che trova il suo centro, da un lato, in un individuo, colto nella concretezza del suo esistere e nella sua inconfondibile singolarità, e, dall'altro lato, nella necessaria, vitale relazione che il singolo non può non intrecciare con una pluralità di individui.

6. La certezza del diritto, fra giuspositivismo e giusnaturalismo

È l'irriducibilità del singolo a un qualsivoglia 'sistema' che pretenda di dissolverne l'individua realtà la spina nel fianco di tradizioni che, pur difformi fra loro, convergono nel trasformare i 'molti' nell'«uno», nel risolvere la pluralità in un'entità olistica, sia essa la società del 'sociologismo' (per usare l'espressione di

⁷¹ BOBBIO 1941 a, p. 114.

⁷² BOBBIO 1941, p. 113.

⁷³ BOBBIO 1938 a, p. 5.

⁷⁴ BOBBIO 1938 a, p. 9.

⁷⁵ BOBBIO 1941 b, p. 320.

⁷⁶ BOBBIO 1941 b, p. 333.

⁷⁷ BOBBIO 1938 b, p. 7.

Bobbio), lo Stato della tradizione idealistica (con la quale principalmente si confronta Lopez) oppure il *Volk* della dottrina nazionalsocialista, bersaglio esplicito tanto di Lopez quanto di Bobbio: del primo, che lo indicava come emblema di una radicale politicizzazione della giustizia⁷⁸, e del secondo, che attaccava (nel '38, nel momento d'avvio del 'razzismo di Stato') il «fanatismo, che per nobilitarsi si fa chiamare misticismo» e conduce nella recente letteratura tedesca a 'ideologizzare' «il popolo, cioè quell'oscuro termine, su cui si esercita il tentativo di teorizzare la politica sopra basi razzistiche»⁷⁹.

Il riconoscimento della pluralità però, a sua volta, è, sì, un punto di arrivo (del processo di allontanamento dagli orientamenti dominanti), ma è anche un difficile punto di partenza. Per Lopez, si pone, a partire dall'individuo, dagli individui, dalla loro pluralità, il problema di gettare un ponte fra la 'singolarità' e l' 'universalità', di cogliere la trama profonda della coesistenza⁸⁰. Il diritto e la sua 'certezza' vogliono essere una risposta in questa direzione, ma possono esserlo solo a patto di muovere da una visione impegnativa e complessiva del fenomeno giuridico. Non mancano spunti che vanno in questa direzione nel *La certezza del diritto*. Questi spunti però sono più accennati che sviluppati e finiscono per essere in qualche modo oscurati dal cono d'ombra che getta su di essi ciò che rischia di apparire il principale *thema probandum* dell'argomentazione: la difesa della norma nella sua generalità e astrattezza di contro alle indebite pretese di un'interpretazione 'creativa'.

In effetti, la recensione di Calamandrei portava acqua a questo mulino, nel momento in cui riteneva di trovare nel libro di Lopez la conferma delle sue tesi di fondo: il primato della legislazione, il carattere logico-deduttivo dell'interpretazione giurisprudenziale, la rigorosa distinzione fra politica e diritto, che lo induceva a ribadire che il giudice che, di fronte a una legge che «moralmente gli ripugna», tenti di «attenuarla» facendo leva su «distinzioni e riserve», agiva «da politico, non da giurista»⁸¹.

La legge sembra identificarsi con la giustizia (per Calamandrei lettore di Lopez). E anche un altro recensore 'eccellente' del *La certezza del diritto* – Francesco Carnelutti – sembra pensarla allo stesso modo. Calamandrei, come «i miei maestri», erano «dei candidi adoratori della legge, ossia della certezza del diritto»⁸² e tanto Calamandrei quanto Lopez – uniti nell'apologia della *lex* ancorché *dura* – escludono

⁷⁸ LOPEZ DE OÑATE, p. 87.

⁷⁹ BOBBIO 1938 b, p. 39.

⁸⁰ LOPEZ DE OÑATE 1968, p. 113.

⁸¹ CALAMANDREI 1942, p. 511.

⁸² CARNELUTTI 1943, p. 194.

qualsiasi possibile tensione fra 'diritto' e 'giustizia', perché per entrambi le leggi «sono sempre ciò che debbono essere». Per Lopez, in particolare, è «l'insidenza della verità nella realtà e della realtà nella verità» «la chiave per risolvere l'antinomia fra equità e legalità»⁸³.

Chi offre una lettura 'polifonica' e non riduttiva del pensiero di Lopez è Giuseppe Capograssi, prima nel Necrologio⁸⁴ e poi nella Prefazione alla ristampa del *La Certezza del diritto* nel 1950. Nel 'ricordo' dell'amico scomparso Capograssi enuncia con esemplare chiarezza le linee portanti del percorso intellettuale di Lopez: per il giovane filosofo «cogliere la vita è coglierla nell'assoluta individualità nella quale essa si presenta. Cogliere l'individualità [...] è il criterio e il metodo di ogni suo lavoro»⁸⁵. Al contempo, però, la comprensione dell'individuale non può fargli perdere di vista il suo punto di congiunzione con l'universale. Come scrive Giuseppe Acocella, la scienza, per Lopez, è cognizione dell'universale ed è chiamata a illustrare la struttura della realtà, a individuare la razionalità immanente all'esperienza⁸⁶.

Alla luce di questi orientamenti di fondo Capograssi è in grado di rileggere criticamente le interpretazioni che Calamandrei e Carnelutti avevano proposto: il primo sostenendo e il secondo contestando la riconducibilità della 'giustizia' alla 'norma', ma entrambi dando per acquisito che la 'norma' di cui Lopez elogiava la 'certezza' fosse comprensibile senza residui nel quadro del consolidato paradigma giuspositivistico. Per Capograssi invece il retroterra di Lopez è diverso: lungi dall'identificare la realtà con la verità, il reale con il razionale, il fatto con l'idea, Lopez ha assunto l'agire umano come il «centro dell'esperienza giuridica» ed è andato in cerca della sua logica interna, del principio che la informa e la spiega: e questo principio «può chiamarsi, se si vuole, diritto naturale, nell'unica maniera in cui si può intendere il diritto naturale, come principio che dà vita al mondo del diritto e sostiene l'esperienza giuridica, come ragione obiettiva [...]»⁸⁷.

È vero allora, come sostiene Calamandrei, che il giurista, interpretando la legge, deve rispettarne il dettato e che accetta anche la legge ingiusta, perché sa che comunque che il rispetto della legge è «anche nei regimi totalitari» «una catena

⁸³ CARNELUTTI 1943, 203 Cfr. CARIA 2019.

⁸⁴ CAPOGRASSI 1947. Il necrologio fu pubblicato originariamente nel 1947 nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*.

⁸⁵ CAPOGRASSI 1947, p. 4.

⁸⁶ LOPEZ DE OÑATE 1955, pp. 217 ss. Cfr. ACOCELLA 1974, alla cui attenta e convincente lettura rinvio complessivamente.

⁸⁷ CAPOGRASSI 1950 a, p. 244.

all'arbitrio»⁸⁸. Proprio per questo il giurista, per Calamandrei, non può, interpretando la legge, «aggirarla», foss'anche per «impedirle di nuocere». Che cosa significa però interpretare la legge? Significa intenderla non «come qualcosa di separato», ma come momento di una più vasta realtà: significa «riportare la singola legge a quella ragione obiettiva» che percorre e sostiene l'intera esperienza giuridica, ricondurla alla «vivente pienezza della ragione obiettiva del mondo del diritto»⁸⁹. Se ciò è vero, il libro di Lopez non è una conferma, ma è una netta riconsiderazione dei «banali schemi della certezza del diritto come pura e mera legalità, come certezza esteriore o formale e simili»⁹⁰.

Capograssi è un lettore capace di intendere in tutti i suoi risvolti *La certezza del diritto*: non solo perché l'itinerario intellettuale di Lopez e le sue riflessioni (svolte in particolare negli *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, del 1939, e nel *Compendio di filosofia del diritto*, del 1942) gli sono perfettamente chiari, ma anche perché l'opera del giovane filosofo, se da un lato si sostanzia in un serrato confronto con le più vivaci testimonianze della cultura contemporanea, dall'altro lato è l'espressione di un dialogo ininterrotto con Capograssi stesso. È proprio in Capograssi (nei suoi scritti e negli incontri con lui, che della comunicazione amicale aveva fatto un tramite essenziale del suo magistero⁹¹) che Lopez aveva trovato indicazioni decisive per la sua riflessione: a partire dalla rappresentazione dell'individuo e dalla sua 'crisi'.

«La vera filosofia della crisi – aveva scritto Lopez nelle sue 'Aggiunte' – è l'esistenzialismo» e «un pensatore [...] che presenta assai interessanti consonanze con l'esigenza esistenzialistica è il Capograssi», anche se il suo orientamento si è formato «contemporaneamente all'esistenzialismo ed in modo autonomo nei confronti di esso»⁹². Sono dello stesso avviso Carnelutti⁹³ e Bobbio, che, come già Lopez, afferma che Capograssi si era dedicato a una «analisi dell'esistenza umana» «simile per consonanza o vocazione naturale, non per imitazione, a quella degli esistenzialisti»⁹⁴. E proprio di analisi esistenziale parla un altro allievo di

⁸⁸ CAPOGRASSI 1950 a, p. 251.

⁸⁹ CAPOGRASSI 1950 a, pp. 252-53.

⁹⁰ CAPOGRASSI 1950 a, p. 255. Coglie esattamente la visione capograssiana della certezza del diritto GROSSI 2006, pp. 26-27.

⁹¹ Salvatore Satta, ricordando la sua lunga, ventennale frequentazione di Capograssi, scriveva: «Solo ora comprendiamo che il foglio sul quale egli imprimeva le sue parole eravamo noi stessi» (SATTA 1957, p. 8).

⁹² LOPEZ DE OÑATE 1968, pp. 32-33.

⁹³ CARNELUTTI 1956, p. 7.

⁹⁴ BOBBIO 1956-57, p. 141.

Capograssi, Pietro Piovani, a proposito della ‘filosofia dell’esperienza’ di Capograssi⁹⁵.

L’*Analisi dell’esperienza comune*, del 1930, si apre con la denuncia di una «speculazione moderna» per la quale la vita è «o ragione universale o attività universale» che risolve in sé l’individuo «come centro permanente e durevole di esistenza»⁹⁶. Se però si risolve l’individuo in un «soggetto universale», in una «realtà universale», diviene impossibile comprendere «il dato dell’esperienza concreta»⁹⁷. Si perde di vista l’individuo come realtà «finita», si dimentica la «finitezza della vita» facendo leva sull’identificazione dell’individuo con lo Stato o con la società, ci si illude che «la morte [...] non lasci traccia»⁹⁸ e si cancella il «fondamentale fatto che il soggetto si trova gettato in mezzo a un mondo già pensato e creato»⁹⁹.

La heideggeriana *Geworfenheit* dell’individuo che Capograssi fa propria esprime icasticamente la sua netta distanza dalla tradizione idealistica, ma non fa di lui «né l’ultimo, infedele, epigono del tramontante idealismo, né il primo profeta dell’imminente esistenzialismo»¹⁰⁰: da un lato, è «l’antropocentrismo cristiano che si sovrappone a quello idealistico e lo soverchia [...]»¹⁰¹, dall’altro lato, «la storicità esistenziale è presa in considerazione per quel tanto che sia inseribile nel processo universale che la giustifichi»¹⁰². Lo storicismo di Capograssi, ricostruito da Fulvio Tessitore in pagine convincenti¹⁰³, è segnato dall’esigenza di andare ‘oltre’ l’individuo senza comprometterne la singolarità e la finitezza. È uno storicismo che parte da un’originale rilettura di Vico, passa attraverso la visione hegeliana dello spirito oggettivo, non trascura gli scritti del giovane Marx¹⁰⁴ e accoglie da Dilthey¹⁰⁵ «la tensione verso l’oggettività» e il tentativo di «conciliare il riconoscimento della finitezza del singolo con l’affermazione del suo ruolo imprescindibile all’interno della totalità storica»¹⁰⁶.

⁹⁵ PIOVANI 1976. Fra gli scritti recenti dedicati a Capograssi cfr. DELOGU, MORACE 2009; CAPPELLINI 2013; ADDIS 2015; ACOCELLA 2016; MARCI 2017; ACOCELLA 2021; TESSITORE 2022.

⁹⁶ CAPOGRASSI 1930, p. 6.

⁹⁷ CAPOGRASSI 1930, p. 10.

⁹⁸ CAPOGRASSI 1930, p. 16.

⁹⁹ CAPOGRASSI 1930, p. 29.

¹⁰⁰ OPOCHER 1991, pp. 34-35.

¹⁰¹ OPOCHER 1991, p. 35.

¹⁰² PIOVANI 1976, p. 48.

¹⁰³ Cfr. in particolare TESSITORE 1971.

¹⁰⁴ TESSITORE 1976, pp. 89 ss.

¹⁰⁵ BIANCO 1976, p. 204.

¹⁰⁶ BIANCO 1976, p. 217.

Il principale momento di congiunzione fra il singolo e l'esperienza complessiva è il diritto. L'individuo di Capograssi peraltro «non è solo», ma è caratterizzato da una costitutiva interazione con l'altro, con gli altri¹⁰⁷. L'esperienza «non è che la comunicazione del soggetto con l'altro soggetto», un «vasto e totale sistema e processo di conoscenza fra soggetti»¹⁰⁸; ed è significativo il rinvio¹⁰⁹, a conferma della centralità dei rapporti intersoggettivi nelle scienze morali, a Troeltsch e a Scheler (apprezzato anche per la valorizzazione della componente emozionale, metarazionale, della personalità umana¹¹⁰).

L'esperienza è dunque esperienza di pluralità e una sua adeguata comprensione esige di muovere oltre il livello «dell'esperienza esistenziale individualmente considerata», verso «un ordine che la dispieghi e trascenda»¹¹¹. Occorre però guardarsi dal rischio di «imporre schemi alla vita» e tentare di intenderla nella concretezza dei suoi contenuti. È questa, per Capograssi, l'aspirazione più interessante della cultura moderna. Al suo interno è stata la fenomenologia («una delle più significative correnti moderne») a proporsi di cogliere i «dati originari» della vita «nella loro purezza», «in quello che presentano di originale e di irriducibile»¹¹².

Non dobbiamo sottovalutare il richiamo di Capograssi alla fenomenologia. Non è un rinvio di maniera (mai le sue poche citazioni lo sono); e Norberto Bobbio, che proprio alla fenomenologia – e ai suoi riflessi nella scienza del diritto – aveva dedicato la sua prima monografia¹¹³, non manca di presentare Capograssi come un «attento studioso della corrente fenomenologica», fra i pochi allora in Italia¹¹⁴. Certo, il pensiero di Capograssi non è mai riconducibile a un'esclusiva matrice: la stessa 'filosofia dell'azione' (da Léon Ollé-Laprune a Maurice Blondel), pur così presente ed esplicitamente richiamata nella sua opera, è sempre metabolizzata in una riflessione inconfondibilmente 'personale'. Ciò non diminuisce comunque il ruolo esercitato dalla fenomenologia in un passaggio capitale della riflessione di Capograssi: nel suo tentativo di cogliere le modalità essenziali, le forme strutturali, dell'esperienza giuridica.

¹⁰⁷ CAPOGRASSI 1930, p. 41.

¹⁰⁸ CAPOGRASSI 1932, p. 226.

¹⁰⁹ CAPOGRASSI 1932, pp. 227-28.

¹¹⁰ CAPOGRASSI 1932, p. 225.

¹¹¹ PIOVANI 1976, p. 21.

¹¹² CAPOGRASSI 1932, pp. 223-24.

¹¹³ BOBBIO 1934.

¹¹⁴ BOBBIO 1934, p. 29.

Impegnato a delineare i tratti fondamentali del mondo umano, il fenomenologo mette in parentesi i presupposti e gli accidenti dell'esperienza e guarda ai dati «nella loro purezza, in quello che essi presentano di originale e di irriducibile», non già 'costruendo' l'oggetto della conoscenza, ma entrando in rapporto diretto con l'esperienza sulla base di una intuizione immediata che ne coglie le determinazioni essenziali¹¹⁵.

È in questa prospettiva che Capograssi, nelle seminali opere del '30 e del '32, individua i tratti caratterizzanti dell'esperienza giuridica, muovendo dal soggetto e dalla sua volontà: a partire dal nucleo elementare della 'promessa' («“Spondesne? Spondeo”»¹¹⁶), che permette di superare «l'insolubile groviglio» dei problemi economici sostituendo «all'utilità l'obbligazione». «Col contratto il soggetto comincia a fare esperienza che solo traverso l'altra volontà egli può conseguire i suoi beni»¹¹⁷. Occorre partire dal soggetto, dalla sua volontà, dalla sua «attività pratica e diretta» e da qui rintracciare «la logica» dell'esperienza¹¹⁸. Nell'opera del '32, Capograssi parla di una rete «di comandi e di obbedienze»: comandi e obbedienze individuali e collettive, espressione di quella «connessione di rapporti di atti di volontà» che è l'esperienza giuridica¹¹⁹. È nella stretta connessione di pretese e obblighi, di comandi e obbedienze che è possibile ravvisare la trama intima dell'esperienza.

Non sembra un'indebita forzatura ravvisare nelle pagine capograssiane qualche suggestiva assonanza con le ricerche fenomenologiche di Adolf Reinach. Era uscita nel 1913 la sua opera principale (*Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*¹²⁰), che si proponeva un obiettivo che Capograssi avrebbe perseguito a suo modo: individuare le grandezze soggiacenti all'esperienza giuridica, assumere queste «*rechtliche Gebilde*» come proposizioni giuridiche a priori e sottolinearne l'indipendenza dal diritto positivo¹²¹. Reinach dedica pagine innovative al concetto di 'atto sociale' (e non dimentichiamo la costitutiva relazionalità del soggetto capograssiano), mette alla prova il suo progetto fenomenologico analizzando la

¹¹⁵ CAPOGRASSI 1932, p. 24.

¹¹⁶ CAPOGRASSI 1930, p. 120.

¹¹⁷ CAPOGRASSI 1930, p. 121.

¹¹⁸ CAPOGRASSI 1932, p. 234.

¹¹⁹ CAPOGRASSI 1932, p. 235.

¹²⁰ REINACH 1913. Reinach non era ignoto in Italia. Si tenga presente, in generale, l'opera di Cesare Goretti (GORETTI 1930). Può essere interessante notare che nel '29 Luis Recaséns Siches aveva diffusamente parlato di Reinach in un'opera (*Direcciones contemporaneas del pensamiento jurídico*), nota a Capograssi, che la ricorda in una sua recensione, del 1931, ad altra opera dello stesso autore (CAPOGRASSI 1931, p. 198).

¹²¹ REINACH 1913, pp. 688-89.

promessa e il conseguente rapporto fra la pretesa e l'obbligazione e per questa via assume come determinante il concetto di «atto sociale». Per Reinach, accanto a innumerevoli atti puramente 'interni', l'individuo compie atti che egli qualifica come «fremdpersonal», gli atti che chiamano direttamente in causa un soggetto 'altro' ed esigono la sua comprensione¹²²: appunto, gli atti che Reinach chiama «sociali». È in questa prospettiva che Reinach si dedica a un'analisi fenomenologica della promessa (e della pretesa e dell'obbligo che ne conseguono) e, più in generale, dei rapporti di comando e di obbedienza.

La promessa e l'obbligo, il comando e l'obbedienza: sono figure che appartengono, in Reinach come in Capograssi, a una 'grammatica dell'esperienza' che, lungi dall'essere il prodotto del 'decisionismo' di un legislatore, è semmai la condizione previa del funzionamento del diritto positivo. Esiste per Capograssi una «legge dell'azione» che ha le sue regole 'strutturali', esistono «principi fondamentali» che la legge positiva presuppone. Il diritto positivo è non già il punto di origine dell'esperienza giuridica, bensì una sua componente e una sua funzione: primario e fondante è il ruolo dell'azione e degli individui agenti (ciascuno nella sua «concreta individualità»); essenziali «sono gli imperativi ultimi ed universali», «le vere "Grundnormen" che la legge positiva non pone direttamente, non comanda [...], ma senza le quali la legge positiva non potrebbe concepirsi»¹²³.

«Il singolo partecipa della ragione, di quella ragione vivente che è divenuta realtà pratica, da lui stesso sperimentata»¹²⁴. È in questo quadro che Vico è un indispensabile punto di riferimento per Capograssi: non solo come punto d'avvio di uno storicismo che lo induce a muovere dalla centralità del singolo alla totalità dell'esperienza, ma anche come sostenitore di un'idea di ragione che opera al fondo dell'azione umana. La scienza del diritto ha, come suo scopo ultimo, l'affermare «il primato della ragione su tutta la vita» e come suo «contenuto la vita stessa concreta nella sua profonda razionalità»¹²⁵.

Il diritto appare dunque, quando la scienza ne colga le effettive radici, l'espressione e il tramite della razionalità immanente all'esperienza: è in questa prospettiva che Capograssi ripensa il diritto naturale non come un parametro esterno alla dinamica storica, ma come la sua struttura profonda, come «il sistema di

¹²² REINACH 1913, p. 706. Su Reinach cfr. STELLA 1990, PUNZI 1991, DE VECCHI 2012, TEDESCHINI 2015, CICCARELLI 2017, DI LUCIA 2018.

¹²³ CAPOGRASSI 1932, pp. 337-38.

¹²⁴ MARINI 1976, p. 131.

¹²⁵ CAPOGRASSI 1937, p. 498.

permanenze al di sotto delle variazioni superficiali della storia»¹²⁶. Sono eloquenti le considerazioni svolte da Capograssi a proposito di Karl Bergbohm e del suo libro più noto (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, del 1892). Bergbohm reclama l'attenzione alla 'realtà' e vede nel diritto naturale, da un lato, «un subiettivismo arbitrario» e, dall'altro lato, «uno sforzo perennemente eversivo degli ordini esistenti»¹²⁷, incorrendo però in questo modo in un duplice errore: in una considerazione puramente «empirica della realtà, ed astratta della ragione»¹²⁸. Egli riduce la ragione ad «arbitrio subiettivo» e concepisce «la realtà fuori della ragione», senza pervenire al «riconoscimento della ragione che regge la vita, dei principi che formano l'esperienza, che danno il valore e il contenuto di verità all'esperienza»¹²⁹: perdendo di vista quindi «il contenuto più profondo dell'idea del diritto naturale, vale a dire l'affermazione dei principi di verità che reggono la vita del diritto»¹³⁰.

È sul terreno di un'esperienza giuridica intrinsecamente 'razionale', è nell'orizzonte di un 'diritto naturale' reinterpretato come la logica profonda della dinamica storica, che Capograssi colloca lo Stato e il suo più alto prodotto, la legge. La legge «non è una trovata dello Stato, ma è la profonda realtà già insita nell'azione». Le forme dell'esperienza non sono create dallo Stato, che però interviene conferendo a esse «la loro vera energia e la loro piena verità», assumendole come espressioni coerenti e correlate «dell'unico ed intero imperativo giuridico»¹³¹. La legge svolge una funzione di raccordo e di sintesi di «tutte le posizioni fondamentali dell'azione giuridica». Il diritto, lungi dal coincidere con l'insieme degli imperscrutabili e arbitrari atti di volontà statale, affonda le radici nell'immanente razionalità dell'esperienza (nella logica dell'azione e dell'interazione dei soggetti) e trova in essa il suo senso, la sua misura, la sua stessa possibilità di funzionamento.

È comprensibile allora che Capograssi rifiutasse (contro Calamandrei e Carnelutti) di ridurre la certezza del diritto di Lopez ai «banali schemi [...] della mera legalità»¹³². Per Capograssi, come per il suo brillante allievo, proprio perché la legge è la punta emergente dell'esperienza giuridica nella sua totalità, il diritto potrà dirsi 'certo' solo nella misura in cui la legge positiva e il 'diritto naturale', la volontà

¹²⁶ PIOVANI 1963, p. xxx.

¹²⁷ CAPOGRASSI 1928, p. 55.

¹²⁸ CAPOGRASSI 1928, p. 58.

¹²⁹ CAPOGRASSI 1928, p. 57.

¹³⁰ CAPOGRASSI 1928, p. 56.

¹³¹ CAPOGRASSI 1930, p. 143.

¹³² CAPOGRASSI 1950 a, p. 255.

eminente dello Stato e la razionalità intrinseca dell'esperienza, si disporranno in un rapporto di reciproca implicazione ed osmosi.

7. *La certezza del diritto di fronte alla catastrofe: continuità e fratture*

La certezza del diritto di Lopez era iscritta nell'orizzonte della 'crisi': una crisi i cui coefficienti principali erano, da un lato, la dissoluzione dell'«esistenziale» singolarità dell'individuo nell'astratta unità del Soggetto e, dall'altro lato, l'attacco alla maestosa intangibilità della legge, assunto come indizio della crescente distanza fra la *ratio* e la *potestas*.

Nel libro di Lopez erano presenti gli elementi che permettevano una diagnosi della 'crisi' e anche spunti potenzialmente idonei per una futura *pars construens*. Non a Lopez, morto precocemente nell'agosto del 1944, fu però possibile gettare uno sguardo 'oltre' la crisi. Lo fu per Capograssi, che la affronta confermando, ma al contempo modulando e mettendo alla prova schemi interpretativi venuti a maturazione nel corso degli anni Trenta. Capograssi – scrive Bobbio nel suo commosso ricordo –

ha sentito profondo orrore della catastrofe; e la interpreta dal punto di vista metafisico come la macabra vittoria del nichilismo sulla tradizione cristiana; dal punto di vista sociale, come la vittoria dello stato onnipotente sull'individuo spogliato e spodestato. Egli prende le difese dell'individuo. E lo difende perché nonostante la miseria in cui è caduto, ha fiducia in lui. Dalla rinascita dell'individuo dipende la ripresa dopo la crisi¹³³.

Di fronte alla catastrofe, acquistano un nuovo e drammatico risalto alcuni temi nodali della sua riflessione: il rapporto fra l'esperienza giuridica e la legge dello Stato, la sempre risorgente tensione fra Stato e individuo¹³⁴, fra *ratio* e *potestas*, fra diritto naturale e diritto positivo.

Sul problema del rapporto fra diritto naturale e diritto positivo Capograssi si intrattiene in un impegnativo intervento pubblicato nel 1949 sul primo numero di *Iustitia*, prendendo spunto da uno scritto anonimo (ma riconducibile a Santoro Passarelli¹³⁵), che si era interrogato sulla posizione che il giurista deve assumere di fronte alla 'legge ingiusta'. La risposta di Capograssi è in linea con le riflessioni che

¹³³ BOBBIO 1956-1957, p. 139.

¹³⁴ Cfr. la suggestiva riflessione capograssiana sul rapporto fra l'individuo e la terra: CAPOGRASSI 1952. Vedine l'acuta interpretazione di CAZZETTA 2003.

¹³⁵ D'ADDIO 2011, p. 167.

egli avrebbe svolto di lì a poco contestando l'interpretazione riduttiva che della certezza del diritto di Lopez avevano dato Calamandrei e Carnelutti¹³⁶. Il giurista deve rispettare l'ordinamento positivo, senza indulgere a forzature interpretative riconducibili alle sue soggettive, personali inclinazioni, ma non deve nemmeno «fermarsi a mezza strada»: non deve arrestarsi alla «superficie normativa», ma deve «arrivare» «ai valori costitutivi, alle forme di vita, alle strutture inalterabili della vita concreta dell'umanità, di cui norme e istituzioni positive non sono che le determinazioni storicamente puntuali»¹³⁷.

Per il 'neovichiano' Capograssi il diritto naturale non può essere che la ragione profonda dell'esperienza, accolta e rafforzata dallo Stato che è «un comodo organo di smistamento e di elaborazione dei contenuti della vita»¹³⁸. Il fenomeno che però ora assume un'urgenza e una drammaticità nuove rispetto al decennio precedente è lo scollamento fra la ragione immanente all'esperienza e il dettato legislativo: in alcuni momenti della storia («e noi abbiamo vissuto in una di queste epoche») intervengono «lacerazioni» che riducono il diritto a strumento di un'arbitraria e sfrenata volontà sovrana. Di fronte a questa emergenza, resta solo la speranza che qualcosa dell'ordinamento 'razionale' dell'esperienza sopravviva in modo da impedire il collasso del «mondo umano» e il suo precipitare «nel preistorico, nel sub-umano, addirittura nel demoniaco»¹³⁹.

Capograssi, se nel corso degli anni Trenta sembrava ancora credere nella persistenza di una qualche armonia fra l'immanente razionalità dell'esperienza e l'ordinamento positivo, di fronte alla sopravvenuta catastrofe (che ha immerso «l'umanità in un mondo caratterizzato dalla morte e dall'incubo»¹⁴⁰) prende atto della rottura dell'equilibrio da cui dipende la possibilità di una vita 'umana' e si interroga sulle radici della crisi.

L'epicentro della crisi, per Capograssi (come era stato per Lopez) è un cambiamento che investe la rappresentazione dell'individuo, che cessa di essere considerato come «essere intelligente e morale» per divenire una realtà liberamente trasformabile dalle decisioni del potere, mera funzione di uno scopo definito dall'esterno della sua concreta esistenza¹⁴¹. Privo di valore e di autonomia,

¹³⁶ Vedi *supra* §

¹³⁷ CAPOGRASSI 1949, p. 31.

¹³⁸ CAPOGRASSI 1949, p. 31.

¹³⁹ CAPOGRASSI 1949, p. 32.

¹⁴⁰ CAPOGRASSI 1950 b, p. 153.

¹⁴¹ CAPOGRASSI 1950 b, pp. 155-56. Conviene ricordare la costante influenza su Capograssi, nella rappresentazione del valore 'assoluto' dell'individuo, della filosofia di Rosmini, cui

l'individuo «può essere formato e plasmato» liberamente dal «gruppo dominante»¹⁴² oppure, se di ostacolo, può essere «soppresso direttamente, [...] portato in speciali luoghi e ambienti creati ad hoc, detti in genere campi di concentramento, [...] un mondo sociale di secondo grado, che forma e plasma gli individui [...]»¹⁴³.

«Nasce un nuovo individuo, che è stato per ora provvisoriamente chiamato l'uomo concentrazionario [...]»¹⁴⁴. Il termine 'concentrazionario' era stato creato di recente da David Rousset, che, sopravvissuto ai *Lager*, aveva scritto nel 1946 *L'univers concentrationnaire*¹⁴⁵. Capograssi ha bisogno di questo neologismo per riferirsi a una realtà fino a quel momento impensata, di cui egli coglie l'importanza epocale, con una sensibilità tanto più significativa quanto più diffusa nel secondo dopoguerra era la 'amnesia collettiva' (come la ha definita Enzensberger) riservata alle vittime dei sistemi concentrazionari¹⁴⁶. È urgente guardare in faccia la catastrofe ed esplicitarne la «filosofia» per capire «la sua puntuale unicità storica»¹⁴⁷ e intendere il terremoto provocato nell'esperienza giuridica¹⁴⁸.

La faglia del terremoto è, in primo luogo, la convinzione che lo Stato, titolare di un'onnipotente volontà sovrana, possa plasmare liberamente la società come se il «mondo storico» «non avesse in sé principi esigenze formazioni istituzioni nascenti dalla profonda natura umana»¹⁴⁹, in secondo luogo e di conseguenza, il distacco della legge statale «dai fini che ineriscono nella costituzione stessa dell'individuo»¹⁵⁰ e, infine, lo svuotamento dei contenuti essenziali dell'esperienza giuridica, strettamente legati alla centralità dell'individuo e della sua libertà.

Capograssi dedica non soltanto numerosi riferimenti nel corso della sua riflessione, ma un apposito saggio (cfr. CAPOGRASSI 1940). Cfr. CAMPANINI 1990.

¹⁴² CAPOGRASSI 1950 b, p. 157.

¹⁴³ CAPOGRASSI 1950 b, 159.

¹⁴⁴ CAPOGRASSI 1950 b, 159.

¹⁴⁵ ROUSSET 1946. Su Rousset cfr. TODOROV 2003, pp. 148 ss. Capograssi cita il resoconto della repressione sovietica in Polonia pubblicato anonimo da Longanesi nel 1948 con il titolo *L'altra faccia della luna*, ma redatto da Elena Sikorski (SIKORSKI 1948) e presenta Ferdinando Di Fenizio, autore del saggio *Interpretazione economica dei campi di concentramento tedeschi* (DI FENIZIO 1948), come «l'unico studioso italiano, che si è reso conto della necessità di studiare queste nuove forme subumane di convivenza». Il saggio è firmato da Di Fenizio con lo pseudonimo (Mauro Fermar) da lui già impiegato in precedenti pubblicazioni invise al regime fascista (cfr. Lenti 1983, p. 70). Non sorprende che nel saggio capograssiano non vi siano cenni a *Se questo è un uomo*, di Primo Levi, dal momento che il libro, pubblicato nel 1947 da una piccola casa editrice torinese, De Silva, rimase per lungo tempo ai margini del dibattito pubblico.

¹⁴⁶ JUDT 1992, p. 95. Cfr. anche JUDT 2007. Da un altro punto di vista, conviene ricordare la dura polemica di Sartre nei confronti di David Rousset per la sua azione di accertamento e di denuncia del mondo concentrazionario sovietico.

¹⁴⁷ CAPOGRASSI 1950 b, p. 164.

¹⁴⁸ CAPOGRASSI 1950 b, p. 167.

¹⁴⁹ CAPOGRASSI 1950 b, p. 168.

¹⁵⁰ CAPOGRASSI 1950 b, p. 177.

Consumato il divorzio fra lo Stato e l'intrinseca razionalità dell'esperienza giuridica, cancellato il 'diritto naturale' come trama immanente al mondo storico e identificato il diritto con la legge statale, il drammatico scenario che si è aperto non può essere ridotto in alcun modo a una mera 'crisi di legalità'. «Altro che crisi della legalità! Qui la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico, e l'ordinamento giuridico è senza vita»¹⁵¹.

La catastrofe intervenuta rende impossibile un semplice appello alla 'legalità'. Per Capograssi, occorre prendere atto della spaccatura intervenuta fra il diritto naturale e il diritto positivo, fra la *ratio* e la *potestas*, e individuare la strada che conducesse alla ricomposizione della frattura. Non è sull'ipotesi della fondazione costituzionale di un nuovo ordine che Capograssi ferma l'attenzione. In un articolo pubblicato nel giugno del 1945, anzi, sembra prevalere lo sgomento di fronte allo spettacolo di un'Europa rovinata e imbarbarita: un'Europa che con il costituzionalismo ottocentesco si era proposta di sottoporre il conflitto politico alla «legge di ragione» e alle regole della libertà e ormai sembra incapace di individuare «le basi» dell'ordine, il «punto fermo» al quale ricondurre la dinamica storica di un popolo¹⁵².

Non manca però un 'frammento' successivo, un testo incompiuto, dove Capograssi offre una visione più complessa della costituzione, presentandola come «l'insieme dei modi con i quali l'unità dell'esperienza è organizzata», come l'espressione (e il tramite) di una «volontà comune a tutte le forze dell'esperienza»¹⁵³. «Ciò significa che la costituzione non è altro che l'esperienza giuridica la quale [...] mantiene se stessa nella molteplicità delle forme e delle forze che l'accompagnano»¹⁵⁴: la costituzione presuppone un pensiero che assume come proprio oggetto «il mondo dell'azione» e «ne ricerca la profonda natura, cioè la profonda verità [...]»¹⁵⁵. È in una costituzione così concepita che sembra profilarsi una nuova saldatura fra l'esperienza giuridica e lo Stato, fra il diritto naturale e il diritto positivo.

La costituzione come il prodotto di una volontà comune e di una condivisa comprensione di principi immanenti nell'esperienza: potremmo vedere, in questa visione della costituzione, una sorta di innesto mortatiano sul robusto tronco della capograssiana 'esperienza giuridica'; e l'ipotesi potrebbe avere una sua 'fattuale'

¹⁵¹ CAPOGRASSI 1950 b, p. 180.

¹⁵² CAPOGRASSI 1945, pp. 106-107.

¹⁵³ CAPOGRASSI 1959, pp. 387-88.

¹⁵⁴ CAPOGRASSI 1959, p. 389.

¹⁵⁵ CAPOGRASSI 1959, p. 390. Cfr. LUONGO 2008.

plausibilità tenendo conto dei rapporti di amicizia e di consonanza ideale che intercorrevano fra Costantino Mortati, giovane collega di Capograssi alla Sapienza di Roma, e il più anziano filosofo¹⁵⁶.

Non dobbiamo invece lavorare di fantasia per capire quali siano alcune delle principali determinazioni nei quali si sostanzia la *ratio* immanente all'esperienza giuridica nell'Europa sopravvissuta alla 'catastrofe': ce lo dice apertamente Capograssi riflettendo sui 'diritti umani' e sulla loro 'Dichiarazione universale'. L'individuazione di questi diritti, per Capograssi, non è il frutto di una «speculazione astratta», ma è un tentativo di risposta «ad esigenze concrete dell'attuale mondo storico», sollecitate dagli attentati cui la dignità dell'uomo è stata esposta¹⁵⁷. Il senso stesso della Dichiarazione universale dei diritti umani, del 1948, sfugge se non si tiene presente il loro diretto collegamento con «le esigenze più vitali della umanità presente». La Dichiarazione – conclude Capograssi – è «quasi – si direbbe – il più potente atto di riflessione che le Nazioni Unite hanno portato sulla esperienza storica delle società contemporanee»¹⁵⁸ e il nucleo sul quale tutti i diritti convergono è la «persona umana», considerata nel complessivo svolgersi della sua individualità. Proprio per questo i diritti enunciati a sua tutela «sono tra di loro solidali, fanno insieme sistema»¹⁵⁹, sono retti dal principio (che sarà detto) dell'indivisibilità e dell'interdipendenza di tutti i diritti fondamentali: i diritti che «tutelano l'individuo nella sua esistenza», i diritti che garantiscono la sua «sicurezza contro i bisogni»¹⁶⁰, i diritti che impediscono le discriminazioni, i diritti che favoriscono la partecipazione politica¹⁶¹.

Guardare in faccia la catastrofe implica per Capograssi prendere atto che i regimi totalitari avevano provocato una drammatica frattura fra la *potestas* e la *ratio* e individuare nei 'diritti umani' il perno intorno al quale promuovere una nuova osmosi fra «l'ordinamento giuridico» e la «vita». Il radicale mutamento del contesto storico non impone però a Capograssi di rinunciare alle coordinate teoriche che egli aveva messo a punto (soprattutto) nel corso degli anni Trenta: resta intatto il rapporto

¹⁵⁶ Cfr. le interessanti osservazioni di GALIZIA 2003, pp. 423 ss.

¹⁵⁷ CAPOGRASSI 1948, p. 4.

¹⁵⁸ CAPOGRASSI 1950 c, p. 41.

¹⁵⁹ CAPOGRASSI 1950 c, p. 43.

¹⁶⁰ Dal complesso dell'economia contemporanea e «dalle lotte sociali» è nata l'esigenza della «libertà dal bisogno», «che percorre tutta la storia contemporanea» e ha dato origine ai «cosiddetti diritti economici e sociali, che in definitiva non sono altro che il diritto di ogni individuo in quanto tale a un minimo di vita umana [...]»: CAPOGRASSI 1950 c, p. 39.

¹⁶¹ CAPOGRASSI 1948, p. 4. Cfr. CACCIATORE 2020, pp. 21 ss.

fra lo Stato e la società, fra la legge e l'esperienza, fra il diritto positivo e il 'diritto naturale' e resta intatta la visione neo-vichiana del diritto naturale.

Certo, nel secondo dopoguerra le proposte 'giusnaturalistiche' si moltiplicano, sollecitate dalla diffusa esigenza di opporre argini 'definitivi' all'onnipotenza del potere celebrata e praticata dai regimi totalitari. È in questo clima che vengono a esistenza tanto le costituzioni poste a fondamento delle nuove democrazie, in Europa, quanto la Dichiarazione universale dei diritti umani. Non posso nemmeno accennare alle tante voci che animano la cultura del secondo dopoguerra e, pur mantenendo provenienze e caratteri inconfondibili, concordano nel prendere le distanze dalla *vulgata* giuspositivistica e statualistica otto-novecentesca¹⁶² e devo limitarmi a sottolineare l'incidenza del nuovo clima culturale sulla visione della legge all'interno dei nuovi ordinamenti.

Nelle democrazie che nascono dal travaglio politico e culturale del secondo dopoguerra viene meno infatti la possibilità di identificare il diritto con la legge, dal momento che l'ordine trova nei diritti umani il fondamento e la condizione di legittimità. Ed è proprio sulla visione dei diritti fondamentali che è ravvisabile l'incidenza (implicita o esplicita, diretta o indiretta) delle sollecitazioni 'neogiusnaturalistiche'.

Certo, sono molteplici gli idiomi 'giusnaturalistici' che compaiono dietro le quinte delle argomentazioni costituenti. In Italia, accanto alla riproposizione della dimensione ontologica e metastorica del diritto naturale (se ne fa autorevole portavoce lo stesso pontefice, Pio XII, nei suoi famosi messaggi radiofonici del 1942 e del 1944), esercita una notevole influenza, su molti costituenti cattolici (a partire da La Pira, uno dei principali 'architetti' del nuovo edificio costituzionale e dal gruppo dossettiano), il neotomismo maritainiano. Il quadro complessivo è assai composito e si moltiplicano le tendenze a individuare contatti e sinergie fra i paradigmi, tradizionalmente distanti, dello storicismo e del giusnaturalismo.

Per quanto riguarda il tentativo di innestare preoccupazioni 'giusnaturalistiche' sul tronco storicistico si pensi, emblematicamente, a Guido de Ruggiero e al suo libro del 1946 (*Il ritorno alla ragione*), che non esita a imputare allo storicismo di essere «troppo immerso o sommerso nella corrente del divenire, e di svalutare e annullare tutto ciò che tende a emergere da esso con un'esigenza trascendente, come i valori, le norme, gli ideali»¹⁶³, mostrandosi vicino al clima che sarebbe stato

¹⁶² Cfr. SCHELAUSKE 1968; RICCIARDI 2004; VIOLA 2016; VIOLA 2021.

¹⁶³ DE RUGGIERO 2018, p. 81.

favorevole alla ‘rinascita’ del giusnaturalismo¹⁶⁴; e, successivamente, a Carlo Antoni, che sosterrà che «l’esigenza giusnaturalistica e l’esigenza storicistica si incontrano» nel momento in cui «il principio ideale» viene «avvertito come un prodotto storico», che nella storia si annuncia e si realizza¹⁶⁵. Viceversa, il paradigma giusnaturalistico tende a perdere la sua storica fissità per presentarsi come un patrimonio di principi che si manifesta e si modifica nella storia. Sono eloquenti, in questo senso, le argomentazioni sviluppate nell’Assemblea costituente tedesca da Hermann von Mangoldt e da Carlo Schmid, ispirate dall’idea di un diritto di natura «adattabile alla concreta dimensione storica, un diritto di natura “fluttuante”»¹⁶⁶.

Anche per Capograssi i diritti umani sono il perno su cui far leva per lasciarsi alle spalle la catastrofe; e lo sono perché, se da un lato danno voce a un’esigenza storicamente inconfondibile (sono collegati con «le esigenze più vitali della umanità presente»¹⁶⁷), dall’altro lato sono la determinazione e l’espressione della razionalità immanente all’esperienza storico-giuridica. Nella prospettiva capograssiana la legge mantiene tutta la sua rilevanza, ma deve essere armonizzata con quella *ratio* (di cui i diritti umani sono la determinazione storicamente più recente e urgente) che, costituendo la struttura stessa dell’esperienza, è anche il fondamento e la misura della legge stessa.

La modulazione neo-vichiana della *ratio* giusnaturalistica permetteva a Capograssi di pensare il diritto oltre la catastrofe, ma al contempo non lo induceva a mettere in risalto la componente volontaristica, politica, della trasformazione che aveva luogo nel secondo dopoguerra, non lo sollecitava a fermare l’attenzione su un fenomeno sostanzialmente nuovo nella storia italiana: l’esercizio del ‘potere costituente’. Di contro, è proprio la radicale discontinuità storico-politica prodotta dal processo costituente a permettere a Calamandrei di compiere un salto oltre quel modello gerberiano-labandiano all’ombra del quale si erano svolte, fra gli anni Trenta e i primi anni Quaranta, le sue perorazioni in difesa della ‘legalità’.

Come ricordavo¹⁶⁸, Calamandrei, quando rifletteva sulla ‘legalità’, fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta, non si era potuto avvalere del lavoro di Ruffini. Quando Calamandrei ne viene a conoscenza? «Negli ultimi anni del fascismo» – scrive Galante Garrone – «e nel forzato rifugio di un paesello umbro, a Colcello, egli non ne fa ancora cenno. Se lo avesse letto, ne avrebbe certamente parlato nel diario, e

¹⁶⁴ Cfr. MANCUSO 2018, p. 53, che riporta un’opinione di Gennaro Sasso.

¹⁶⁵ ANTONI 1959, p. 41. Cfr. POSTORINO 2018, pp. 29 ss.

¹⁶⁶ Cfr. CATERINA 2022 a, p. 15. Cfr. anche CATERINA 2022 b.

¹⁶⁷ CAPOGRASSI 1950 c, p. 41.

¹⁶⁸ Vedi *supra*, § 4.

nelle lettere di quegli anni [...]»¹⁶⁹. L'ipotesi di Galante Garrone¹⁷⁰ è che «la 'scoperta' del piccolo libro sia avvenuta sul finire del 1944», quando Calamandrei, di nuovo a Firenze, redige, per la Facoltà giuridica fiorentina, un corso di lezioni di diritto costituzionale, intitolato *Appunti sul concetto di legalità*¹⁷¹: nei suggerimenti bibliografici che seguono alla Premessa, infatti, vengono per la prima volta menzionati i *Diritti di libertà* di Ruffini¹⁷². Ed è plausibile, come sostiene Galante Garrone, che Calamandrei entri realmente in contatto con il libro di Ruffini soltanto «verso la fine del corso»¹⁷³, dal momento che soltanto nella sua ultima parte emerge qualche spunto nuovo, mentre «il carattere dominante» degli *Appunti sul concetto di legalità* è «la ripresa di quanto egli aveva scritto negli anni precedenti, dal 1938 in poi, sulle riviste giuridiche»¹⁷⁴.

Gli *Appunti* si aprono infatti con una riflessione sulla libertà, che però resta indeterminata nei suoi contenuti e nei suoi fondamenti e coincide con la certezza del diritto: con la possibilità offerta al singolo, grazie all'esistenza di leggi 'certe', di prevedere le conseguenze giuridiche della sua azione. Resta ferma la distinzione fra la politica e il diritto, fra il legislatore e il giudice, fra la formulazione e l'applicazione della norma e continua l'attacco al 'giusliberismo' (che nel nuovo contesto – 1944-45 – appare più di sempre una singolare testa di turco).

Le novità intervengono nella parte finale del Corso, quando viene annunciata una nuova declinazione («in senso sostanziale») della legalità¹⁷⁵, che all'immagine del legislatore onnipotente contrapponga l'idea di vincoli cui il sovrano stesso deve sottostare. È a questo punto che Calamandrei ricorda le dottrine che, sostenendo che «tutto il diritto deriva dallo Stato», rendono impossibile una autonoma fondazione dei diritti di libertà¹⁷⁶. Appare verosimile ipotizzare che proprio la lettura delle pagine di Ruffini abbia indotto a Calamandrei a mettere a fuoco il problema su cui l'opera di Ruffini insisteva: la difficoltà di fondare giuridicamente le libertà restando all'interno del modello gerberiano-labandiano (all'interno, cioè, della matrice stessa della cultura dominante, la cultura dei giuristi 'tecnici'), continuando a ritenere che «il diritto è tutto e soltanto nelle leggi scritte»¹⁷⁷.

¹⁶⁹ GALANTE GARRONE 1990, p. 289.

¹⁷⁰ GALANTE GARRONE 1990, p. 290.

¹⁷¹ CALAMANDREI 1944.

¹⁷² CALAMANDREI 1944, p. 57.

¹⁷³ GALANTE GARRONE 1990, p. 292.

¹⁷⁴ GALANTE GARRONE 1990, p. 291.

¹⁷⁵ CALAMANDREI 1944, p. 90.

¹⁷⁶ CALAMANDREI 1944, p., 103

¹⁷⁷ CALAMANDREI 1944, p. 100.

Ruffini aveva formulato un'antinomia e aveva prospettato una fuoriuscita dal dilemma. Il dilemma era: restare fedeli al 'metodo giuridico' e vedere nei diritti solo i 'diritti riflessi' della volontà statale oppure cedere alle lusinghe del diritto naturale. La soluzione del dilemma era affidata, come ricordiamo, al ricorso a una visione storicistica e istituzionalistica dello Stato. Calamandrei accoglie, da Ruffini, non tanto la soluzione dell'antinomia, quanto la sua formulazione e trae dalla sua opera soprattutto lo stimolo a prendere le distanze dal modello gerberiano-labandiano (e quindi anche, implicitamente, dalla cultura nella quale la sua riflessione si era formata e sviluppata). Non è un caso che nel '46 proprio alla ripubblicazione del libro di Ruffini¹⁷⁸ Calamandrei dedichi un'impegnativa Introduzione, significativa già nel titolo: *L'avvenire dei diritti di libertà*. È all'avvenire dei diritti che occorre guardare. L'antinomia (fra giusnaturalismo e giuspositivismo, fra i diritti 'assoluti' e «anteriori allo Stato» e i 'diritti riflessi') che emergeva non appena ci si interrogava sul fondamento giuridico delle libertà era «allora», quando Ruffini la enunciava, un tema «attuale»¹⁷⁹, ma ora, «nel momento storico che attraversiamo»¹⁸⁰, può essere relegata nel passato: nel momento in cui «la costituente sta per fondare una democrazia», i diritti di libertà emergono non già come limite di un'autorità altrimenti costituita, ma come «strumenti e condizioni della autorità medesima»¹⁸¹.

Per risolvere l'antinomia denunciata da Ruffini occorre andare 'oltre' di essa. Occorre far leva su un processo costituente che (come avvenuto nelle rivoluzioni di fine Settecento) trasformi il 'diritto naturale' «da sentimento disarmato e sprovvisto di sanzione esterna» in «legge positiva superiore alle leggi positive, limite pratico a quel potere che il legislatore ha di limitare praticamente la libertà dei sudditi»¹⁸². Per questa via i diritti di libertà divengono «parte integrante della costituzione dello Stato» e le leggi che li proclamano divengono «'superleggi'» che il legislatore non può abrogare come non può distruggere le basi dell'ordinamento da cui il suo stesso potere dipende¹⁸³.

L'antinomia è alle spalle. Il suo superamento, però, se implica il congedo dal modello gerberiano, non si traduce nella semplice dismissione dell'altro polo dell'alternativa (il giusnaturalismo), ma in una sua *Aufhebung*: il diritto naturale

¹⁷⁸ CALAMANDREI 1946.

¹⁷⁹ CALAMANDREI 1946, p. xi.

¹⁸⁰ CALAMANDREI 1946, p. xii.

¹⁸¹ CALAMANDREI 1946, p. xiii.

¹⁸² CALAMANDREI 1946, p. 100.

¹⁸³ CALAMANDREI 1946, p. 102.

(coincidente, per Calamandrei, con un ideale di ‘giustizia’ irriducibile all’assetto politico-istituzionale esistente) scompare, ma risorge ‘assorbito’ nei diritti che il processo costituente assume come base del nuovo ordinamento. Questi diritti, che riposano sulla decisione democratica del potere costituente, non hanno più niente da spartire con gli evanescenti ‘diritti naturali’ e tuttavia traggono da essi l’aura dell’intangibilità: sono al riparo dai colpi di mano di improvvisate maggioranze, ma addirittura devono essere pensati – come afferma Calamandrei anticipando un tema destinato a futuri, rilevanti sviluppi – come «diritti supercostituzionali», che devono «essere rispettati dallo stesso potere costituente e salvaguardati anche contro gli attentati provenienti da esso»¹⁸⁴. I diritti naturali sono la crisalide che, nella calda stagione costituente, si è trasformata nella farfalla dei ‘positivi’, ma intangibili diritti ‘fondamentali’.

Erano maturi i presupposti per il superamento della legalità ottocentesca e per il suo assorbimento in una nuova legalità: era adombrato il passaggio (per usare una formula oggi consolidata) dallo Stato di diritto fondato sulla legge allo Stato di diritto fondato sulla costituzione.

Per Calamandrei, è attraverso la frattura provocata dalla costituzione (con la costituzione ‘incipit vita nova’¹⁸⁵) che mutano il ruolo della legge, il rapporto fra la legge e i diritti e l’idea stessa di ‘certezza’ e di ‘legalità’. Per Capograssi, tanto la rilevanza quanto i limiti della legge non sono l’improvviso prodotto della recente contingenza storica, ma sono iscritti nel cuore dell’esperienza giuridica, la cui intrinseca razionalità, brutalmente interrotta dalla ‘catastrofe’, viene confermata e corroborata dal sistema dei diritti ‘umani-fondamentali’. Per entrambi, la condizione di possibilità di una più articolata visione della ‘legalità’ era il distacco dal dominante paradigma gerberiano-labandiano: un distacco che per Capograssi era iscritto nella sua modulazione ‘storicistica’ del diritto naturale, mentre per Calamandrei era la conseguenza di una scelta costituente che costruisce *ex novo* un ordinamento e fa delle libertà la condizione stessa della sua esistenza.

Da un lato, una ragione immanente nell’esperienza¹⁸⁶, dall’altro lato, una scelta capace di tradurre il «sentimento disarmato» della giustizia in una norma (anzi in

¹⁸⁴ CALAMANDREI 1946, p. liv

¹⁸⁵ «Sulla porta della costituente sarà scritto, in modo da dissipare ogni incertezza, *incipit vita nova*»: CALAMANDREI 1945, p. 80.

¹⁸⁶ In un’analoga prospettiva di ‘giusnaturalismo storicistico’ Guido Fassò scriverà: «È alla ragione, ad una ragione che non neghi la storia, che si chiede di stabilire un limite alla volontà dei sovrani [...]»; e anche oggi questa funzione è essenziale «prima che siano nuove catastrofi e nuovi lutti a indurre a invocare ‘ritorni alla ragione’ e ‘restaurazioni del diritto di

una «superlegge») positiva; da un lato la *ratio*, dall'altro la *potestas*. Le due prospettive non sono facilmente conciliabili¹⁸⁷ e rischiano di sfociare rispettivamente in una razionalistica sottovalutazione della politica e in un decisionistico misconoscimento di esigenze ed evidenze storicamente consolidate; e tuttavia entrambe condividono l'aspirazione a un ordine complessivo che offra alle istanze della 'giustizia' garanzie giuridicamente 'certe' di realizzazione.

Bibliografia

- ABBAGNANO 1943 = N. ABBAGNANO, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia*, 4.1 (1943), pp. 2-3.
- ACOCELLA 1974 = G. ACOCELLA, *Diritto e Stato nel pensiero di Flavio Lopez de Oñate. Contributo alla storia del liberalismo giuridico in Italia*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. ACOCELLA, Napoli 1974, pp. 197-263
- ACOCELLA 2016 = G. ACOCELLA, *Principio di legalità ed esperienza giuridica nel pensiero di G. Capograssi*, in G. ACOCELLA (a c. di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino 2016, pp. 175-185.
- ACOCELLA 2021 = G. ACOCELLA, *Attualità di Giuseppe Capograssi. Una filosofia politica per i tempi nuovi*, Milano-Udine 2021.
- ADDIS 2015 = S. ADDIS, *Autorità e libertà nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, Torino, 2015.
- ANONIMO 1943 = [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia*, 4.11 (1943), pp. 191-92.
- ANTONI 1959 = C. ANTONI, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia 1959.
- ASCOLI 1928 = M. ASCOLI, *La interpretazione della legge*, Roma 1928.
- BIANCO 1976 = F. BIANCO, *Storicismo e filosofia dell'esperienza comune*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 191-231.
- BINDI, COLAO 2021 = E. BINDI, F. COLAO (a c. di), *Piero Calamandrei. Dagli anni senesi all'attuazione della costituzione (1920-1956)*, Napoli 2021.
- BIROCCHI 2015 = I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO (a c. di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, pp. 9-61.
- BOBBIO 1934 = N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, a c. di P. DI LUCIA, Torino 2018.
- BOBBIO 1938 a = N. BOBBIO, *La persona e la società*, Napoli 1938 (estratto da N. BOBBIO, *La persona e la società*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 12 (1938), pp. 161-77).
- BOBBIO 1938 b = N. BOBBIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, Torino 1938 (estratto da N. BOBBIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 12 (1938), p. 219-255)

natura' [...]» (FASSÒ 1964, p. 209). Cfr. PATTARO 1982; FARALLI 1982; QUAGLIO 1991; FARALLI 2007; RUSSO 2018.

¹⁸⁷ Cfr. le interessanti considerazioni di Luigi Ferrajoli sul rapporto fra il «giusnaturalismo critico» di Guido Fassò e il «giuspositivismo laico e liberale di Kelsen e Bobbio» (FERRAJOLI 2015, p. 41).

- BOBBIO 1941 a = N. BOBBIO, *La filosofia dell'esistenza in Italia*, in *Rivista di filosofia*, 32.1-2 (1941), pp. 111-122.
- BOBBIO 1941 b = N. BOBBIO, *Persona e società nella filosofia dell'esistenza*, in *Archivio di filosofia*, 11.3 (1941), pp. 320-336.
- BOBBIO 1956-57 = N. BOBBIO, *Giuseppe Capograssi. Cenni commemorativi*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino*, 91 (1956-57), pp. 129-43.
- CACCIATORE 2020 = G. CACCIATORE, *Giuseppe Capograssi e Pietro Piovani: riflessioni sull'opera di due maestri*, Napoli 2020.
- CALAMANDREI 1921 = P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, vol. III, Napoli 1968, pp. 3-51.
- CALAMANDREI 1939 = P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* (1939), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 393-414.
- CALAMANDREI 1940 = P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione* (1940), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 427-449.
- CALAMANDREI 1941 = P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* (1941), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 456-76.
- CALAMANDREI 1942 = P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli 1965, pp. 504-22.
- CALAMANDREI 1944 = P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità* (1944), in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, vol. III, Napoli 1968, pp. 52-126.
- CALAMANDREI 1945 = P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze 1945.
- CALAMANDREI 1946 = P. CALAMANDREI, *Introduzione*, in F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze 1946², pp. v-lxi.
- CAMPANINI 1990 = G. CAMPANINI, *Capograssi e Rosmini*, in F. MERCADANTE, *Due Convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona 1986)*, Milano 1990, pp. 186-97.
- CAPOGRASSI 1928 = G. CAPOGRASSI, *Karl Bergbohm (1849-1927)*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 51-59.
- CAPOGRASSI 1930 = G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune* (1930), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 1-207.
- CAPOGRASSI 1931 = G. CAPOGRASSI, *Recensione a Luis Recasens Siches, Filosofia del derecho, Tomo II, Barcelona 1930*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 197-99.
- CAPOGRASSI 1932 = G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 209-373.
- CAPOGRASSI 1937 = G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano 1959, pp. 399-627.
- CAPOGRASSI 1040 = G. CAPOGRASSI, *Il diritto secondo Rosmini* (1940), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, IV, Milano 1959, pp. 321-53.
- CAPOGRASSI 1945 = G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla costituzione*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, VI, Milano 1959, pp. 105-108.
- CAPOGRASSI 1947 = G. CAPOGRASSI, *Flavio Lopez de Oñate*, in F. LOPEZ DE OÑATE *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano, 1968, pp. 1-17.
- CAPOGRASSI 1948 = G. CAPOGRASSI, *Diritti umani*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 1-8.

- CAPOGRASSI 1949 = G. CAPOGRASSI, *Il problema fondamentale* (1949), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 27-34.
- CAPOGRASSI 1950 a = G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano, 1968, pp. 239-283.
- CAPOGRASSI 1950 b = G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 151-195.
- CAPOGRASSI 1950 c = G. CAPOGRASSI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato* (1950), in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 35-50.
- CAPOGRASSI 1952 = G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano 1959, pp. 269-310.
- CAPOGRASSI 1959 = G. CAPOGRASSI, *Frammento sulle costituzioni e le procedure*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, III, Milano 1959, pp. 385-98.
- CAPPELLINI 1999 = P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione e regime*, in *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), pp. 175-292.
- CAPPELLINI 2013 = P. CAPPELLINI, *Flavio Lopez de Oñate*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M. N. MILETTI (a c. di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, pp. 1199-1200.
- CARAVALE 2016 = M. CARAVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016.
- CARAVALE 2017 = M. CARAVALE, *L'ombra di Banquo: il fantasma della libertà nella giuspubblicistica del primo decennio fascista*, in G. BARTOLI (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 88-100.
- CARETTI 2011 = P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2011³.
- CARIA 2019 = C. CARIA, *Dialogo intorno a La certezza del diritto. Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 8.1 (2019), pp. 163-82.
- CARNELUTTI 1943 = F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto* (1943), in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano 1968, pp. 191-206.
- CARNELUTTI 1956 = F. CARNELUTTI, *Interpretazione di Capograssi*, Firenze 1956.
- CATERINA 2022 a = E. CATERINA, *Il ritorno del diritto di natura nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra*, in *Diritto pubblico*, 1 (2022), pp. 3-43.
- CATERINA 2022 b = E. CATERINA, *Alle origini del personalismo della Legge fondamentale: un viaggio nei dibattiti costituenti tedeschi del dopoguerra (1946-1949)*, in *Diritto pubblico*, 2 (2022), pp. 485-527.
- CESARINI SFORZA 1913 = W. CESARINI SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 53 (1913), pp. 41-57.
- CAZZETTA 2003 = G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, pp. 285-315.
- CIANFEROTTI 2005 = G. CIANFEROTTI, *L'opera giovanile di Norberto Bobbio e l'inizio del suo insegnamento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35.1 (2005), pp. 65-105, 35.2 (2005), pp.381-424.
- CIANFEROTTI 2008 = G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della grande guerra al codice di procedura civile del 1940*, in *Quaderni fiorentini*, 37 (2008), pp. 259-323.
- CICCARELLI 2017 = P. CICCARELLI, *Storicità del diritto. Sul problema dei "due diritti" in Adolf Reinach*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 94.2-3 (2017), pp. 413-24.
- CIPRIANI 2009 = F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile: miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli 2009.

- COLAO 2018 = F. COLAO, "Le leggi sono leggi". *Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei*, in *Giornale di storia costituzionale*, 35.1 (2018), pp. 177-193.
- COLAO 2020 = F. COLAO, *Dubbio, certezza, decisione, verità. La coscienza del giudice e l'interpretazione del giurista nella giustizia civile dall'età moderna all'età dell'incertezza*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2 (2020), pp. 149-165.
- COSTA 1991 = P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 20 (1991), pp. 367-495.
- COSTA 2022 = P. COSTA, *Il regime fascista fra 'diritto' e 'politica': un caso di 'dual State'*, in *Giornale di storia costituzionale*, 43.1 (2022), pp. 93-118.
- D'ADDIO 2011 = M. D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi (1889-1956). Lineamenti di una biografia*, Milano 2011.
- DE RUGGIERO 2018 = G. DE RUGGIERO, *Il ritorno alla ragione* (1946), a c. di F. MANCUSO, F. PASTORINO, Torino 2018.
- DE VECCHI 2012 = F. DE VECCHI (a c. di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, Milano 2012.
- DELOGU 2009 = A. DELOGU, A.M. MORACE (a c. di), *Esperienza e verità. Giuseppe Capograssi: un Maestro oltre il suo tempo*, Bologna, 2009.
- DI FENIZIO 1948 = F. DI FENIZIO, *Interpretazione economica dei campi di concentrazione tedeschi*, in *L'Industria*, 1.1 (1948) Nuova serie, pp. 28-39.
- DI LUCIA 2018 = P. DI LUCIA, *Norberto Bobbio e le due fenomenologie*, in N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, a c. di P. DI LUCIA, Torino 2018, pp. xi-xlv.
- DOGLIANI 2012 = M. DOGLIANI, *Postfazione* in F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Roma 2012, pp. 231-48.
- FARALLI 1982 = C. FARALLI, *I momenti della riflessione critica su Guido Fassò*, in G. FASSÒ, *Scritti di filosofia del diritto*, a c. di E. PATTARO, C. FARALLI, G. ZUCCHINI, Milano 1982, pp. 1477-1528.
- FARALLI 2007 = C. FARALLI, *Norberto Bobbio e Guido Fassò. Sulla annosa e ricorrente disputa tra positivisti e giusnaturalisti*, in A. Punzi (a c. di), *Metodo, linguaggio, scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, Milano 2007, pp. 145-154.
- FASSÒ 1964 = G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna, 1964.
- FERRAJOLI 2015 = L. FERRAJOLI, *Il giusnaturalismo critico e liberale di Guido Fassò*, in *Guido Fassò. Una tavola rotonda*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 4 (2015), pp. 39-43.
- GALANTE GARRONE 1990 = A. GALANTE GARRONE, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, in P. BARILE (a c. di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano 1990, pp. 269-301.
- GALIZIA 2003 = M. GALIZIA, *Esperienza giuridica, libertà, costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il Politico*, 68. 3 (2003), pp. 381-433.
- GORETTI 1930 = C. GORETTI, *I fondamenti del diritto*, Milano 1930.
- GRECO 2000 = T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma 2000.
- GROSSI 2006 = P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 83.1 (2006), pp. 13-40.
- GROSSI 2014 = P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi, II*, Milano 2014, pp. 33-54.
- HOLMES 1937 = R. W. HOLMES, *The Idealism of Giovanni Gentile*, New York-London 1937.
- INVITTO 1995 = G. INVITTO, *La presenza di Giovanni Gentile nel dibattito sull'esistenzialismo italiano*, in *Idee*, 28 (1995), pp. 175-84.

- JEMOLO 1957 = A. C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in A. C. JEMOLO, *Pagine sparse di diritto e storiografia*, a c. di L. SCAVO LOMBARDO, Milano, 1957, pp. 26-68.
- JUDT 1992 = T. JUDT, *The Past is Another Country: Myth and Memory in Postwar Europe*, in *Daedalus*, 121.4 (1992), pp. 83-118.
- JUDT 2007 = T. JUDT, *Dopoguerra. Come è cambiata l'Europa dal 1945 a oggi*, Milano 2007.
- LENTI 1983 = L. LENTI, *Le radici nel tempo. Passato al presente e futuro*, Milano 1983.
- LOPEZ DE OÑATE 1939 = F. LOPEZ DE OÑATE, *Attualismo, solipsismo, protagorismo* (1939), in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione*, Napoli 1974, pp. 1-23.
- LOPEZ DE OÑATE 1942 = F. LOPEZ DE OÑATE, *Recenti dottrine processuali e crisi del diritto* (1942), in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. ACOCELLA, Napoli 1974, pp. 55-64.
- LOPEZ DE OÑATE 1955 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La filosofia e le scienze* (1939), in F. LOPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano 1955, pp. 187-265.
- LOPEZ DE OÑATE 1968 = F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a c. di G. ASTUTI, Milano 1968.
- LUONGO 2008 = A. LUONGO, *Moderamen. Stato, costituzione e prassi nell'ultimo Capograssi*, in G. MARINO (a c. di), *In ricordo di Capograssi. Studi napoletani*, Napoli 2008, pp. 141-65.
- LUPORINI 1942 = C. LUPORINI, *Situazione e libertà nell'esperienza umana*, Firenze 1942.
- LUPORINI 1943 = C. LUPORINI, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia*, 4.5 (1943), pp. 84-85.
- MAIORCA 1993 = B. MAIORCA (a c. di), *L'esistenzialismo in Italia. I testi integrali dell'inchiesta su "Primato" nel 1943 e la discussione sulla filosofia dell'esistenza fino ai nostri giorni*, Torino 1993.
- MANCUSO 2018 = F. MANCUSO, *Libertà, giustizia, democrazia. Un'altra visione del liberalismo*, in G. DE RUGGIERO, *Il ritorno alla ragione*, Torino 2018, pp. 37-70.
- MARCI 2017 = T. MARCI, *Esperienza e soggettività nella riflessione giuridica di Giuseppe Capograssi*, in G. BARTOLI (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 355-403.
- MARCONI 2017 = P. MARCONI, *La Rivista internazionale di Filosofia del diritto. Teoria giuridica e scienze sociali*, in G. BARTOLI (a c. di), *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, Roma 2017, pp. 405-433.
- MARINI 1976 = G. MARINI, *Stratificazione dell'esperienza comune e spirito oggettivo*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 121-190.
- MELIS 2018 = G. MELIS, *La macchina imperfetta (Immagine e realtà dello Stato fascista)*, Bologna 2018.
- MELIS, MENICONI 2018 = G. MELIS, A. MENICONI, *Il professore e il ministro. Calamandrei, Grandi e il nuovo Codice*, in G. ALPA *et al.* (a c. di), *Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile (1940)*, Bologna 2018, pp. 125-76.
- NENCIONI 1974 = G. NENCIONI, *Introduzione*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a c. di G. ACOCELLA, Napoli 1974, pp. ix-lxxxv.
- OPOCHER 1991 = E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Milano, 1991.
- PACI 1943 a = E. PACI, *L'esistenzialismo*, Padova 1943.
- PACI 1943 b = E. PACI, [Intervento], in *Primato. Lettere e Arti D'Italia*, 4.1 (1943), pp. 3-4.
- PAREYSON 1940 = L. PAREYSON, *La filosofia dell'esistenza e Carlo Jaspers*, Napoli 1940.
- PAREYSON 1943 = L. PAREYSON, *Studi sull'esistenzialismo* (1943), Firenze 1950².

- PAREYSON 1985 = L. PAREYSON, *Esistenza e persona*, Genova, Il Melangolo, 1985.
- PATTARO 1982 = E. PATTARO, *Sull'assoluto. Contributo allo studio del pensiero di Guido Fassò*, in G. FASSÒ, *Scritti di filosofia del diritto*, a c. di E. PATTARO, C. FARALLI, G. ZUCCHINI, Milano 1982, pp. xvii-lxxx.
- PIANCIOLA 1996 = C. PIANCIOLA, *Il singolo e la persona. Discussioni sull'esistenzialismo nella cultura filosofica italiana*, in *Parolechiave*, 10-11 (1996), pp. 257-85.
- PIOVANI 1963 = P. PIOVANI, *Introduzione a C. CAPOGRASSI, Il problema della scienza del diritto*, a cura di P. PIOVANI, Milano 1963, pp. iii-xxxii.
- PIOVANI 1976 = P. PIOVANI, *Una analisi esistenziale dell'esperienza comune*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 7-61.
- POSTORINO 2018 = F. POSTORINO, *Guido de Ruggiero: dall'essere al dover essere*, in G. DE RUGGIERO, *Il ritorno alla ragione*, Torino 2018, pp. 5-35.
- PROTO PISANI 1999 = A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), pp. 713-47.
- PUNZI 1991 = A. PUNZI (a c. di), *Relazione giuridica, riconoscimento e atti sociali*, Roma 1991, pp. 395-455.
- QUAGLIO 1991 = D. QUAGLIO, *Guido Fassò. Della ragione come legge*, Napoli 1991.
- REINACH 1913 = A. REINACH 1913, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913), Halle 1922².
- RICCIARDI 2004 = M. RICCIARDI, *Ritorno del diritto naturale?*, in A. CAMPODONICO (a c. di), *Tra legge e virtù: la filosofia pratica angloamericana contemporanea*, Genova 2004, pp. 159-80.
- ROSMINI 1967 = A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di R. ORECCHIA, I [*Opere edite e inedite di A. Rosmini-Serbati*, vol. XXXV], Padova 1967.
- ROUSSET 1946 = D. ROUSSET, *L'univers concentrationnaire*, Paris 1946.
- RUFFINI 2012 = F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Roma 2012.
- RUSSO 2018 = G. RUSSO, *Guido Fassò. Un itinerario filosofico tra diritto e natura umana*, in *Il pensiero italiano. Rivista di studi filosofici*, 2.1-2 (2018), pp. 91-114.
- SATTA 1957 = S. SATTA, *Giuseppe Capograssi*, in *Il Foro Italiano*, 80 (1957), pp. 1-10.
- SCHELAUSKE 1968 = H.D. SCHELAUSKE, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln 1968.
- SCIUMÈ 2002 = A. SCIUMÈ, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino 2002.
- SIKORSKI 1948 = E. SIKORSKI, *L'altra faccia della luna*, Milano 1948.
- STELLA 1990 = G. STELLA, *I giuristi di Husserl. Interpretazione fenomenologia del diritto*, Milano 1990.
- STORTI 2019 = C. STORTI, *Ancora sulla legalità del fascismo*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI (a c. di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche*, Milano 2019, pp. 43-102.
- STORTI 2020 = C. STORTI, *Una costituzione per il regime? 1940: lo scoppio della guerra e del conflitto tra partito fascista e scienza giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 39.1 (2020), pp. 143-72.
- TEDESCHINI 2015 = M. TEDESCHINI, *Adolf Reinach: la fenomenologia, il realismo*, Macerata 2015.
- TESSITORE 1971 = F. TESSITORE, *Capograssi nello storicismo*, ora in F. TESSITORE, *Dimensioni dello storicismo*, Napoli 1971, pp. 213-70.

TESSITORE 1976 = F. TESSITORE, *Capograssi e il collettivismo dell'azione: i contatti ideali con Vico, Hegel, Proudhon e Marx*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976, pp. 63-120.

TESSITORE 2022 = F. TESSITORE, *La filosofia morale di Giuseppe Capograssi e Pietro Piovani*, a c. d. M. PAPA, Roma 2022.

TODOROV 2003 = T. TODOROV, *Hope and memory: Lessons from the twentieth century*, Princeton 2003.

VIOLA 2016 = F. VIOLA, *Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century*, in E. PATTARO, C. ROVERSI (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The civil World*, Tome 2: *Main Orientations and Topics*, Dordrecht 2016, pp. 3-90.

VIOLA 2021 = F. VIOLA, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Torino 2021.

ZAGREBELSKY 1998 = G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a c. di S. CALAMANDREI, Roma-Bari 1998, pp. 3-23.

Parte II: Stato totalitario

CORPORATIVISMO, CORPORATIVISMI, DISCIPLINE:
A PROPOSITO DELLA CULTURA GIURIDICA DEL FASCISMO

Parlare di cultura (giuridica o non giuridica) del fascismo è far uso di una locuzione che, se in passato può essere apparsa problematica, oggi suona per tutti, credo, pacifica e scontata; e il dubbio semmai può concernere non già la legittimità, ma l'efficacia informativa di una espressione troppo consunta.

In realtà, la ormai compiuta banalizzazione dell'espressione 'cultura' (e cultura giuridica) del fascismo non è altro che l'esito terminale, e ormai acquisito, di una vicenda storiografica lunga e complessa, a tutti nota. Agli esordi della storiografia post-(e anti-)fascista, e ancora fino agli anni Settanta, parlare, per il fascismo, di cultura, o addirittura di 'alta' cultura, sembrava una contraddizione in termini. Operava certo, al fondo di questo atteggiamento, la 'militanza' antifascista di tanta parte della storiografia italiana del dopoguerra, che, se per un verso impegnava lo storico in un serrato confronto con un recente passato, per un altro verso rischiava di rendere prevalente, nell'economia della narrazione storiografica, il momento del *giudizio* etico-politico sul momento della disincantata *comprensione* di una complessa e contraddittoria fenomenologia politico-sociale.

In questo clima, interrogarsi sulla cultura del fascismo significava innanzitutto interrogarsi sul valore, sulla *qualità* dei suoi prodotti, sulla loro originalità, profondità, raffinatezza; ed era allora evidentemente fin troppo facile trovare nella spesso farraginosa e ripetitiva pubblicistica degli anni Trenta le prove irrefutabili della povertà e irrilevanza della 'cultura' del fascismo.

Non sembra ormai il giudizio sulla 'qualità' delle prestazioni intellettuali del fascismo l'obiettivo storiografico più interessante: l'attenzione prevalente sembra piuttosto rivolgersi alla comprensione dei complicati processi comunicativi che si svolgono nella società italiana degli anni Trenta, che *sono* la *cultura* degli anni Trenta - ed è facile capire come è il concetto stesso di 'cultura' che muta e condiziona questa diversa linea di indagine. In questa prospettiva, l'espressione 'cultura' tende a complicarsi notevolmente: si riferisce non più soltanto alle grandi opere dei grandi intellettuali, ma all'intera produzione discorsiva dell'epoca, dove il giornale di regime, il manuale scolastico, la monografia specialistica, l'opera letterariamente

P. Costa, *Corporativismo, corporativismi, discipline: a proposito della cultura giuridica del fascismo*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchivioO_24_07, pp. 226-235.

illustre intrecciano fra loro nessi complicati e collaborano, in modi diversissimi ma comunque efficaci, alla formazione e alla trasmissione degli schemi di rappresentazione, delle immagini, dei valori, dei saperi diffusi¹. In secondo luogo, e di conseguenza, tende ad acquisire una nuova e più chiara legittimazione una storia della cultura che non identifichi la cultura con la produzione letteraria e filosofica di un'epoca, ma includa in essa la storia dei saperi specialistici, la storia dell'una o dell'altra *disciplina*.

Non appena ci si affacci a questo versante, però, non sarà difficile scorgere come il quadro si complichì: la ricostruzione storiografica dell'una o dell'altra disciplina, infatti, può procedere secondo logiche nettamente differenziate, perché dipendenti da domande 'previe', se non necessariamente incompatibili, certo concettualmente diverse.

Una prima domanda tende a privilegiare il 'farsi' della disciplina, mira a cogliere la genesi storica dei suoi principi costitutivi, il formarsi nel tempo dei suoi schemi teorici, delle sue prestazioni cognitive; proprio per questo, la ricostruzione storiografica che ne dipende tenderà sempre di nuovo a distinguere 'ciò che è vivo e ciò che è morto' in una fase determinata della disciplina, a stabilire nessi con il presente della teoria, a impegnarsi in un qualche giudizio (implicito o esplicito) sulle prestazioni cognitive della disciplina (nel contesto storico considerato), a pronunciarsi insomma sul suo (relativo) *valore di verità*. Parlerei a questo proposito (per far uso di una formula riassuntiva) di una *storia epistemologica* della disciplina.

Può essere però ipotizzata anche una seconda linea di ricerca, che, di fronte all'uno o all'altro autore o gruppi di autori, non si propone di valutare la qualità delle loro prestazioni intellettuali, ma semplicemente di comprendere il senso (le modalità, le strategie argomentative) del loro discorso. Essa non aspira a decidere *se* un testo 'produce' un (alto o basso) 'valore di verità', ma a capire *come* un testo ha funzionato, come ha prodotto i propri significati, quali effetti ha indotto. Una storia siffatta si sofferma sui testi disciplinari, ma anche li attraversa per stabilire i più vari collegamenti con altri saperi ed altri flussi discorsivi circolanti ai più diversi livelli in un contesto dato. L'obiettivo insomma diviene quello di capire in che modo una disciplina si immette in una determinata cultura (nel senso prima precisato) divenendone una componente vitale. Parlerei a questo proposito (per far uso di una formula riassuntiva) di una *storia semiotica* della disciplina.

¹ Cfr. per un esempio efficace in questa direzione, M. Isnenghi, *Intellettuali militanti e intellettuali funzionari. Appunti sulla cultura fascista*, Einaudi, Torino, 1979

Ciascuna delle due linee ora ipotizzate è, a mio avviso, fondata metodologicamente e operativamente efficace. Se però si assume che l'oggetto dell'indagine sia quel complicato intreccio di pratiche e di testi che va sotto il nome di *corporativismo*, credo che l'approccio più fecondo sia quello di muovere dall'uno o dall'altro sapere specialistico, procedere oltre verso i punti di incontro e parziale sovrapposizione fra saperi diversi e, piuttosto che interrogarsi sulle prestazioni cognitive dell'uno o dell'altro contributo, tentare di capire che cosa i segni significano, come i testi funzionano nel processo della comunicazione sociale. È solo al termine di un percorso così frastagliato che il fenomeno 'corporativistico' potrebbe, in ipotesi, apparire intelleggibile in tutta la sua complessità.

Non sarò certo io a impegnarmi in questa avventura, e addirittura nell'economia di una breve comunicazione. Vorrei solo ricordare alcuni dati e impostare qualche problema.

Il primo dato è sotto gli occhi di chiunque si sia accostato al fenomeno 'cultura del fascismo': l'enorme massa di scritti a stampa riconducibili alla voce 'corporativismo'. Forse non sappiamo che cosa è il corporativismo: certo però esso, comunque lo si voglia definire, rinvia ad una vera e propria montagna di carta stampata; non è il parto di qualche solitario pensatore, ma il prodotto dello sforzo collettivo di una consistente schiera di intellettuali (militanti o funzionari che fossero).

Il secondo dato lo ricaviamo dalle limpide e irrefutabili pagine di Sabino Cassese²: il corporativismo non è, innanzitutto e prevalentemente, un fenomeno istituzionale. Naturalmente esistono proiezioni istituzionali a tutti note: ma se i testi corporativistici sono la montagna, le istituzioni corrispondenti sono il classico topolino. Da questo punto di vista il corporativismo si presenta, se si vuole, come un caso privilegiato per lo studio di una dissociazione, o comunque di una flagrante sproporzione, fra la pratica istituzionale e la progettazione e la rappresentazione ideologica.

Se si dovesse tentare di caratterizzare in termini globali il fenomeno 'corporativismo', una siffatta constatazione sarebbe certo un ottimo punto di partenza: sarebbe relativamente facile introdurre a questo scopo il concetto di ideologia (nel suo significato, direi più immediato, se non più sofisticato, di contrapposizione 'interessata' alla 'realtà') e tentare di riportare il corporativismo ad

² S. Cassese, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, «Quaderni storici delle Marche», 1968, 402-457

alcune coordinate generali: il corporativismo come strumento di organizzazione del consenso, occasione per una efficace fascistizzazione della cultura e insieme promessa di un nuovo, ancorché effimero, protagonismo degli intellettuali; insomma il corporativismo come un'altra prova della sensibilità del regime alle ragioni e alle tecniche della manipolazione del consenso nella fase di inaugurazione della 'società di massa' in Italia.

Credo che, in questa direzione, si sia detto e si possa ancora dire qualcosa di utile e di convincente³. Esiste però un rischio implicito: quello di allineare ai tanti altri strumenti di organizzazione del consenso inventati dal regime anche il corporativismo, sacrificando così la varietà e la specificità dei suoi contenuti culturali. Credo quindi che oggi una direzione feconda di indagine (non alternativa, nella diagnosi di fondo, alla precedente, ma utilmente complementare ad essa) si possa trovare distaccandosi dall'uso al singolare dell'espressione 'corporativismo' per inseguire le vicende corporativistiche nelle loro più diverse metamorfosi.

Verso quali ambiti di ricerca conviene indirizzarsi? Gli ambiti possono essere ovviamente molto vari; credo però che un terreno fertile, e ancora relativamente trascurato, possa essere proprio il terreno dei saperi, dei vari e specifici saperi specialistici, delle discipline, appunto.

Non si tratta di una storia semplice, perché, al di là delle apparenze, non è affatto univoco l'oggetto. Ricostruire storiograficamente le vicende di una disciplina (in un contesto dato) può implicare almeno tre distinti livelli di analisi e strategie di ricerca.

Si può lavorare innanzitutto sugli uomini, sui protagonisti, minimi e massimi, della disciplina in una determinata fase del suo sviluppo: si può pensare ad una indagine di tipo prosopografico che ricostruisca minutamente la formazione, la carriera, il radicamento nelle istituzioni, il nesso con l'una o con l'altra formazione politica o gruppo di potere economico, con l'una o con l'altra accademia culturale, dei membri della comunità scientifica grazie alla quale e per la quale una disciplina esiste effettivamente.

Si può lavorare in secondo luogo non sulla comunità dei produttori dei testi disciplinari, ma direttamente su questi ultimi: l'indagine si sposta allora sui contenuti di sapere veicolati dalla disciplina, sulle sue definizioni d'oggetto, sul suo metodo, sulle sue strategie conoscitive.

³ Cfr., per un'intelligente e documentata analisi della storiografia in tema, M. Luminati, *Die Wiederentdeckung des Corporativismo. Die neuere italienische Faschismusforschung und der Corporativismo*, in "Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte", 1987, pp. 104-208.

Si può indagare infine sugli effetti ‘pragmatici’ indotti dall’assetto di sapere caratteristico della disciplina e, per così dire, messo in circolazione dai suoi cultori: occorre studiare allora l’impatto del sapere specialistico sulle istituzioni, sul conflitto politico-sociale, sul processo di comunicazione sociale, occorre valutare l’effetto di legittimazione o di delegittimazione esercitato dalla disciplina rispetto all’uno o all’altro assetto di potere.

Si tratta naturalmente di livelli di analisi non incompatibili fra loro, anzi idealmente complementari, ma, di fatto, difficilmente compresenti nell’orchestrazione di una singola ricerca.

Ora, se queste sono, a mio avviso, le attuali frontiere della ricerca storico-culturale intorno al fascismo, sono evidenti, per me, da un lato, l’interesse che rivestono le ricerche relative alla storia dell’una o dell’altra disciplina (e della disciplina economica, certo, *in primis*) e, dall’altro lato, il preciso punto di innesto di esse entro il problema più generale della ‘cultura del fascismo’.

Si dirà: le vicende di uno fra i tanti saperi specialistici sono una goccia nel mare della comunicazione sociale ed è impossibile inferirne una qualche ragionevole generalizzazione. Non lo nego. Occorre però chiedersi: è conveniente, allo stato attuale della ricerca, impegnarsi sul Grande Discorso Corporativistico senza passare attraverso la ricognizione dei piccoli, specifici, specialistici discorsi?

Credo di no; e tenterò di argomentare la tesi con brevi considerazioni intorno all’unico discorso specialistico di cui ho qualche conoscenza, il discorso giuridico.

Ora, le connessioni fra il corporativismo e numerosi, qualificanti settori della cultura giuridica sono evidenti per tutti. Si pensi, esemplificativamente, alla giuslavoristica, per il tema, per essa costitutivo, del rapporto fra capitale e lavoro (dove non solo l’ideologia, ma, in questo caso, anche la prassi istituzionale del regime viene ad incidere profondamente); si pensi alla commercialistica ed al tentativo di rileggere in una nuova chiave il tema della impresa; si pensi, soprattutto, alla giuspubblicistica, e, in essa, a quello che Orlando chiamava il diritto pubblico generale, insomma la dottrina generale dello Stato, dove l’identità dell’oggetto sembra rendere le connessioni fra corporativismo e dottrina giuridica particolarmente strette ed eloquenti.

In questa vicenda, il punto cruciale, per lo storico della giuspubblicistica degli anni Trenta, è comprendere come, attraverso quali strategie, con quali esiti, gli elementi della tradizione e della innovazione (in ipotesi, corporativistica) si cumulano entro l’alveo di quel sapere specialistico: un problema storiografico

generale, che anche lo storico della giuspubblicistica degli anni Trenta si ritrova puntualmente di fronte.

Dovrò essere necessariamente sommario⁴ e saltare alle conclusioni omettendo ogni argomentazione di sostegno.

La prima impressione, per chi legga i giuspubblicisti 'corporativistici' degli anni Trenta, è certo l'uso di una terminologia che sembra far proprio senza reticenza il partito della innovazione: fioccano gli strali contro il puro metodo giuridico della tradizione orlandiana, contro la depoliticizzazione (insieme tecnicistica e cripto-liberale) che lo caratterizza. Di contro, il giurista nuovo, il giurista del fascismo, deve coniugare diritto e politica offrendo una ricostruzione *toto coelo* diversa delle istituzioni del fascismo.

Chiediamoci però, in seconda approssimazione: davvero i giuristi del fascismo hanno raggiunto questo obiettivo? La risposta deve essere articolata. Occorre innanzitutto gettare molta acqua sul fuoco della sedicente rivoluzionarietà della giuspubblicistica nuova. Al di là delle combattive, ma poi sostanzialmente improduttive, dichiarazioni di intenti, il nesso con la tradizione disciplinare ottonevicesca era ben vivo e operante e condizionava dall'interno l'intera produzione intellettuale del giurista, 'militante' o 'indifferente' che si dichiarasse. Continuavano ad essere comuni la definizione dell'oggetto, i materiali metaforici usati nella rappresentazione dell'uno o dell'altro istituto, i concetti generali; il paradigma disciplinare, insomma, l'insieme delle credenze e delle strategie cognitive e discorsive che costituivano la specificità del sapere disciplinare giuridico continuava ad operare dentro e al di sotto delle scelte corporativistiche: queste dunque influenzano certo le strategie discorsive di una parte non trascurabile della giuspubblicistica degli anni Trenta, ma non riescono affatto ad imporre un salto, una rivoluzione, un paradigma nuovo e incompatibile con il precedente. Valga una riprova. La teoria generale dello Stato, in ipotesi il terreno dove la distanza con il passato poteva essere più forte, costruisce il proprio oggetto corredandolo dei principali elementi che già la tradizione gli aveva riconosciuto: la centralità dello Stato, il suo ruolo ordinante e pacificante, la sua funzione etica, il suo rapporto con la società ed i suoi gruppi, la sua immortalità, addirittura la sua 'numinosità', erano già schemi e metafore di rappresentazione dello Stato messe a punto dalla tradizione disciplinare. Nel momento in cui questa si dà, in non pochi dei suoi esponenti,

⁴ Per una esposizione più dettagliata mi permetto di rinviare a P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986.

un'impronta corporativistica, essa è costretta a pensare lo Stato fascista non *contro* il proprio consolidato paradigma, ma *attraverso* di esso.

Nulla muta, allora, con la fase corporativistica della giuspubblicistica? Affermarlo sarebbe estremamente riduttivo.

I mutamenti avvengono in due direzioni distinte. In primo luogo, i giuristi del fascismo accolgono gli elementi principali della tradizionale rappresentazione dello Stato, ma li rileggono accentuandone valenze implicite e soprattutto attribuendo agli elementi della tradizione, per così dire, un *surplus* di significato, sovradeterminandoli in una direzione schiettamente ideologico-politica. La rappresentazione dello Stato usa così gli stessi elementi della tradizione, ma li piega a significati ulteriori, li appiattisce, per così dire, sulle istituzioni del regime usandoli in funzione di una loro diretta e franca legittimazione.

In secondo luogo, maturano, negli anni Trenta, tematiche che, pur senza riuscire ad imporre la creazione di un nuovo paradigma, costituiscono la spia di una sensibilità nuova: si pensi soltanto, da un lato, al dibattito intorno al valore costituzionale della Carta del lavoro, o ancor più, alla tematica della funzione di governo: sarà Panunzio a parlarne diffusamente e a segnalare con ammirazione un saggio, appunto sul governo, di un giovane che avrebbe ancora fatto parlare di sé: Costantino Mortati. E non a caso sarà ancora Mortati, con la sua *Costituzione in senso materiale*, del 1940, a raccogliere tanti spunti diffusi nella cultura, anche corporativistica, degli anni Trenta e a riformularli in una direzione che portava ormai ben oltre quel punto di origine.

Continuità ed innovazione si intrecciano dunque in maniera complessa, nella giuspubblicistica degli anni Trenta: senza che però il momento corporativistico della disciplina riesca a rompere con la tradizione imponendo un vero e proprio salto di paradigma.

Esiste però un altro aspetto, inscritto nella cultura corporativistica, anche se non tematizzato da essa, che costituisce, a mio avviso, un fatto storicamente significativo: alludo a quella che vorrei chiamare la capacità espansiva del corporativismo.

Vorrei innanzitutto invitare a riflettere sulle implicazioni suggerite dallo schema descrittivo che io stesso ho sinora usato per comodità di esposizione: ho parlato di corporativismo e di cultura giuridica e dell'esigenza di confronto fra queste due 'grandezze'. In realtà, parlare di corporativismo e di cultura giuridica (o economica o politologica ecc.) è un'abitudine comoda, ma, a rigore, fuorviante: induce a pensare che vi siano, da un lato, un ben consolidato *corpus* di dottrine corporativistiche e,

dall'altro lato, il giurista (o l'economista o il sociologo) pronto ad accoglierlo o a respingerlo. Credo invece che il ragionamento vada rovesciato: non esiste il corporativismo e la cultura giuridica (economica, politologica ecc.); i testi che innanzitutto lo storico si trova di fronte sono i testi dell'uno o dell'altro specialismo disciplinare che in un tornante della sua storia tenta (in qualche modo e con diversi esiti) di riformulare il proprio oggetto ed il proprio metodo in una direzione che si proclama corporativistica; e come tale quindi dà il suo contributo alla produzione di quel complicato, diversificato, stratificato *corpus* di testi che chiamiamo sinteticamente 'corporativismo'. Il corporativismo allora non è innanzitutto qualcosa di ulteriore ed autonomo rispetto alle discipline, che esse trovano consolidato e sistemato non si sa come in un qualche spazio fuori di esse, un *corpus* di dottrine definito che esse si dispongono semplicemente ad accogliere o a respingere. Il corporativismo è (non soltanto, certo, ma in primo luogo) una strategia interna a non poche discipline politico-economico-sociali degli anni Trenta, un insieme farraginoso ed intricato di discorsi che le discipline non già *trovano*, ma *producono*.

Di queste discipline, ho accennato sinora solo alla giuspubblicistica: ma se il tempo e le mie competenze fossero sufficienti, l'analisi della cultura giuridica degli anni Venti e Trenta, quale che fosse la sub-disciplina presa in considerazione, ci metterebbe continuamente a contatto con i temi e il lessico corporativistici. I giuristi, insomma, nel momento in cui prendono a ragionare intorno all'oggetto 'corporativismo', attivano certe procedure argomentative ben radicate nella loro tradizione, ma nello stesso tempo finiscono per individuare uno spazio comune di analisi ulteriore rispetto alle sub-discipline di partenza, cominciano a muoversi in una dimensione che oggi diremmo inter-disciplinare o multi-disciplinare.

Si dirà: non sono mai mancate, all'interno della disciplina giuridica, contatti, di metodo e di contenuto, fra le sub-discipline nelle quali essa si articola. Vi sono però due differenze rilevanti, fra loro connesse: in primo luogo, i nessi fra sub-discipline giuridiche all'interno della cultura giuridica nascono ora non dalla mera appartenenza di esse al medesimo settore disciplinare, ma dal reperimento di uno spazio tematico comune. In secondo luogo, e di conseguenza, la capacità espansiva del corporativismo non resta chiusa entro la cittadella del giuridico, ma investe altri specialismi disciplinari, altri linguaggi settoriali, e finisce per innestarsi nell'intero processo della comunicazione sociale.

È per questa via, a mio avviso, che la cultura corporativistica può acquistare ai nostri occhi una sua più precisa e determinata fisionomia: il corporativismo cessa

cioè di essere una vaga nebulosa onnipervasiva per divenire il punto di intersezione fra diversi specialismi, fra diversi linguaggi.

Mi si consenta di indicare in poche battute un esempio, evocando tre autori e le loro distinte discipline di appartenenza: Widar Cesarini Sforza, Lorenzo Mossa, Federico Maria Paces⁵. Nessuno si aspetterebbe *a priori* che un filosofo del diritto, un commercialista e un aziendalista avessero molte occasioni di scambio. E pure la convergenza di temi, di prospettive, di espressioni lessicali, emerge con chiarezza dai loro scritti, che finiscono per incontrarsi e, per così dire, reciprocamente contaminarsi, nel crocevia corporativistico. E comune sarà allora l'esigenza di definire in termini nuovi la legittimità e i limiti dell'intervento dello Stato, affidando ad esso la responsabilità di una qualche forma di pianificazione; comune la spinta alla razionalizzazione dell'economia di contro alla minaccia della crisi; condivisa l'idea della centralità dell'impresa, dell'impresa come microcosmo unitario, condizione principe di ogni efficace modernizzazione; da tutti loro ribadito il nesso fra l'enfasi produttivistica e le istanze per una organizzazione disciplinata, razionalizzata, collaborativa, del lavoro; comune a ciascuno di loro, insomma, un interesse autentico verso il corporativismo (verso una particolare versione del corporativismo). Il corporativismo però non è, e non può essere, per nessuno di loro una consolidata e definita ideologia politica alla quale rapportarsi più o meno adesivamente; il corporativismo è innanzitutto una possibile strategia discorsiva della propria disciplina di appartenenza, che, se per un verso deve fare i conti con la tradizione specifica della disciplina, per un altro verso esiste soltanto come punto di convergenza multi-disciplinare, come zona di intreccio di svariatisimi discorsi e livelli di comunicazione sociale.

È questo l'aspetto che, a mio avviso, esprime una caratteristica peculiare del corporativismo: quali che siano i contenuti, più o meno originali, che lo caratterizzano, il corporativismo esiste e funziona nel concreto processo della comunicazione sociale non perché identificato nelle opere celebri di due o tre grandi intellettuali che lo offrono compiuto e perfetto ai più vari esegeti. Non esistono le Grandi Opere e i Grandi Intellettuali del corporativismo. Il corporativismo ha funzionato piuttosto come una sorta di oggetto misterioso che, attraverso le più diverse sollecitazioni ideologiche e pragmatiche, ha richiesto a svariatisime figure di intellettuali (militanti, funzionari, accademici, giornalisti, figure di primo, di

⁵ Cfr., ad es., W. Cesarini Sforza, *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1942; L. Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Sansoni, Firenze, 1935; F.M. Paces, *Nostro tempo della rivoluzione industriale*, Einaudi, Torino, 1939.

secondo e di ultimo piano) un impegno pubblico in vista della sua definizione. Non credo che ad una definizione della 'cosa' corporativismo si sia effettivamente pervenuti, ma l'importanza del gioco non stava nel definire la 'cosa' (come se essa già esistesse in qualche parte del basso mondo), ma nel produrla: l'importanza del gioco stava proprio nel mescolarsi e contaminarsi dei più vari linguaggi, e, per questa via, nell'emersione tendenziale di un lessico politico multistratificato, ma comune alle più varie figure sociali e professionali del regime.

Se questo è vero, se è vero che il corporativismo, al singolare, esiste come risultante, continuamente mobile, di svariati corporativismi, possiamo allora concludere che una storia della cultura corporativistica, oggi, può utilmente prendere l'avvio proprio da un'analitica ricognizione dell'uno o dell'altro linguaggio settoriale, dell'una o dell'altra disciplina specialistica. Certo, colti questi ragionevoli e importanti obiettivi, resta (per tutti, credo) l'esigenza di ricostruire, oltre i singoli corporativismi, il flusso segnico multidirezionale e multistratificato che coincide con *il corporativismo tout court*. Ma si tratta di una storia ancora in gran parte da scrivere.

LO 'STATO TOTALITARIO':

UN CAMPO SEMANTICO NELLA GIUSPUBBLICISTICA DEL FASCISMO

1. *Cenni introduttivi*

Il 'totalitarismo' è una categoria con la quale deve fare i conti chiunque si occupi di storia del Novecento: applicato (congiuntivamente o disgiuntivamente) alla Germania hitleriana, alla Russia staliniana, all'Italia fascista il concetto di 'totalitarismo' si propone (pur nella varietà delle interpretazioni cui si è prestato) come uno schema capace di cogliere gli elementi caratterizzanti dei regimi cui si riferisce. È un concetto la cui complessità e varietà di impieghi dipendono in modo rilevante dalla lunga storia che esso ha ormai alle spalle. Diffusosi fra l'Italia e la Germania negli anni Venti e soprattutto negli anni Trenta, il termine 'totalitarismo' (con le altre espressioni da esso derivate o con esso collegate) viene successivamente impiegato in contesti e periodi molto diversi: è utilizzato (tanto per fare un esempio celebre) da Franz Neumann nel '42 per cogliere le caratteristiche salienti del nazionalsocialismo¹, assume negli anni Cinquanta una valenza più ampia proponendosi come un 'tipo ideale' capace di mettere in luce le analogie strutturali esistenti fra regimi per molti aspetti profondamente diversi, quali il fascismo, il nazionalsocialismo, il comunismo staliniano², viene infine preso di nuovo in esame nel dibattito più recente per valutare se esso, esauritosi il pathos politico-ideologico che lo connotava negli anni della 'guerra fredda', possa svolgere un'utile funzione analitica o costringa piuttosto la varietà dei contesti storici in un modello troppo rigido e formale³.

¹ F. Neumann, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Feltrinelli, Milano 1977

² A partire dalla celebre e discussa opera di H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), Ed. di Comunità, Milano 1967, e a seguire con i lavori di C. J. Friedrich (cfr. B. Seidel, S. Jenkner, a cura di, *Wege der Totalitarismus-Forschung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968) e di J. L. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria* (1961), Il Mulino, Bologna 1977.

³ Cfr. K.D. Bracher, *Zeitgeschichtliche Kontroversen. Um Faschismus, Totalitarismus, Demokratie*, Piper, München 1984; J. Palombara, *Totalitarismo: alcune persistenti confusioni concettuali*, in «Teoria politica», II, 1, 1986, pp. 43-67; D. Fisichella, *Totalitarismo: un regime del nostro tempo*, NIS, Roma 1987; A. Gleason, *Totalitarianism*, Oxford University Press, Oxford 1995; F. S. Trincia, *Filosofi e totalitarismi in Italia e in Germania*, in «Dimensioni e problemi della ricerca storica», 1, 1996, pp. 217-68; W.

Quali che siano le determinazioni storico-concettuali della nozione di 'totalitarismo' e le operazioni storico-ermeneutiche da essa rese possibili, restano in ogni caso comuni ai pur diversi approcci cui prima sommariamente mi riferivo un'esigenza conoscitiva e un'ipotesi: l'esigenza è individuare gli elementi 'realmente' caratterizzanti uno o più assetti politico-sociali (il fascismo, il nazionalsocialismo, il bolscevismo) e l'ipotesi è che la categoria di 'totalitarismo' possa servire (come 'tipo ideale' o come 'modello') a cogliere il senso o la struttura dei diversi regimi.

Il problema con il quale intendo confrontarmi appartiene invece ad un diverso ordine di domande: ha a che fare non con la 'realtà' ma con la 'rappresentazione'. Non mi servirò della categoria di 'totalitarismo' per tentare di caratterizzare globalmente il regime fascista; nemmeno presupporrò la natura 'totalitaria' (in un qualche significato del termine) del fascismo per interrogarmi sulle modalità di attuazione del suo progetto di governo della società – un problema (di grande rilievo storiografico) affrontabile mettendo a frutto le ricerche che in tempi relativamente recenti si sono soffermati sulle tecniche e sulle istituzioni deputate alla formazione del consenso, dai mezzi di comunicazione di massa⁴ alle istituzioni dopolavoristiche⁵, al partito⁶, all'organizzazione della cultura⁷. Mi muoverò in una

Wippermann, *Totalitarismustheorien: die Entwicklung der Diskussion von den Anfängen bis heute*, Primus, Darmstadt 1997; A. Söllner, R. Walkenhaus, K. Wieland (a cura di), *Totalitarismus. Eine Ideengeschichte des 20. Jahrhunderts*, Akademie Verlag, Berlin 1997 (ivi in particolare saggi di Söllner, R. Walkenhaus, U. Rödel, K. Fischer); D. Wielsch, *Totalitarismustheorie revisited...*, in «Rechtshistorisches Journal», 17, 1998, pp. 60-78; L. Schulz, *Totalitarismus, politische Religion und politische Theologie. Anmerkungen zu einem Forschungsprogramm*, in «Rechtshistorisches Journal», 17, 1998, pp. 79-101; S. Mezzadra (a cura di), *Totalitarismo, storia del Novecento e identità tedesca*, in «Ricerche di storia politica», II, 1, 1999, pp. 63-78. Un'importante analisi del totalitarismo si trova in «Filosofia politica», XI, 1, 1997, pp. 5-79 (ivi saggi di V. Dini, C. Galli, M. Tarchi). Per un confronto fra diversi regimi (in ipotesi) 'totalitari' cfr. W. Wippermann, *Europäischer Faschismus im Vergleich (1922-1982)*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983; K. D. Bracher, L. Valiani, *Fascismo e nazionalsocialismo*, Il Mulino, Bologna 1986; E. Collotti, *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Firenze, 1994; E. Collotti, *Il fascismo nella storiografia. La dimensione europea*, in A. Del Boca, M. Legnani, M.G. Rossi (a cura di), *Il regime fascista. Storia e storiografia*, Laterza, Bari 1995, pp. 17-44; M. Flores (a cura di), *Nazismo, fascismo, comunismo*, Bruno Mondadori, Milano 1998.

⁴ Ph. V. Cannistraro, *La fabbrica del consenso. Fascismo e mass media*, Laterza, Roma-Bari 1975.

⁵ V. Di Grazia, *Consenso e cultura di massa nell'Italia fascista. L'organizzazione del dopolavoro*, Laterza, Roma-Bari 1981

⁶ P. Pombeni, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Il Mulino, Bologna 1984; E. Gentile, *Storia del partito fascista. Movimento e milizia: 1919-22*, Laterza, Roma-Bari 1989.

⁷ L. Mangoni, *L'interventismo della cultura. Intellettuali e riviste del fascismo*, Laterza, Bari 1974; M. Isnenghi, *Intellettuali militanti e intellettuali funzionari. Appunti sulla cultura fascista*, Einaudi, Torino 1979; M. Isnenghi, *L'educazione dell'italiano. Il fascismo e*

zona molto più circoscritta: non uscirò dal circolo delle strategie retoriche adottate da un sapere specialistico – la giuspubblicistica – e tenterò di capire in che modo il lessico ‘totalitario’ incida sull’immagine ‘tradizionale’ dello Stato. Non intendo insomma chiedermi se e in che modo e fino a che punto il fascismo dette vita ad un esperimento ‘totalitario’ (in un qualche senso del termine); vorrei solo tentare di capire in che senso una élite intellettuale – il ceto dei giuristi – ha fatto uso di ‘totalitarismo’ (e delle espressioni connesse) per connotare il tipo di regime che essa veniva descrivendo e celebrando.

Mentre la ‘grande domanda’ sul totalitarismo assume il ‘totalitarismo’ come categoria storico-ricostruttiva per indagare la ‘realtà’, la mia ‘piccola domanda’ non esce dal circolo delle immagini che il regime fascista ha prodotto su se stesso: immagini che, se per un verso rinviano ad un complicato gioco di legittimazioni incrociate (dove un ceto professionale legittima se stesso offrendo al regime le prestazioni ‘legittimanti’ del proprio sapere specialistico), per un altro verso si sviluppano secondo logiche e connessioni che devono essere ricostruite attraverso una lettura immanente dei testi.

2. *La determinazione del campo semantico ‘totalitario’*

Quali siano le origini in Italia delle espressioni connesse al termine ‘totalitarismo’ sembra accertato grazie ad una ricerca ormai piuttosto risalente nel tempo⁸ ma sostanzialmente confermata dalla storiografia successiva: non è la letteratura fascista, ma sono gli scritti dei militanti antifascisti ad inventare il termine ‘totalitarismo’; i fascisti se ne appropriano successivamente, trasformando un’espressione denigratoria nell’orgoglioso contrassegno di una nuova ed originale identità politica.

E’ Amendola che, secondo Petersen, usa per la prima volta l’espressione ‘totalitario’ in un articolo pubblicato su «Il Mondo» del 12 maggio 1923: per Amendola è totalitario il sistema di governo fascista in quanto ispirato al principio del dominio assoluto della maggioranza e della conseguente emarginazione o

l’organizzazione della cultura, Cappelli, Bologna 1979; G. Turi, *Il fascismo e il consenso degli intellettuali*, Il Mulino, Bologna 1980; in G. Belardelli, *Il fascismo e l’organizzazione della cultura*, in G. Sabbatucci, V. Vidotto (a cura di), *Storia d’Italia, 4., Guerra e fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 441-500.

⁸ J. Petersen, *La nascita del concetto di “Stato totalitario” in Italia*, in «Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento», I, 1975, pp. 143-68.

eliminazione della minoranza⁹; è totalitaria, per Sturzo che scrive nel «La rivoluzione liberale», la tendenziale unificazione fra Stato e partito; è totalitaria, ancora per Amendola, la violazione dello spirito e della lettera del vigente ordinamento costituzionale¹⁰; è infine espressione di 'totalitarismo', sempre per Amendola, la volontà (caratteristica tanto del comunismo quanto del fascismo) di cancellare il liberalismo e la democrazia imponendo l'assoluto predominio del partito, del governo, dello Stato¹¹.

Sono eloquenti le testimonianze raccolte da Petersen: gli antifascisti (i Gobetti, gli Amendola, gli Sturzo) avvertono il pericolo che minaccia la democrazia e ne raccolgono i tratti più preoccupanti nell'inedita espressione 'totalitarismo'. Che cosa però esattamente intende la pubblicistica antifascista con questo termine? Si ha la sensazione che l'espressione che essa introduce costituisca una sorta di calco in 'negativo' della democrazia parlamentare: è 'totalitario' ciò che viola le regole essenziali di quell'assetto costituzionale, attaccando la divisione dei poteri, la pluralità dei partiti, il meccanismo rappresentativo. E' certo lucida, soprattutto in Amendola, la percezione dell'inquietante novità del fascismo, la convinzione di trovarsi di fronte ad un fenomeno non riconducibile ad un semplice, e storicamente sperimentato, irrigidimento della forza repressiva dello Stato: di qui l'esigenza di ricorrere ad un neologismo che però, se per un verso testimonia la volontà di introdurre un nome tanto nuovo quanto la 'cosa' cui si riferisce, per un altro verso tende ad appoggiarsi a forme 'collaudate' di deviazione dalla teoria e dalla prassi liberal-costituzionale.

L'implicito modello di riferimento è in sostanza la dittatura, concepita secondo i canoni caratteristici della tradizione liberale: la dittatura come una deviazione eccezionale dalle norme costituzionalmente vigenti, come una sospensione 'patologica' (e auspicabilmente provvisoria) delle libertà fondamentali¹². Se questo è il senso del lessico 'totalitario' che i fascisti ricevono come involontario dono dalle mani della pubblicistica liberale, il suggestivo neologismo che essi ora si trovano a maneggiare rischia di essere, se non una scatola vuota, certo un ancora debole contrassegno di identità. Si comprende che possa venire adottato da Mussolini a partire dalla svolta del '25 per segnare la rottura ormai decisa ed incolmabile con il

⁹ Ivi, p. 157.

¹⁰ Ivi, p. 159.

¹¹ Ivi, pp. 162-63.

¹² Cfr. E. Nolte, *Diktatur*, in O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Klett, Stuttgart 1972, vol. I, pp. 900-924,

vecchio arsenale liberal-democratico: resta però ancora largamente impregiudicata la determinazione 'positiva' del nuovo concetto.

È nel corso degli anni Trenta che il lessico 'totalitario' prende ad essere insistentemente usato dalla giuspubblicistica: usato però cursoriamente piuttosto che tematizzato ed impiegato come uno strumento capace di cogliere le caratteristiche originali del regime fascista. Solo alla fine del decennio compaiono alcuni saggi esplicitamente dedicati alla messa a punto del concetto di 'Stato totalitario', significativi se non altro perché, collocati quasi al termine del ventennio, possono avvalersi di un'ormai lunga riflessione giuspubblicistica sulle istituzioni del regime. È da questi saggi che conviene quindi partire per essere informati sulla fitta rete di connessioni e di contrapposizioni di cui si compone il campo semantico sviluppatosi intorno allo 'Stato totalitario'¹³.

Per Agresti¹⁴ lo 'Stato totalitario' è una categoria ancora nuova e bisognosa di precise definizioni. Occorre guardarsi dal confondere il carattere 'totalitario' dello Stato con il suo carattere 'autoritario'. 'Totalitario' è lo Stato in ragione del peculiare rapporto che esso viene a stringere con i soggetti: un rapporto che, se per un lato evoca ancora il tradizionale problema dei diritti soggettivi e degli interessi¹⁵, per un altro verso ruota intorno al problema del consenso e della sua formazione, che non viene abbandonata al gioco spontaneo di gruppi o partiti fra loro in conflitto ma viene assunta direttamente dallo Stato e riconosciuta come un suo compito essenziale. La frattura fra l'obbedienza e la coscienza individuale, corrente nello Stato liberale, diviene inammissibile nello Stato totalitario che è tale in quanto riesce a ottenere dai singoli e dai gruppi sociali un pieno 'riconoscimento', una convinta adesione alla sua volontà.

Lo 'Stato totalitario' implica quindi un riferimento diretto alla condizione dei soggetti e al tipo di 'incontro' che si intende realizzare fra l'individuo e la comunità politica: esso deve fare i conti con il problema dei diritti, ma soprattutto esigere il consenso attivo dei soggetti; non può fondarsi sulla semplice 'apatia', sull'obbedienza meccanica dei sudditi, ma ha bisogno di un'adesione convinta e partecipe, suscitata e guidata da un'attenta orchestrazione propagandistica¹⁶.

¹³ Un documentato contributo in E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1995.

¹⁴ A. Agresti, *Sui caratteri dello Stato totalitario*, in «Rivista di diritto pubblico», XXXII, 1940, pp. 458-75.

¹⁵ Ivi, pp. 461 sgg.

¹⁶ G. Lucatello, *Profilo giuridico dello Stato totalitario*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, I, Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1940, pp. 583-85.

Fondato sull'elisione del dualismo e sul superamento del contrasto fra ordine 'oggettivo' e soggetti, lo 'Stato totalitario' viene quindi, da un lato, associato allo 'Stato etico', mentre, dall'altro lato, viene posto in un rapporto di negazione o di superamento con lo 'Stato di diritto', nella misura in cui suggerisce un diverso ordine di priorità nel rapporto fra interesse pubblico, legge e diritti soggettivi¹⁷.

Proteso verso la società per annullare o ridurre al minimo la distanza con i soggetti, lo 'Stato totalitario' presuppone una diversa organizzazione delle forze sociali e politiche: esso dipende in particolare da un partito che ha rotto i ponti con il pluralismo della democrazia ed è uscito vittorioso da una lotta che non poteva che condurre alla cancellazione degli avversari politici. Se dunque secondo un'unanime opinione lo 'Stato totalitario' rinvia necessariamente al partito (e ad un partito 'di tipo nuovo'), non sembra però vero il reciproco, la coincidenza cioè del campo semantico 'totalitario' con l'asse 'Stato-partito': altre immagini intervengono, sottolineando profili diversi di quel rapporto 'Stato-società' che costituisce il referente generale del lessico 'totalitario'.

Emerge per questa via l'espressione 'democrazia organizzata'¹⁸: nella misura in cui l'esperimento 'totalitario' realizza la coincidenza di Stato e società, nella misura in cui la società si immedesima nello Stato attraverso una rete di istituzioni che la organizzano e la inseriscono nell'ordine statale, appare plausibile l'uso del termine 'democrazia', una democrazia 'organica' (strutturata, anti-individualistica), radicata in quell'apparato corporativistico che gradualmente si era venuto realizzando (a partire dalla legge del '26) e aveva prodotto effetti di immediata rilevanza politico-costituzionale nel '39, con l'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni.

Se poi si vuole racchiudere in un concetto giuridicamente pregnante il nuovo rapporto fra Stato e società postulato dal 'totalitarismo' si ricorre al termine di 'rappresentanza'¹⁹: anch'essa (non diversamente da 'democrazia') viene attratta in un campo semantico che si struttura facendo gravitare intorno al suo 'centro' (appunto lo 'Stato totalitario') i principali lemmi della tradizione politico-costituzionale. Nello stesso tempo, però, i significati che i termini 'tradizionali' assumono nell'inedito esperimento 'totalitario' proiettano una nuova luce sulla configurazione stessa dello Stato: il 'totalitarismo' viene allora a connettersi con il

¹⁷ Cfr. G.D. Ferri, *Sui caratteri giuridici del regime totalitario*, Cremonese, Roma 1937, pp. 64 sgg.; G. Lucatello, *Profilo giuridico*, cit., p. 578.

¹⁸ Ivi, p.581.

¹⁹ Cfr. G.D. Ferri, *Sui caratteri giuridici*, cit., pp. 40 sgg.; pp. 54-55.

problema delle forme di Stato e implica l'analisi del nuovo e determinante ruolo del governo e del capo del governo²⁰.

Alla fine degli anni Trenta in Italia non mancano dunque tentativi²¹ di mettere a punto un concetto di 'totalitarismo' capace di porsi come elemento di raccordo dei tratti caratteristici dell'esperimento politico-giuridico del fascismo. Non è quindi casuale che proprio nel '38 sia ospitato e tradotto nella «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» un contributo di Gerhard Leibholz, esplicitamente dedicato all'analisi dello 'Stato totalitario'²².

Leibholz aveva seguito già nel decennio precedente la traiettoria ascendente del fascismo dedicando ad esso un'analisi non superficiale²³. Fondato sul dogma dell'identità fra Stato e nazione, rafforzato ideologicamente dall'apporto dei nazionalisti, il fascismo, per Leibholz, imputa congiuntamente al liberalismo e alla democrazia parlamentare la dissoluzione 'atomistica' dell'ordine politico-sociale e propone un diverso «metodo di integrazione»: il controllo delle masse attraverso la capillare 'presenza' dello Stato nella società²⁴. La conciliazione fra capitale e lavoro, il nuovo ordinamento sindacal-corporativo passano attraverso la riconduzione della società allo Stato. Lo Stato però viene a sua volta ripensato in modo da porre in evidenza la centralità della funzione del governo e far emergere, conclusivamente, il ruolo del duce e il suo carisma. Se quindi, da un lato, il fascismo è una nuova tecnica di integrazione sociale, dall'altro lato esso è definibile come una dittatura fondata plebiscitariamente²⁵.

L'interesse per il fascismo è peraltro diffuso nella pubblicistica tedesca degli anni Venti: oltre Leibholz, valgono gli esempi di Heller, che analizza ripetutamente le vicende italiane²⁶, e di Schmitt, che non manca di riferirsi cursoriamente al fascismo e a Mussolini²⁷. L'attenzione al fascismo non risponde ad una generica curiosità: si

²⁰ Ivi, pp. 59 sgg.

²¹ Cfr. E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 203 sgg.

²² G. Leibholz, *Il secolo XIX e lo Stato totalitario del presente*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», XVIII, 1938, pp. 1-40.

²³ G. Leibholz, *Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, de Gruyter, Berlin 1928.

²⁴ Ivi, pp. 12 sgg.

²⁵ Ivi, pp. 22 sgg.

²⁶ Al fascismo Heller dedica ripetuti interventi. L'analisi più organica è H. Heller, *L'Europa e il fascismo*, a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1987, pp. 45-203. Cfr. I. Staff, *Italien und der Faschismus. Ein Beitrag zu Hermann Hellers Faschismus-Interpretation*, in Ch. Müller, I. Staff (a cura di), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Nomos, Baden-Baden 1984, pp. 443-63

²⁷ Un esempio dell'interesse schmittiano per Mussolini e l'impiego del 'mito' in C. Schmitt, *Die politische Theorie des Mythos* (1923), in C. Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939*, Duncker & Humblot, Berlin 1988, pp. 9-18.

tratta di capire il senso e gli esiti di una crisi – la crisi della democrazia parlamentare e degli equilibri sociali e politici sui quali si fondava – che in Italia, ma non ancora in Germania, ha trovato una sua soluzione; ed è proprio nel momento in cui la repubblica weimariana giunge alla sua convulsione finale che Leibholz torna a riflettere organicamente sulle radici della crisi rapportando ad essa le forme che lo Stato tende ad assumere²⁸.

Leibholz fa propria l'alternativa, corrente in quegli anni, fra 'Stato autoritario' e 'Stato totale'²⁹: il problema per lui è proprio capire «se la futura forma di Stato si strutturerà in senso (solamente) autoritario, rispettando sostanzialmente il patrimonio di libertà degli ultimi secoli, oppure anche totale»³⁰. Creare lo 'Stato autoritario' significa valorizzare il dominio, la gerarchia, il rapporto di superiorità e di subordinazione, il nesso fra autorità ed obbedienza; significa porre di nuovo in primo piano il momento della decisione politica superando le lentezze e le incertezze «dell'«eterno dialogo parlamentare'»³¹, recuperare il ruolo politico-sociale delle disuguaglianze, dare spazio al governo e rendere costituzionalmente possibile una sua presenza forte ed attiva.

Lo Stato totale risponde invece ad un progetto più innovativo e più ambizioso: non si esaurisce nel semplice rafforzamento dell'esecutivo e nel ripristino del principio di autorità, ma introduce un diverso regime di rapporti fra la comunità politica e i suoi membri. Lo Stato totale «tende ad ampliare progressivamente le sue competenze sovrane, e ad inglobare, per quanto possibile, tutti gli ambiti dell'esistenza nella sfera statale-politica». L'accento si sposta dall'individuo alla totalità socio-politica: è la «legge della polis» che domina sovrana e persegue l'obiettivo di «una politicizzazione il più possibile totale». Non è la risurrezione dell'antico Stato di polizia, ma il nuovo Stato legato alla crisi del liberalismo e all'avvento della società di massa: «è la massa emancipata dall'individuo a rappresentare il processo di politicizzazione totale»³². Resta da capire quale forma uno Stato legato all'integrale politicizzazione degli ambiti di vita debba darsi. Si potrebbe immaginare, in prima approssimazione, una drastica alternativa fra

²⁸ G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria* (1933), Giuffrè, Milano 1996.

²⁹ È ricorrente nella Germania fra anni Venti e Trenta il riferimento allo Stato 'totale' e al rapporto con lo Stato 'autoritario', da Schmitt a Forsthoff, a Ziegler. Cfr. S. Breuer, *La rivoluzione conservatrice*, Donzelli, Roma 1995. Cfr. le osservazioni di G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996.

³⁰ G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia*, cit., p.87.

³¹ Ivi, p. 78-79.

³² Ivi, pp. 85-86.

democrazia e dittatura, ma Leibholz inclina a mettere in evidenza i legami che a suo avviso collegano la seconda alla prima: lo Stato totale si realizza come dittatura ma nel momento in cui abbatte la rappresentanza liberal-parlamentare, cerca una nuova legittimità in una fondazione democratico-plebiscitaria del suo potere e trae forza dalla ‘mobilitazione generale’ contro l’avversario politico³³.

Leibholz sta consapevolmente utilizzando concetti elaborati da Carl Schmitt fra gli anni Venti e i primi anni Trenta: il nesso dittatura-democrazia (e la loro comune incompatibilità con il ‘parlamentarismo’)³⁴, da un lato, e il concetto di ‘Stato totale’, dall’altro lato. ‘Stato totale’ per Schmitt è una formula che intende diagnosticare la radice della crisi irreversibile della società liberale. Lo Stato liberale è uno stato dualistico, neutrale, non interventista, legislativo: è cioè uno Stato fondato sulla netta separazione dalla società, uno Stato che non prende posizione sulle scelte ‘private’ (culturali, etiche, religiose) dei cittadini, non interviene sui processi di produzione e di scambio, indica nella legge il fondamento dei diritti e nel parlamento il custode della costituzione³⁵. Questo modello è stato ormai sostituito, nell’attuale «Massendemokratie», da un regime caratterizzato dalla tendenza contraria, da una crescente commistione, da una tendenziale indistinzione, fra Stato e società: Stato e società sono ormai coestensivi, i problemi sociali sono problemi politici (e viceversa), le tendenze politiche e gli interessi si organizzano, danno luogo agli attuali partiti che «sono la società stessa divenuta Stato dei partiti»; una volta che lo Stato è divenuto «l’auto-organizzazione della società», «la società che si organizza da sé in Stato passa dallo Stato neutrale del liberale secolo XIX ad uno Stato potenzialmente totale»³⁶.

Espressione della perdita di distinzione fra Stato e società, lo ‘Stato totale’ è la condizione di uno Stato preso in ostaggio da una società dominata dalla politicizzazione ‘totale’ di forze contrapposte, dai loro conflitti e dai loro accordi. Accanto a questa valenza, che Schmitt chiama ‘quantitativa’, dello ‘Stato totale’ esiste però anche la valenza ‘qualitativa’: ovvero il potenziale ‘interventista’ che allo Stato conferiscono i nuovi sviluppi della scienza e della tecnica rendendo possibile un controllo dell’opinione pubblica prima impensabile. Se dunque lo ‘Stato totale’

³³ Ivi, pp. 94-98.

³⁴ Cfr. C. Schmitt, *La dittatura* (1921), Laterza, Roma-Bari 1975 e C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), Duncker & Humblot, Berlin 1991⁷.

³⁵ C. Schmitt, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, pp. 115 sgg.

³⁶ Ivi, pp. 123-25.

indica la sopravvenuta esautorazione della distinzione fra Stato e società, questo fenomeno può essere in realtà giocato in direzioni opposte a seconda che ci si muova ancora al riparo di un 'parlamentarismo' di facciata o si tenga invece conto delle nuove forme di legittimazione caratteristiche della società di massa.

Di stretta attualità agli inizi degli anni Trenta, il problema delle diverse valenze attribuibili al nuovo fenomeno dell'indistinzione fra Stato e società appare, alla fine del decennio, risolto dalle scelte (diverse ma comparabili) operate in Germania e in Italia dai rispettivi regimi; tanto che il saggio 'italiano' di Leibholz (del '38) può assumere come ormai consolidata la linea di sviluppo che pochi anni prima occorreva tratteggiare solo in via di ipotesi.

Lo Stato 'meramente' autoritario è ormai alle spalle, non meno di quella civiltà liberale spazzata via dall'avvento dei regimi di massa: se nell'Europa liberale l'ordine presupponeva l'autonomia e la responsabilità delle personalità individuali, l'irruzione delle masse sulla scena della politica attraverso la formazione di partiti di nuovo tipo, fondati sul rapporto fra il capo e i gregari, ha cambiato completamente le regole del gioco³⁷. Il cambiamento politico presuppone un mutamento antropologico, la formazione di un uomo massa e l'instaurazione di un legame inedito fra lo Stato e il popolo: per un verso lo Stato non si limita ad affermarsi come forza coattiva, ma sa di aver bisogno di un consenso che quindi persegue con un inusitato dispiego di mezzi, mentre, per un altro verso, decide unilateralmente la propria linea di condotta proponendo alla massa un 'pacchetto' di decisioni che essa è semplicemente chiamata a ratificare³⁸.

Principio totalitario significa quindi per Leibholz sviluppo e consolidamento di quel legame fra dittatura e democrazia che si era fatto strada anche in Germania attraverso la forma della 'democrazia plebiscitaria': tanto il fascismo quanto il nazionalsocialismo insistono nel presentarsi come la realizzazione della 'vera' democrazia, mentre rimproverano alla civiltà liberale un 'individualismo' incompatibile con il primato della comunità politica. Principio totalitario e democrazia possono quindi combinarsi mettendo in scacco l'autonomia del soggetto: il superamento della distinzione fra Stato e società, annunciata, agli inizi del decennio, dal concetto di Stato totale, è ora consolidato nella forma di una politicizzazione (e statalizzazione) integrale dei rapporti sociali che non prevede l'esistenza di zone neutrali e preservate dall'intervento pubblico³⁹.

³⁷ G. Leibholz, *Il secolo XIX e lo Stato totalitario*, cit., pp. 4-7.

³⁸ Ivi, pp. 7-9.

³⁹ Ivi, pp. 11-13.

Viene quindi a mutare la rappresentazione dei diritti e dei doveri del soggetto non meno dell'intero assetto costituzionale dello Stato: i diritti dipendono dai doveri e questi sono inseparabili dal nesso di appartenenza dell'individuo alla comunità, al popolo (ora anche determinato nelle sue componenti razziali), allo Stato; quando anche sia prevista una qualche tutela (amministrativa o giurisdizionale) dei diritti ed interessi individuali, questa è comunque legittimata dall'utilità che quell'interesse soggettivo riveste per la collettività e può conseguentemente essere sospesa non appena emerge un contrastante interesse della comunità⁴⁰.

Corrispondentemente diverso si profila l'assetto costituzionale: si interrompe bruscamente quella lunga tradizione che vedeva nella costituzione in senso formale, nella carta costituzionale, il sigillo di uno Stato interessato alla difesa dei diritti individuali. La stessa rigida sottoposizione dell'amministrazione alla legge perde di rilevanza di fronte al superiore e indiscutibile interesse della collettività. Spostato il perno dell'ordine dall'individuo al popolo, alla comunità, allo Stato, salta la tradizione costituzionale, con il suo 'razionale' corredo di pesi e contrappesi, di gerarchie di norme, di controlli incrociati e si afferma la logica di un potere indiscutibile, culminante nel capo e nel suo carismatico potere decisionale⁴¹.

Culto del 'duce', gerarchia, regime di massa, legittimazione 'democratico-plebiscitaria' del potere, politicizzazione integrale, superamento della distinzione fra Stato e società, subordinazione del soggetto alla comunità e del diritto individuale all'interesse collettivo, miti di appartenenza (razziale e nazionale): questi sono per Leibholz i tratti pertinenti del totalitarismo, applicabile, come 'genere prossimo', tanto al fascismo quanto al nazionalsocialismo, pur rimanendo ferma l'esistenza di 'differenze specifiche' fra i due regimi: una maggiore autonomia del 'momento individuale', per un verso (quindi una più accurata tutela dei diritti e degli interessi del soggetto di fronte all'azione dell'amministrazione), e, per un altro verso, un superamento della distinzione fra Stato e società che in Italia (secondo una logica inversa rispetto a quella dominante in Germania) fa leva non sul partito ma sullo Stato.

Facciamo dunque il punto sulla situazione. Abbiamo preso un rapido contatto con i punti estremi della parabola lessicale 'totalitaria': ad un estremo, nei primi anni Venti, si collocano le prime testimonianze di un uso polemico, antifascista, del lessico 'totalitario', il cui senso principale coincide ancora con la 'negazione'

⁴⁰ Ivi, pp. 18-19.

⁴¹ Ivi, pp. 25 sgg.

dittatoriale dei capisaldi della tradizione liberal-parlamentare; all'altro estremo, alla fine degli anni Trenta, si situano alcuni rilevanti contributi tematicamente dedicati alla messa a punto del lessico 'totalitario'. Ciò che di interessante emerge da queste tardive testimonianze è la strategia argomentativa adottata: che procede non tanto definendo direttamente lo 'Stato totalitario' quanto ponendolo al centro di una raggiera di espressioni molto varie che tutte insieme 'fanno senso' e interagendo fra loro producono l'effetto retorico desiderato.

Tentiamo di raccogliere conclusivamente in una sorta di tavola sinottica i lemmi attratti dal campo semantico 'totalitario'.

In primo luogo, lo 'Stato totalitario' implica una presa di posizione nei confronti di uno schema di rapporto fra Stato, diritto e soggetti tradizionalmente consegnato alla formula 'Stato di diritto': 'Stato totalitario' e 'Stato di diritto' si presentano quindi come i termini di una relazione di reciproca (positiva o negativa) implicazione.

In secondo luogo, lo 'Stato totalitario' si congiunge con 'nazione' ed evoca un nesso di tipo nuovo con la collettività per descrivere il quale si ricorre ad una ridefinizione del termine 'rappresentanza'.

In terzo luogo, lo 'Stato totalitario' evoca il problema dell'adesione intima e profonda del soggetto e per questa via si connette a 'Stato etico'.

In quarto luogo, lo 'Stato totalitario' è il momento culminante di un processo genetico innescato dal partito: 'Stato totalitario' e 'partito' si dispongono quindi sullo stesso asse tematico e traggono senso dal loro rapporto di implicazione reciproca.

In quinto luogo, lo 'Stato totalitario' si propone come l'inveramento o la realizzazione di una democrazia che si differenzia, in quanto 'organica' od 'organizzata', dall'atomistica democrazia parlamentare e si traduce nell'ordinamento corporativo delle forze sociali: 'Stato totalitario' si connette quindi con 'Stato sindacale' e con 'Stato corporativo'.

In sesto luogo, lo 'Stato totalitario' intrattiene con la nazione, la società, i gruppi, gli individui, un rapporto che implica una rappresentazione 'verticale' dell'ordine, centrata sul concetto di 'gerarchia'.

In settimo luogo, lo 'Stato totalitario' si connette con l'accentuazione del ruolo protagonista del governo e del Capo del governo e si presta infine ad essere ricompreso in un concetto che tende a compendiare in se stesso le sue caratteristiche salienti, il concetto di 'regime'.

Seguire analiticamente ciascuna di queste connessioni implicherebbe, come si intende facilmente, scrivere per intero la storia della teoria giuridica e politica fascista. L'obiettivo che mi propongo è però ovviamente più modesto: si tratterà soltanto di seguire le singole voci lessicali per i significati che vengono a coinvolgere il campo semantico considerato, limitandosi peraltro ad un'analisi 'per campioni' aliena da qualsiasi presunzione di completezza.

3. *'Stato totalitario' e 'Stato di diritto'*

Nel mettere a confronto le due 'formule' dello 'Stato totalitario' e dello 'Stato di diritto' occorre essere consapevoli che stiamo accostando fra loro grandezze storicamente diseguali: se lo 'Stato totalitario' è, ancora negli anni Venti, un neologismo, lo 'Stato di diritto' gode ormai da vari decenni di una notevole fortuna, tanto in Germania quanto in Italia. Nell'impossibilità di ripercorrere la genesi ed elencare analiticamente i significati dell'espressione 'Stato di diritto', valgono alcune considerazioni di sintesi⁴².

Nella lunga elaborazione tedesca del concetto (da Stahl a Bähr, fino a Jellinek), e poi nella recezione italiana, si intrecciano variamente due ordini di problemi e di esigenze. 'Stato di diritto' deve servire innanzitutto a gettare un ponte fra l'assoluta e sovrana volontà dello Stato e l'ordine giuridico che da esso promana: è 'Stato di diritto' quello Stato che 'vuole nella forma del diritto', quello Stato che non può esprimersi se non dando una forma giuridicamente rigorosa alle sue scelte, ferma restando la sua sovrana libertà, la sua 'eccedenza' potestativa rispetto all'ordine giuridico positivo.

Attraverso il lemma 'Stato di diritto' passa però anche una seconda domanda (la cui ricaduta istituzionale e procedurale è di evidente importanza) che non attiene più alla forma di realizzazione della potenza statale ma prende in considerazione il rapporto fra i soggetti e il sovrano: si tratta allora di capire come fondare i diritti del soggetto pur mantenendo fermo l'assioma della centralità (sostantiva e metodologica) dello Stato. Le celebri teorie di Jhering, di Jellinek, di Orlando, di Romano offrono risposte diverse (ma in buona misura convergenti) a questo problema e ruotano intorno ai seguenti assunti: la conferma dell'assoluta sovranità

⁴² Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e Stato di diritto*, in «Filosofia politica», V, 2, 1991, pp. 325-50; M. Fioravanti, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, in R. Gherardi e G. Gozzi, *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna 1993, pp. 161-77.

dello Stato e della forma necessariamente giuridica della sua volontà, l'insostenibilità di limiti 'esterni', opponibili alla volontà dello Stato, la possibilità di fondare i diritti dei soggetti soltanto su una libera 'autolimitazione' dello Stato, la distinzione fra lo Stato (come sintesi sovrana) e i suoi organi, la sottoposizione degli organi (ma non dello Stato come tale) alle norme giuridiche, la conseguente ammissibilità di pretese giuridicamente agibili da parte degli individui nei confronti dello Stato.

In questa prospettiva parlare di 'Stato di diritto' significa affrontare il problema dei limiti del potere statale mantenendo fermo il dogma dell'assoluta sovranità dello Stato: il fondamento dei diritti pubblici soggettivi passa attraverso il varco aperto dal concetto dell'autolimitazione e dalla distinzione fra lo Stato (come sintesi dei poteri) e i singoli organi. Quale poi sia l'organo sul quale si concentra l'attenzione della giuspubblicistica tardo-ottocentesca è noto: è l'amministrazione l'organo che sembra richiedere la prioritaria attenzione del giurista, per vari motivi. Per un verso, infatti, essa risponde abbastanza agevolmente ai requisiti richiesti dalla teoria: la si può configurare come un'attività 'esecutiva', esaltando la supremazia di una legge che crea per essa come per il singolo posizioni giuridiche corrispettive. Per un altro verso, l'esigenza di controllare l'amministrazione appare tanto più urgente quanto più lo Stato rischia di divenire 'interventista', impegnato nel tentativo di mediare il conflitto e provvedere all'integrazione delle parti sociali. Da questo punto di vista il sistema di limiti in cui si risolve lo Stato di diritto funziona come contrappeso o bilanciamento della pur robusta istanza 'governamentale' (nel senso foucaultiano del termine) che attraversa la giuspubblicistica tardo-ottocentesca.

Elemento di compensazione dello slancio interventista della mano pubblica, inseparabile dal dogma dell'onnipotenza dello Stato, lo 'Stato di diritto' ottocentesco non è una formula che da sola rende ragione del campo teorico giuspubblicistico: esso si accompagna all'idea di un'amministrazione *sub lege*, ma è costretto anche a coesistere (più o meno pacificamente o conflittualmente) con la reiterata affermazione del ruolo (socialmente, politicamente) trainante dell'amministrazione stessa; si traduce nell'idea di uno spazio individuale giuridicamente fondato e protetto, ma deve pur sempre muoversi all'ombra di una sovranità intrinsecamente illimitata.

La difficoltà di comporre lo 'Stato di diritto' (come sistema di limiti del potere statale) con la rappresentazione dello Stato nella sua totalità esce allo scoperto quando l'organo cui eventualmente applicare limiti e controlli non è

l'amministrazione o la giurisdizione, ma è la legislazione: un organo che sembra condensare simbolicamente la libertà creativa della sovranità statale, al punto che i tentativi di prevedere per esso l'esistenza di principi inderogabili restano abbastanza ai margini di una dottrina ancora in prevalenza convinta dell'onnipotenza del legislatore. Occorrerà aspettare la rigorosa *Stufenbau* kelseniana per disporre di una teoria giuridicamente (formalmente) rigorosa, capace di predisporre un sistema di vincoli e un meccanismo di controllo cui sottoporre il legislatore ordinario⁴³.

Pur con diverso successo a seconda che si appunti sullo 'Stato legislatore' o sullo 'Stato amministratore', la formula dello 'Stato di diritto' tenta di fondare, attraverso il gioco dei vincoli e dei controlli, uno spazio del soggetto, una serie di prerogative giuridicamente determinate, di 'status' (come scriveva Jellinek) che lo definiscono e ne delineano le modalità di appartenenza alla comunità politica. Lo 'Stato di diritto' si presta per questa via ad assumere allora un significato ulteriore e finisce per indicare una forma di Stato che attribuisce ai cittadini uno *status activae civitatis*: 'Stato di diritto' è allora uno Stato che, come precipitato istituzionale di una civiltà 'progressiva' e 'moderna', non può non adottare una costituzione fondata sul meccanismo della rappresentanza parlamentare. Lo Stato di diritto assume in questo caso una più scoperta inflessione ideologico-politica presentandosi come la forma obbligata della 'modernità' politico-costituzionale.

Lo 'Stato di diritto' come limite al potere statale, tramite delle prerogative giuridiche dei soggetti, coincidente con la forma rappresentativa del regime liberal-parlamentare; ma anche lo 'Stato di diritto' come 'veste' giuridica dell'incontrollabile volontà del sovrano, come determinazione di uno Stato che non può trovare limiti giuridicamente ultimativi.

E' questa l'eredità che la giuspubblicistica dell'Italia liberale trasmette ai giuristi che fra gli anni Venti e gli anni Trenta del Novecento tentano di elaborare una retorica ispirata alle novità politico-istituzionali del regime fascista; e che non sia un'eredità facile e indolore lo si intende facilmente se si tiene conto del fatto che tanto l'espressione 'Stato di diritto' quanto il neologismo 'Stato totalitario' finiscono entrambi per insistere sul nesso Stato-società (sulla condizione dei soggetti, sul ruolo del potere) e impongono quindi una problematica e delicata determinazione delle rispettive aree semantiche.

⁴³ Cfr. A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffrè, Milano 1979; M. Barberis, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XII, 1982, pp. 225-42, M. Troper, *Kelsen e il controllo di costituzionalità*, in «Diritto e cultura», IV, 1994, pp. 219-41.

Il ventaglio delle posizioni presenti nella cultura giuridica del (e nel) fascismo è molto ampio e tenterò di illustrarne la varietà allineando una serie di 'casi esemplari'.

Giuseppe Maggiore che nel '39, come penalista, riflette sul «diritto penale totalitario» nello «Stato totalitario» non ha dubbi nell'opporre il passato al presente: la novità decisiva è appunto l'avvento dello Stato totalitario, che impone, fra l'altro, la rinuncia al principio di legalità. La legge non può vincolare l'assoluta libertà dello Stato e non si deve impedire al giudice di punire un comportamento formalmente non previsto come reato; ammettere il principio di analogia nel diritto penale non è un tardivo omaggio al giusliberismo, ma la rivendicazione coerente della supremazia dello Stato: è infatti allo Stato e ai suoi supremi interessi, interpretati dal duce che impersona la coscienza popolare, che dovrà guardare il giudice per superare un ormai anacronistico principio di legalità⁴⁴.

Maggiore sta impiegando stilemi manifestamente vicini all'orientamento prevalente nella pubblicistica nazionalsocialista, che aveva già attaccato duramente i tentativi di trapiantare sul terreno del terzo *Reich* la formula dello 'Stato di diritto'⁴⁵. Non si creda però che la contrapposizione fra Stato (totalitario) e diritti sia un frutto recente della riflessione del giurista italiano. Già dieci anni prima, riflettendo sulla novità dell'ordinamento corporativo, Maggiore metteva in questione l'idea stessa dei diritti e il principio dell'autolimitazione dello Stato.

La critica dei diritti è uno dei crocevia obbligati della retorica fascista e si avvale di uno stereotipo che, circolante nei più diversi meandri della cultura politico-giuridica ottocentesca, giunge al fascismo attraverso molteplici (ed eterogenei) canali – da Rocco a Gentile, dal nazionalismo al neoidealismo; è uno stereotipo che, unificando illuminismo, rivoluzione francese e liberalismo (e socialismo, anch'esso per Rocco orientato in ultima istanza alla felicità del singolo) imputa ad essi in blocco un'antropologia ed una dottrina sociale viziate di 'individualismo', 'atomismo', 'edonismo'⁴⁶. Ad impedire una rifondazione 'fascista' dei diritti, per Maggiore, non è però solo la soggiacente antropologia 'liberale'; è di ostacolo anche una 'sana' dottrina dello Stato: non è possibile, infatti, parlare di autolimitazione

⁴⁴ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, Cedam, Padova 1939 (estratto da «Rivista italiana di diritto penale», XI, 1939), pp. 20 sgg. Su Maggiore cfr. G. Marini, *Giuseppe Maggiore. L'interferenza di filosofia e diritto*, E.S.I., Napoli 1983.

⁴⁵ Sul dibattito sullo 'Stato di diritto' nella Germania nazionalsocialista cfr. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III Band, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, Beck, München 1999, pp. 330 sgg.

⁴⁶ G. Maggiore, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico*, in «Il Diritto del lavoro», II, 1928, pp. 188-89.

dello Stato, di Stato limitato dal diritto, perché lo Stato è essenzialmente potenza; e non si dà una nuova dogmatica «se non dissociando lo Stato dal diritto», «se non frantumando l'idolo dello Stato giuridico». Lo Stato nasce dalla guerra, dalla conquista, dalla rivoluzione, insomma, dalla forza e la costituzione serve solo ad organizzare e a potenziare la potenza statale⁴⁷.

La negazione dei diritti pubblici soggettivi è una tesi che Maggiore ha sostenuto ben prima dell'avvento del fascismo svolgendo liberamente temi neoidealistici e gentiliani. Lo Stato è in questa prospettiva l'atto originario, l'oggettivarsi nella storia della coscienza del Soggetto, «il soggetto universale, l'Uno che si dialettizza nell'opposizione di suddito e sovrano»⁴⁸. L'individuo non ha un'autonoma consistenza, è impensabile come tale, dal momento che «è il Tutto come soggettività universale» che conferisce ad esso valore e significato⁴⁹. Non valgono gli individui, ma la totalità, non esistono i diritti ma la forza dello Stato, una forza che è «la stessa energia immanente del processo giuridico: l'atto del diritto per eccellenza»⁵⁰.

Se dunque lo 'Stato di diritto' è equamente diviso fra autolimitazione dello Stato e diritti del soggetto, il suo rapporto con lo Stato nuovo, con lo Stato 'totalitario', è di radicale incompatibilità: l'uno finisce dove l'altro comincia. Questa incompatibilità emerge con contorni tanto più netti quanto più si insiste sui presupposti antropologici e ideologico-politici della formula 'Stato di diritto'. Già in anni non sospetti Caristia insisteva sulla difficoltà di fondare i diritti individuali all'interno di una dogmatica 'statocentrica': i diritti pubblici soggettivi non possono essere fondati su meccanismi puramente interni alla compagine giuridico-statale, ma poggiano su «motivi di ordine ideale, etico, non giuridici certo»⁵¹, che coincidono con l'attribuzione alla soggettività di una rilevanza metapositiva, di un valore 'assoluto'.

Per Caristia «le sorti dello Stato di diritto sono intimamente e inestricabilmente legate a quelle dell'ideologia liberale e a necessari presupposti d'indole giusnaturalistica»⁵². Egli è convinto, come Orlando, dello storico e strutturale rapporto esistente fra lo 'Stato di diritto' e il regime liberal-parlamentare: ancora nel

⁴⁷ Ivi, pp. 190-91. Cfr. M. Isnenghi, *Il mito di potenza*, in A. Del Boca, M. Legnani, M.G. Rossi (a cura di), *Il regime fascista*, cit., pp. 139-50.

⁴⁸ G. Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, Firenze, Palermo 1916, pp. 107-110.

⁴⁹ Ivi, pp. 101-102.

⁵⁰ Ivi, p.113.

⁵¹ C. Caristia, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Bocca, Torino 1915, pp. 61-62.

⁵² C. Caristia, *Lo 'Stato giuridico' (1937)*, in C. Caristia, *Scritti giuridici, storici e politici*, vol. II, *Scritti storici e politici*, Giuffrè, Milano 1955, p. 425.

'28 Vittorio Emanuele Orlando, in una breve recensione, non si trattiene dal rivendicare alla 'Scuola italiana di diritto pubblico' il merito di aver fondato ed orchestrato giuridicamente il nesso costitutivo fra Stato rappresentativo, libertà, diritti pubblici soggettivi⁵³. Se dunque 'Stato di diritto' e Stato liberale sono inseparabili e il primo non fa che alludere ai tratti giuridicamente significativi del secondo, il nuovo Stato del fascismo, comunque lo si voglia denominare, non può fregiarsi di una formula incompatibile con la sua ideologia, come se l'espressione 'Stato di diritto' «non fosse stata assunta, per oltre un secolo, a indicare il succo più genuino di quell'ideologia demoliberale contro cui le nuove forze si sono drizzate gagliarde e denegatrici»⁵⁴.

Far leva sulla vocazione ideologico-politica dello 'Stato di diritto' serve a sottolineare l'incompatibilità di questa espressione con il nuovo clima culturale, quale che sia il giudizio di valore che si vuole (esplicitamente o implicitamente) trarre dalla tesi della 'discontinuità'. Non si può dire però che sia questa la strategia più diffusa negli anni del regime: si moltiplicano al contrario i tentativi di rendere in qualche modo compatibile lo 'Stato di diritto' con le immagini dello Stato nuovo offrendo nel contempo un'interpretazione *ad hoc* delle teorie dell'autolimitazione dello Stato e dei diritti pubblici soggettivi.

Un segno dell'importanza della posta in gioco può essere ravvisato nel fatto che Arnaldo Volpicelli inaugura la rivista da lui diretta («Nuovi studi di diritto, economia e politica») proprio con un suo amplissimo e impegnativo saggio dedicato ad Orlando e al problema dell'autolimitazione dello Stato.

L'argomentazione di Volpicelli muove da un assunto – l'identità di individuo e Stato – che riveste un ruolo centrale nella sua visione del diritto e dello Stato (di ispirazione gentiliana): a suo avviso, il vizio di fondo che affligge la teoria dell'autolimitazione dello Stato (e in particolare l'interpretazione che Orlando ne ha offerto) è appunto il suo attardarsi sulla tesi filosoficamente infondata di un'insuperabile dualità, di un empirico sdoppiamento fra 'Stato' e 'soggetti'. Le aporie nelle quali la teoria dell'autolimitazione si incaglia, la difficoltà di tenere insieme l'assolutezza della sovranità e il sistema delle libertà, nascono da un'erronea impostazione del problema, dalla dualistica separazione fra Stato e sudditi e dal fraintendimento del rapporto fra Stato e diritto, fra Stato e legge. La legge non è «un

⁵³ V.E. Orlando, *Recensione a E. Orrei, Il Diritto costituzionale e lo Stato giuridico* (Roma 1928), in «Rivista di diritto pubblico», XX, 1928, pp. 390-92.

⁵⁴ C. Caristia, *Ventura e avventura di una formula: 'Rechtsstaat'* (1934), in C. Caristia, *Scritti giuridici, storici e politici*, cit., p.362.

unilaterale comando al suddito», ma è un ordine che lo Stato rivolge a se stesso, nel suo «continuo e inderogabile organizzarsi e procedere giuridicamente». Lo Stato esiste in quanto si organizza giuridicamente ponendo la legge: «in virtù dell'*atto legislativo* in cui lo Stato *realmente* consiste, esso...si organizza e costituisce come *ente giuridico*»⁵⁵.

Il rapporto fra individuo e Stato non è quindi un rapporto fra grandezze separate, che lottano l'una contro l'altra per il loro spazio vitale. La relazione fra il sovrano e i sudditi è immanente all'esistenza stessa dello Stato così come lo «Stato giuridico» coincide con il porsi dello Stato come legge⁵⁶. Non essendovi dunque realtà che dall'esterno si contrappongano al porsi dello Stato come Stato giuridico, non può esistere un diritto prestatuale, una garanzia extralegislativa: ammetterlo significherebbe identificare lo Stato con una transeunte situazione storico-politica, continuando a credere nell'assoluta, sovrastorica verità degli «immortali principi». Non si danno diritti del popolo e conflitti fra popolo e Stato: la stessa lotta politica esprime soltanto il «dinamismo interno allo Stato stesso»⁵⁷. Non è quindi immaginabile una «esterna limitazione giuridica» della sovranità⁵⁸, che trova come proprio unico vincolo (e come proprio fondamento giuridicamente non indagabile) la storia e la sua dinamica, creativa, ininterrotta processualità.

Pur distillata attraverso il filtro della gentiliana identità di individuo e Stato, la strategia adottata da Volpicelli è piuttosto chiara e, al di là della sua apparente radicalità, tutt'altro che refrattaria a gettare un ponte verso il passato. I suoi obiettivi sono sostanzialmente i seguenti: superare la contrapposizione fra soggetti e Stato; rifiutare l'ipotesi di un vincolo giuridicamente insuperabile all'attività dello Stato; ricondurre la giuridicità dello Stato al processo della sua storica esistenza. Di questi obiettivi, il primo è in qualche modo il più ambizioso: risolvere la molteplicità e la varietà dei soggetti nel nesso identitario con lo Stato recide la possibilità stessa di una dialettica politica, cancella le differenze, rende assoluto il primato dell'omogeneità. Il secondo e il terzo obiettivo invece non si discostano troppo da immagini consolidate nella cultura politico-giuridica ottocentesca: che non esistano diritti opponibili allo Stato è un dogma largamente condiviso dalla giuspubblicistica 'statocentrica' non meno dell'idea di uno 'Stato di diritto' che è tale in quanto fa del diritto la forma necessaria delle sue manifestazioni di volontà; e altrettanto

⁵⁵ A. Volpicelli, *Vittorio Emanuele Orlando*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», I, 1927-28, p.194.

⁵⁶ Ivi, p.195.

⁵⁷ Ivi, p.197.

⁵⁸ Ivi, p.202.

'tradizionale' suona il rinvio alla storia come fondamento e limite 'sostanziale' della forma giuridica in cui volta a volta lo Stato si esprime: Jhering o Jellinek (come Orlando) non la pensavano troppo diversamente al proposito.

Nonostante la sua fama di *enfant terrible* Volpicelli sta gettando un ponte fra il passato e il presente e nello stesso tempo sta liberando lo 'Stato di diritto' da quelle scomode associazioni che per Ruffini o per Caristia (ma anche per Maggiore) lo consegnavano inevitabilmente nelle mani degli ideologi del liberalismo: l'atteggiamento 'difensivo' dei soggetti nei confronti dello Stato, il nesso fra libertà civili e politiche, il valore essenziale della forma liberal-parlamentare della rappresentanza, il rilievo dei diritti individuali.

Sono numerosi i giuristi che si muovono secondo queste coordinate. L'assioma condiviso è il primato assoluto dello Stato, che non manca di essere presentato come un dato acquisito e ormai indiscutibile, quale che sia l'orientamento ideologico prescelto: la funzione dello Stato come tale (non dello Stato fascista o dello Stato liberale) è limitare la libertà individuale in funzione dell'ordine, dando ad essa contenuti storicamente variabili. Peculiare del fascismo è semmai esprimere con perfetta chiarezza il carattere meramente funzionale dei diritti, contenerne i contraccolpi anarchici, disorganici, subordinarli all'interesse superiore della potenza nazionale⁵⁹.

'Stato di diritto' significa quindi Stato che esiste e si realizza attraverso il diritto, secondo una linea che muovendo dall'ormai lontana filosofia giuridica di Stahl, trova numerose riformulazioni anche nella cultura giuridica italiana prefascista⁶⁰ e viene sempre di nuovo evocata da numerosi giuristi del fascismo. Si insiste quindi sulla necessaria valenza giuridica dello Stato, si evocano insieme Volpicelli e Kelsen, uniti nella tesi della coincidenza fra Stato e diritto (nella tesi cioè che lo Stato «come organismo istituzionale, non è altro che la personificazione dell'ordinamento giuridico»⁶¹), si solleva il problema della distinzione fra legge ordinaria e legge costituzionale (non senza riferirsi a Bryce e, ancora, a Kelsen), si riflette sulle novità introdotte in questa materia dalla legge di costituzionalizzazione del Gran Consiglio, per concludere comunque che il «nuovo costituzionalismo» deve respingere ogni «concezione atomistica dell'individuo» e ogni assolutizzazione dei suoi diritti, ma

⁵⁹ E. Bonaudi, *Dei limiti della libertà individuale*, La Nuova Italia, Perugia-Venezia 1930, pp. 156-60.

⁶⁰ Cfr. ad esempio A. Falchi, *I fini dello Stato e la funzione del potere* (1914), in A. Falchi, *Lo Stato collettività. Saggi*, Giuffrè, Milano 1963, p.97.

⁶¹ C. A. Biggini, *La legislazione costituzionale nel nuovo diritto pubblico italiano*, Arti Grafiche, Ravenna 1931, p.32.

non può esimersi dal ricostruire la posizione giuridicamente determinata dell'individuo nello Stato⁶².

Il recupero della tradizione dello 'Stato di diritto' viene ampiamente praticato, mettendo volta a volta in evidenza quelli che sembrano gli elementi facilmente componibili con il nuovo regime: si tratta in particolare di 'de-ideologizzare' lo Stato di diritto ottocentesco, di spezzare l'endiadi orlandiana fra 'Stato di diritto' e 'Stato liberal-parlamentare', di separare la difesa degli interessi privati del soggetto dalla tutela delle sue libertà politiche, riconducendo comunque i vincoli posti all'attività degli organi dello Stato all'oggettiva logica dell'ordinamento e non al valore autonomo delle posizioni individuali. Rettamente inteso, lo Stato di diritto, lo Stato la cui volontà si esprime necessariamente nella forma del diritto, lungi dall'essere espressione dell'individualismo liberale, è semmai da ricondursi a quella Destra storica che già vedeva nello Stato il momento di realizzazione dell'individuo⁶³: tramite del compimento etico-spirituale del soggetto, lo Stato non ha limiti che non derivino dal processo storico nel quale si realizza. Lo Stato può sbarazzarsi di qualsiasi norma, ma non può fare a meno di un ordinamento giuridico, di un sistema normativo che renda 'regolare' e ordinata la sua volontà; lo Stato non incontra limiti giuridici alla sua volontà di mutare liberamente l'ordinamento, ma deve fare i conti con la storia, con «le esigenze della coscienza popolare»⁶⁴.

Coincidente con l'ordinamento giuridico, culmine del processo storico in atto, lo Stato fascista può dirsi ancora Stato di diritto per sottolineare il carattere non arbitrario, regolato, prevedibile della sua azione di governo: in esso la libertà può essere soggetta a restrizioni dato il carattere dominante dell'interesse pubblico, «ma mai ad arbitrio dei governanti», bensì «mediante un comando generale che è quello della legge»⁶⁵. Il sacrificio dell'individuo, se pur necessario, passa comunque attraverso il rispetto delle leggi vigenti ed esclude l'arbitrio delle autorità, essendo rimasto in piedi quell'apparato di giurisdizione amministrativa nel quale si è storicamente tradotta una delle originarie valenze dello 'Stato di diritto'⁶⁶. Ancora nel '43 lo Stato fascista viene considerato 'Stato di diritto' in quanto la volontà che esso esprime – una volontà che determina la libertà individuale, dal momento che i suoi

⁶² Ivi, pp. 156-57.

⁶³ C.A. Biggini, *Il fondamento dei limiti all'attività dello Stato*, Il Solco, Città di Castello 1929, pp. 73-75.

⁶⁴ O. Ranalletti, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Cedam, Padova 1929, p.30. Cfr. anche B. Brugi, *I così detti limiti dei diritti subiettivi e lo Stato*, in «Lo Stato», II, 1931, pp. 699-707.

⁶⁵ F. Ercole, *Lo Stato fascista corporativo*, Ed. del G.U.F., Palermo 1930, p.17.

⁶⁶ B. Cicala, *Corso di dottrina dello Stato*, Poligrafica Univ., Firenze 1938, pp. 356-59.

contenuti devono coincidere con i fini dell'ordinamento – non è il dettato arbitrario di una élite polica, ma coincide con l'ordine giuridico, è incorporata in esso⁶⁷; nello stesso tempo, però, esso è pure 'Stato totalitario', uno Stato che persegue i fini della grandezza nazionale e piega ogni volontà a questo scopo dichiarando antiggiuridico ogni comportamento che ad esso non si conformi⁶⁸.

Viene sottolineato come un tratto distintivo e un titolo di merito del regime fascista il fatto che esso si sia sviluppato moltiplicando le istituzioni e determinando accuratamente la loro orchestrazione giuridica. Lo Stato fascista è quindi, ancora una volta, 'Stato di diritto', Stato che si esprime e si realizza nella forma del diritto, e proprio per questo non può essere confuso con una semplice dittatura: è l'errore in cui incorre Heller, che identificando lo Stato di diritto con lo Stato liberal-costituzionale fondato sulla divisione dei poteri non tiene conto che la forte unità potestativa caratteristica dello Stato fascista non ha niente a che fare con l'arbitrarietà di un governo dittatoriale proprio in ragione del carattere 'normato', regolare, giuridicamente strutturato della sua azione di governo⁶⁹.

Lo Stato fascista viene dunque ad essere spesso valorizzato come 'Stato di diritto', come uno Stato che, esprimendosi nella forma del diritto, proprio per questo si tiene lontano da interventi irrazionali e dispotici. Non manca chi a questo proposito distingue fra 'Stato di diritto' e 'Stato giuridico', riferendo il primo termine allo Stato garantista, liberal-parlamentare, teso alla tutela dei soggetti e delle libertà, e alludendo con il secondo termine allo Stato che si esprime attraverso il diritto, che non può esistere se non come ordinamento giuridico⁷⁰.

E' lo Stato fascista in quanto 'Stato giuridico' che appare equidistante dall'ormai anacronistico Stato liberale (lo Stato degli astratti diritti individuali) come dal nuovo e minaccioso Stato sovietico, che peraltro mostra qualche analogia con il fascismo (soprattutto nel ruolo centrale attribuito al partito unico): entrambi («Roma e Mosca») sono i soli punti di riferimento della moderna Dottrina dello Stato⁷¹, ma la superiorità del fascismo nasce dall'assumere come referente non una classe ma la

⁶⁷ A. Sermonetti, *Principii generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Giuffrè, Milano 1943, pp. 68-69.

⁶⁸ Ivi, p.74.

⁶⁹ G. Chiarelli, *Il concetto di 'regime' nel diritto pubblico*, in «Archivio giuridico», CVIII, 1932, pp. 217-18.

⁷⁰ S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, Libreria del Littorio, Roma 1929, p.211. Cfr. anche S. Panunzio, *Lo Stato di diritto*, Taddei, Ferrara, s.d. Su Panunzio cfr. l'importante *Introduzione* di F. Perfetti a S. Panunzio, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Bonacci, Roma 1987 e S. Nistri De Angelis, *Sergio Panunzio. Quarant'anni di sindacalismo*, Centro Editoriale Toscano, Firenze 1990.

⁷¹ S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, cit., p. 215.

nazione e dalla forte sensibilità giuridica che lo caratterizza. Se il bolscevismo agisce quindi come una dittatura di classe e un governo arbitrario, lo Stato fascista incarna la comunità nazionale e si esprime nella forma 'regolare' dell'ordinamento giuridico⁷².

È il caso di trarre qualche prima conclusione provvisoria da questa rapida indagine per 'campione'. Nei confronti dell'espressione 'Stato di diritto' la cultura giuridica del (e nel) fascismo ha scelto strategie diverse: non mancano prese di posizione nettamente avverse a qualsiasi tentativo di adozione di quella risalente e suggestiva formula, convinte dell'impossibilità di sottrarre lo 'Stato di diritto' alle ipoteche ideologiche dello Stato liberal-parlamentare. È però nutrita (anche se variegata al suo interno) la schiera dei giuristi impegnati nel depurare lo 'Stato di diritto' dalle sue impresentabili scorie 'individualistiche' accreditandolo come utile connotazione dello Stato fascista. Nel proporre una ridefinizione di 'Stato di diritto' si fanno avanti non soltanto giuristi 'prestati' al fascismo, giuristi che, senza troppo esporsi sul fronte delle dichiarazioni ideologiche, applicano il loro sapere specialistico alla comprensione delle novità istituzionali del regime, ma anche giuristi 'militanti', convinti di dover fare un uso incrociato di vecchie e nuove 'connotazioni' dello Stato per valorizzare, insieme, le audaci novità e l'equilibrata completezza del nuovo regime.

Questa strategia ampiamente diffusa nella giuspubblicistica fascista (pur con una grande varietà di accenti e argomentazioni) entra in sintonia con una visione storico-politica che tende a presentare il fascismo non tanto come un episodio di drastica rottura nei confronti della precedente storia d'Italia, quanto come un suo coronamento, come il superamento dialettico di precedenti e parziali posizioni contrastanti. Certo, il fascismo è spesso presentato enfaticamente come una 'rivoluzione' e la lotta politico-ideologica all'interno del regime passa anche attraverso la contrapposizione retorica fra fascismo-rivoluzione e fascismo-continuità: niente impedisce però di esaltare, sì, la novità decisiva del fascismo, ma di farlo movendosi all'interno di una visione storicistica che risolve le differenze e i contrasti in momenti di un unitario processo ascendente.

Non è solo Gentile a presentare il fascismo come un regime la cui legittimità storica coincide con la sua capacità di raccogliere le diverse e contrastanti esigenze

⁷² Cfr. S. Panunzio, *Il metodo rivoluzionario del fascismo* (1929) in S. Panunzio, *Rivoluzione e costituzione (Problemi costituzionali della Rivoluzione)*, Treves, Milano 1933, p.86; G. M. De Francesco, *Lo Stato sovietico nella dottrina generale dello Stato*, Cedam, Padova 1932; S. Panunzio, *Teoria generale dello stato fascista*, Cedam, Padova 1939, pp. 565 sgg.

disperse nel recente passato sollevandole ad una nuova e compiuta sintesi⁷³. Rocco, ad esempio, sottolinea certo l'incompatibilità del fascismo con l'individualismo che inquina il liberalismo non meno del socialismo⁷⁴, ma anche attribuisce al fascismo il merito di aver creato un regime che, pur inaugurando un nuovo e decisivo rapporto con le masse, raccoglie pur sempre l'eredità 'statocentrica' che aveva caratterizzato la teoria e la prassi dell'Italia liberale⁷⁵. E Santi Romano non mancherà di riferirsi adesivamente alla diagnosi di Rocco: è vero che il fascismo rompe con l'agnosticismo liberale che rendeva lo Stato ostaggio dei partiti e del loro eterno conflitto per restituire allo Stato la sua maestà e la sua autosufficienza; ma è altrettanto «giusta ed opportuna» l'osservazione di Rocco, secondo cui «da tempo la moderna scuola del diritto pubblico, insegnando che la sovranità è non del popolo, ma dello Stato...ha proclamato un principio che adesso si cerca di svolgere ed attuare sino alle sue ultime conseguenze»⁷⁶.

Le strategie argomentative caratteristiche della giuspubblicistica del fascismo sono dunque molto varie e il loro gioco è ulteriormente complicato dai conflitti interni al regime che attraverso di esse si esprimono in modo ora velato ora trasparente. In questo vario atteggiarsi di fronte all'eredità della tradizione liberale lo 'Stato di diritto' può uscirne certo piuttosto malconcio ed essere rinviato al

⁷³ V. ad es. G. Gentile, *Fascismo e cultura*, Treves, Milano 1929, pp. 50 sgg. Sul pensiero politico-giuridico di Gentile cfr. A. Lo Schiavo, *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, Armando, Roma 1971; S. Zeppi, *Il pensiero politico dell'idealismo italiano e il nazionalfascismo*, La Nuova Italia, Firenze 1974; D. Faucci, *La filosofia politica di Croce e di Gentile*, La Nuova Italia, Firenze 1974; D. Veneruso, *Gentile e il primato della tradizione culturale italiana: il dibattito politico all'interno del fascismo*, Studium, Roma 1984; G. Calandra, *Gentile e il fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1987; L. Apparuti, *La filosofia politica di Gentile nella critica contemporanea*, in «Filosofia politica», VIII, 3, 1994, pp. 449-67. Cfr. anche le convincenti osservazioni di F. Sbarberi, *Gentile politico: un mistico dell'onnipotenza dello Stato*, in S. Rota Ghibaudo, F. Barcia (a cura di), *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, Angeli, Milano 1990, pp. 826-50. Un'approfondita ricostruzione della personalità gentiliana in G. Turi, *Giovanni Gentile: una biografia*, Giunti, Firenze 1995.

⁷⁴ A. Rocco, *La dottrina politica del fascismo* (1925), in A. Rocco, *Scritti e discorsi politici, vol. III, La formazione dello Stato fascista (1925-34)*, Giuffrè, Milano 1938, pp. 1095-99. Su Rocco cfr. P. Ungari, *Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia 1963; E. Gentile, *Il mito dello Stato nuovo dall'antigiolittismo al fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1982, pp. 167 sgg.; L. Farulli, *Alfredo Rocco: politica e diritto fra guerra e fascismo*, in O. Pompeo Faracovi (a cura di), *Tendenze della filosofia italiana nell'età del fascismo*, Belforte, Livorno 1985, pp. 241-61.

⁷⁵ A. Rocco, *La trasformazione dello Stato* (1927), in A. Rocco, *Scritti e discorsi politici, vol. III, cit.*, p. 780.

⁷⁶ S. Romano, *Recensione a A. Rocco, La trasformazione dello Stato* (Roma, 1927), in «Archivio giuridico», Serie IV, VIII, 1928, p. 226. Fra le tante testimonianze orientate in questa direzione cfr. P. Chimienti, *L'organizzazione nazionale fascista nel diritto pubblico italiano*, Bocca, Torino 1928, pp. 70 sgg.; B. Cicala, *Corso di diritto costituzionale*, Poligrafica Univ., Firenze 1932, p. 159; F. Battaglia, *Le carte dei diritti*, in «Archivio di studi corporativi», V, 1934, pp. 154-57.

mittente come un retaggio inaccettabile dei vecchi tempi. E' però più diffuso il tentativo di raccogliere quella formula dalla tradizione per adattarla al mutato quadro ideologico-politico.

Ridefinire lo 'Stato di diritto' nel nuovo contesto significa in sostanza tener fermi i seguenti punti: a) lo 'Stato di diritto' non è uno Stato fondato sui diritti o funzionale alla loro tutela; è uno Stato la cui volontà si esprime nella forma del diritto, rimanendo impregiudicati i contenuti della decisioni e l'estensione del suo intervento; b) lo 'Stato di diritto' è una formula che ha a che fare non con la costituzione ma con l'amministrazione e suggerisce quell'idea di 'giustizia nell'amministrazione' nei confronti della quale il regime non nutre insuperabili riserve; c) lo 'Stato di diritto' presuppone una netta distinzione fra libertà private e politiche: inaccettabile è ovviamente la pretesa (dei Ruffini o degli Orlando) di identificare lo 'Stato di diritto' con la formula costituzionale dello Stato liberal-parlamentare.

Sottoposta ad un accurato lavoro di cosmesi, l'espressione 'Stato di diritto' può essere adottata per connotare lo Stato fascista, ma perde necessariamente la posizione centrale di cui godeva nella prospettiva caratteristica della tradizione giuridica liberale: se per il giurista liberale lo 'Stato di diritto' poteva porsi al centro della 'semantica della statualità', per il giurista del fascismo lo 'Stato di diritto' ha, sì, diritto di cittadinanza nel lessico politico-giuridico del regime, ma occupa in esso una posizione in qualche modo 'decentrata', è parte di un campo semantico il cui centro è occupato ora da altre espressioni; fra queste compare con crescente frequenza lo 'Stato totalitario' ed è con esso che lo 'Stato di diritto' deve in qualche modo dimostrare di essere compatibile.

4. *'Stato totalitario' e 'rappresentanza'*

Accingendosi al trapianto dello 'Stato di diritto' nel nuovo clima ideologico del fascismo la giuspubblicistica sottolinea la necessità di liberare quella formula dalle ipoteche 'individualistiche' che su di essa gravano: lo 'Stato di diritto' in tanto può connotare lo Stato fascista in quanto abbandona l'idea di un legame genetico o funzionale fra Stato e individui. Questa insistenza non è casuale, ma è suggerita da uno dei principali luoghi retorici della giuspubblicistica fascista: la qualitativa, essenziale distanza fra lo Stato e i singoli.

Questo assunto, come d'altronde avviene per numerosi altri, non è, di per sé, un prodotto originale della giuspubblicistica fascista, ma circola disperso in mille rivoli nella cultura politico-giuridica ottocentesca. Un tramite sicuramente importante con il fascismo è da questo punto di vista il nazionalismo di Corradini e di Rocco. Attraverso l'esaltazione della nazione potente ed espansionistica passa e si rafforza l'idea della qualitativa superiorità della nazione sui singoli componenti, della superiorità del dovere sul diritto, dell'irrilevanza etico-storica della felicità individuale⁷⁷. Per Antonio Cicu la radice delle aberrazioni liberal-democratiche è l'idea di una libertà individuale irriducibile ai superiori interessi dello Stato. Al contrario, lo Stato non si fonda sull'interesse del singolo, ma sul suo sacrificio: la libertà è (hobbesianamente) uno spazio residuale, mentre lo Stato vive di una forza coesiva che trae alimento dall'amor di patria dei cittadini⁷⁸.

Superiore ai singoli individui, irriducibile alla somma dei suoi componenti, espressione diretta della nazione e ponte fra il presente e il passato, lo Stato intorno al quale la cultura giuridica fascista viene gradualmente mettendo a punto il lessico 'totalitario' è uno Stato iscritto nel cuore della 'realtà': non ente astratto, schema normativo, tipo ideale, ma *ens realissimum*, realtà storicamente decisiva. Siamo di nuovo a contatto con un assunto variamente ricorrente nell'immaginario politico-giuridico ottocentesco: il fascismo lo raccoglie da molteplici tradizioni dottrinali, se ne appropria e lo riformula senza peraltro compiere una decisa opzione a favore di un obbligante credo filosofico.

Per diversi che siano i gerghi impiegati all'interno della cultura fascista, la tesi unanimemente ribadita è la 'reale' e determinante esistenza dello Stato; ed è una tesi così rilevante per la tenuta dell'ideologia fascista da indurre a far ricorso anche a schemi concettualmente eterogenei pur di poter impiegare immagini retoricamente collaudate. Alla domanda se sia possibile dimostrare l'esistenza reale dello Stato Cicu risponde affermativamente: prima appellandosi allo Stato 'in interiore homine', allo Stato come momento di 'verità' ed esperienza 'profonda' del soggetto; poi menzionando, *ad abundantiam*, le necessità vitali, il «vincolo organico in cui gli individui sono presi volenti o nolenti», con la conseguente dipendenza «delle singole

⁷⁷ Cfr. ad es. A. Rocco, *Economia liberale, economia socialista ed economia nazionale* (1914), in A. Rocco, *Scritti e discorsi politici, vol. I, La lotta nazionale della vigilia e durante la guerra (1913-1918)*, Giuffrè, Milano 1938, pp. 40-43.

⁷⁸ A. Cicu, *Libertà e diritto* (1916), in A. Cicu, *Scritti minori, vol. I, Tomo I*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 22 sgg. Su Cicu cfr. M. Sesta, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», VI, 1976, pp. 419-509.

parti» «dalla vita del tutto»⁷⁹. Assonanze (paleo- o neo-) idealistiche interagiscono con stilemi organicistici e biologistici per rafforzare il tema retoricamente decisivo: la dimostrazione della realtà dello Stato, l'esaltazione della sua missione storica, la rivendicazione della sua qualitativa distanza dagli interessi individuali.

Nessuna connotazione fascisticamente plausibile è applicabile allo Stato (a partire dall'idea della sua valenza 'totalitaria') se non riconoscendo ad esso l'essenziale predicato della 'realtà'. Proprio per questo diviene una comoda testa di turco per la giuspubblicistica fascista il 'formalismo' kelseniano: è Kelsen che attacca uno dei grandi *idòla* della tradizione giuspubblicistica – appunto la distinzione fra Stato e diritto, l'idea di uno Stato che, quale irresistibile concrezione potestativa, produce il diritto come Dio crea il mondo – e proprio per questo si offre come l'ideale bersaglio di chi tiene ad esaltare, insieme, il potere illimitato e la storica 'realtà' dello Stato.

È un riflesso quasi automatico della 'sana' tradizione giuridica la reazione di chi ravvisa nella sovranità «una potestà di fatto, una forza materiale astringente» riferibile soltanto ad uno Stato «concepito come persona reale prima che come concetto del diritto»⁸⁰. Certo, non mancano discussioni anche sofisticate sui problemi teorici e metodologici che la teoria kelseniana solleva intorno al problema della 'realtà' dello Stato⁸¹. L'opinione 'media' della giuspubblicistica, e in particolar modo una posizione 'fascisticamente' ortodossa, fa comunque quadrato intorno alla tesi della 'realtà' dello Stato: «lo Stato è un'unità; più precisamente esso è un'entità, che sta a sé, perfettamente distinta dai singoli...; l'ente collettivo ha un interesse suo..., concepito come potenza unitaria, sovrastante all'interesse inviduale»⁸².

La 'realtà' dello Stato è il dogma che, per un verso, può essere valorizzato come un momento di continuità con la tradizione giuspubblicistica (soprattutto da parte di chi voglia battere sul tasto del fascismo come 'inveramento' del passato), mentre, per un altro verso, può essere brandito come un'arma nei confronti di recenti ed iconoclastiche 'negazioni': imputabili al 'formalista' Kelsen, certamente, con la sua

⁷⁹ A. Cicu, *L'idea di dovere e l'idea del diritto* (1921), in op. ult. cit., pp. 50-51. Cfr. anche A. Cicu, *Concezione organica dello Stato* (1919), in op. ult. cit., pp. 57-70.

⁸⁰ A. Cavaglieri, *recensione a H. Kelsen, Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen 1920), in «Archivio giuridico», LXXXVII, 1922, p. 256.

⁸¹ Cfr. ad esempio D. Donati, *La persona reale dello Stato*, in «Rivista di diritto pubblico», XIII, 1921, pp. 1-22; O. Condorelli, *Il rapporto fra Stato e diritto secondo il Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1923, pp. 307-15; V. Miceli, *La realtà della persona dello Stato*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», II, 1922, pp. 220-33; G. Perticone, *Il diritto e lo Stato*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IX, 1929, pp. 451 sgg.

⁸² B. Donati, *Fondazione della scienza del diritto*, Cedam, Padova 1929, p.193.

teoria dell'identità fra Stato e ordinamento giuridico, ma anche al 'realista' Duguit con la sua 'riduzionistica' riconduzione dello Stato al rapporto governanti-governati. Kelsen e Duguit sono gli opposti che si incontrano nel rifiuto di vedere nello Stato il supporto 'reale' di ogni fenomeno politico e giuridico. Il risultato è che «la realtà dello Stato, come ente distinto dai singoli, sfuma...»⁸³, gli individui tornano ad essere i protagonisti, domina il contrattualismo, «la volontà liberamente manifestata dai singoli, favoleggiata dagli apologisti del suffragio universale»⁸⁴.

«Più di ogni altro movimento politico, il fascismo ha bisogno di una determinazione della realtà dello Stato»⁸⁵: lo Stato fascista non può non essere uno Stato 'reale' perché in esso si sostanzia, con esso in qualche modo si identifica, la nazione. 'De-realizzare' lo Stato è rendere evanescente una delle grandi parole d'ordine del regime, la nazione e la sua missione storica. Stato e nazione si implicano a vicenda: come incarnazione della nazione, esso è reale, inesauribile volontà di potenza⁸⁶, «unità trascendente per sua natura gli individui, che vivono in essa necessariamente compresi e subordinati»⁸⁷. La negazione della realtà dello Stato, la sua riduzione kelseniana ad un mero sistema normativo, è la negazione dello «Stato vivente», di «quello Stato che noi sentiamo come una realtà nostra, come la nostra forza esteriore e interiore». «Il Kelsen è un ateo dello Stato. Non crede allo Stato come realtà», verosimilmente condizionato dalla sua appartenenza alla «razza giudaica predominata dalla vocazione all'anarchia e dall'odio contro lo Stato...»⁸⁸.

Nessun attributo è riferibile allo Stato se non presupponendo la sua 'realtà' e questa a sua volta trae senso dal nesso costitutivo con la nazione: occorre tener presente questo nesso per intendere la logica del campo semantico 'totalitario', anche se è impossibile in questa sede analizzare i molteplici aspetti che la 'nazione' assume nel dibattito degli anni Venti-Trenta, data la sua ubiquitaria presenza nella pubblicistica fascista. Basterà richiamare l'attenzione solo su alcuni aspetti più generali, di qualche rilievo per la comprensione del lessico 'totalitario'.

In primo luogo, lo Stato come ente reale, come forza irresistibile, irriducibile alla somma delle volontà e degli interessi individuali, trova nella nazione il suo necessario supporto simbolico. Ancora una volta, il fascismo eredita dal secolo

⁸³ A. Falchi, *La realtà dello Stato* (1932), in A. Falchi, *Lo Stato collettività*, cit., p.161

⁸⁴ Ivi, p.169.

⁸⁵ Ivi, p.167.

⁸⁶ Ivi, pp. 172-73.

⁸⁷ Ivi, p.180

⁸⁸ G. Maggiore, *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, cit., p.62.

precedente un intricatissimo nesso ideologico-politico, ma lo recepisce filtrato dal mito della guerra e dell'espansione armata, che a cavallo dei due secoli aveva svolto un notevole ruolo nell'immaginario europeo. Lo Stato fascista trae dal nesso con la nazione una valenza 'aggressiva' ed espansiva che diviene parte essenziale di quel lessico 'totalitario' che intorno ad esso si viene progressivamente costituendo.

In secondo luogo, 'nazione', in corrispondenza con la molteplicità degli idiomi filosofici adottati dal fascismo, viene declinata promiscuamente secondo paradigmi 'storicistici' e 'naturalistici': la sua valenza aggressiva ed espansionistica, insieme al carattere eterogeneo dei propri fondamenti culturali, facilitano un suo interessante slittamento semantico. E' uno slittamento che si accentua proprio negli ultimi anni del regime (ovviamente non senza l'influenza della vicina Germania), proprio quando il campo semantico 'totalitario' si sta compiutamente assestando: lo slittamento da 'nazione' a 'razza', con la conseguente attribuzione allo Stato di nuovi e impegnativi compiti.

Fra i giuristi è ancora Maggiore che, con il suo radicalismo, non esita a gettare un ponte fra i due concetti nel momento in cui mette a punto una compiuta definizione di 'Stato totalitario'. «Totalitario» (e non genericamente «autoritario») è lo Stato fascista in quanto Stato reale, «sistema di forze storiche concrete, che s'incontrano in un soggetto o persona», non ordinamento formale ma persona reale incarnata «nella personalità stessa del suo Capo»; totalitario è lo Stato fascista altresì perché interamente compenetrato con la vita di una nazione che deve ormai essere concepita come razza⁸⁹.

Assai più analitica è l'illustrazione del nesso fra nazione e razza che uno dei più brillanti teorici dello Stato corporativo, Sergio Panunzio, svolge nella seconda edizione della sua ampia *Teoria generale dello Stato fascista*. Panunzio aveva riflettuto in passato sul concetto di nazione⁹⁰ e il suo problema è ora determinare i rapporti fra nazione e razza. Entrambe concepibili come miti e credenze destinati a sfuggire ad un'analisi meramente 'razionale', nazione e razza stanno in relazione fra loro come genere e specie: la nazione è certo anche unità spirituale e culturale, ma non deve essere privata del suo preciso «sostrato bio-antropologico»; non si può concepire la nazione, e quindi anche il nesso nazione-Stato, mettendo in parentesi la razza: non si ha nazione senza «l'unità», senza la «purezza» razziale dei suoi membri

⁸⁹ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario*, cit., pp. 7-8.

⁹⁰ S. Panunzio, *Popolo, nazione e Stato*, La Nuova Italia, Perugia 1933.

ed è un preciso dovere dello Stato provvedere «al mantenimento, alla preservazione ed all'incremento della unità, della purezza e della distinzione della razza»⁹¹.

Che si esalti semplicemente la missione espansionistica e le potenzialità aggressive di una nazione consapevole del suo destino storico o si insista sull'importanza delle sue componenti 'biologiche', razziali, si può attribuire allo Stato fascista la connotazione di 'Stato totalitario' solo a patto di mettere in evidenza il nesso peculiare che lo collega con il suo substrato nazionale e/o razziale. Più in generale, il lessico 'totalitario' non si esaurisce nella contemplazione dello Stato (della sua realtà, dei suoi attributi, dei suoi apparati), ma implica una 'messa in rapporto' dello Stato con un 'altro da sé': con uno spazio sociale che, variamente tematizzato e denominato, non può venire rappresentato come 'esterno' e indifferente allo Stato, ma deve essere descritto nei mille legami istituzionali e simbolici che lo stringono ad esso.

In questa prospettiva, ogni istituto, ogni momento della vita individuale e collettiva può essere assunto come snodo di un'azione che riconduce continuamente i molti all'uno, le singole parti alla totalità statale. Se è vero dunque che a rigore ogni momento della vita politico-giuridica può offrire il destro per variazioni retoriche sul tema 'totalitario', è anche vero che la pubblicistica fascista agisce preferibilmente in modo selettivo, facendo leva su formule o istituti che più di altri possono essere utilizzati come emblematica testimonianza o reale snodo del 'movimento della totalità'.

Se dunque ogni ganglio o carattere dell'ordine collettivo può essere attratto dal campo semantico 'totalitario', assumono un ruolo prioritario concetti di carattere più generale cui si attribuisce la capacità di cogliere l'essenza del fenomeno. Un termine-chiave in questo senso può essere considerato 'rappresentanza'.

'Rappresentanza' svolge per definizione il compito di gettare un ponte fra dominanti e dominati, fra sovrano e popolo, fra Stato e società. La durevole capacità di suggestione che questo termine ha mantenuto nel corso della sua lunga e complicata storia⁹² nasce appunto dal suo proporsi come momento di collegamento fra realtà eterogenee ma necessariamente complementari. La giuspubblicistica del fascismo non rinuncia affatto a questo termine, senza spaventarsi per il fatto che la rappresentanza è stata pur sempre il fiore all'occhiello del costituzionalismo liberale.

⁹¹ S. Panunzio, *Teoria generale dello stato fascista*, cit., pp. 32-36.

⁹² Cfr. H. Hofmann, *Repräsentation*, Duncker & Humblot, 1974; G. Duso, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Angeli, Milano 1988; B. Accarino, *Rappresentanza*, Il Mulino, Bologna 1999.

Per evitare spiacevoli ed equivoche contaminazioni basta ridefinire la rappresentanza strappandola dall'indebita identificazione con una determinata forma di Stato e separandola dalle ipoteche individualistiche della tradizione liberale.

Già la giuspubblicistica prefascista degli Jellinek e degli Orlando aveva d'altronde brillantemente dimostrato la compatibilità del meccanismo rappresentativo con un'opzione rigorosamente statocentrica: la rappresentanza non presuppone necessariamente gli individui che (*uti singuli* o come 'popolo') occupano, in nome dei loro insopprimibili diritti politici, la cittadella statuale. La rappresentanza deve essere (tecnicamente, giuridicamente) concepita come la libera scelta di uno Stato che in essa vede un utile strumento organizzativo e un efficace canale di selezione della classe politica⁹³.

Andare 'oltre' l'immagine 'statocentrica' della rappresentanza delineata dalla tradizione giuspubblicistica prefascista significa, per un verso, ribadire la posizione derivata, secondaria del soggetto entro l'ordine politico-sociale, l'assoluta autonomia e distanza dello Stato rispetto alle manifestazioni di volontà dei singoli, e, per un altro verso (e di conseguenza) sganciare la rappresentanza dal meccanismo elettorale. La conseguenza è che la rappresentanza non ha più a che fare con i *soggetti* e le loro manifestazioni di opinione o di volontà: la rappresentanza esprime un movimento *oggettivo*, sigilla un processo storico-spirituale (o storico-naturalistico) che si sviluppa autonomamente.

Impostare fascisticamente il problema della rappresentanza, per Costamagna, significa sostituire al carattere della «elettività» il carattere della «organicità»: organica è una rappresentanza che non guardi all'individuo come tale, ma ai contesti sociali in cui esso è concretamente inserito per organizzarli «in un sistema di gerarchie funzionali». I meccanismi meramente elettorali devono cedere gradualmente il posto al riconoscimento delle funzioni svolte nelle diverse istituzioni in cui si struttura la società: lo stesso concetto di «governo rappresentativo» muta rispetto alle consuete «interpretazioni individualistiche» esprimendo non più il nesso 'atomistico' fra lo Stato e gli individui, ma il legame oggettivo ed 'organico' fra lo Stato e le istituzioni⁹⁴.

Introdotti il principio e la realtà del partito unico, avviata la costruzione dell'organizzazione corporativa, la giuspubblicistica fascista può dare per consumato il divorzio dall'imbarazzante versione liberale ed elettoralistica della

⁹³ Cfr. P. Costa, *Lo Stato immaginario*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 320 sgg.

⁹⁴ C. Costamagna, *Ancora sull'argomento: Organi, istituzioni, persone giuridiche di diritto pubblico*, in «Lo Stato», II, 1931, pp. 576-79.

rappresentanza per valorizzare quest'ultima come un 'oggettivo' collegamento fra Stato e società, come una formula generale impiegabile per esprimere (a seconda dei casi e degli orientamenti) la forza inglobante dello Stato oppure l'ordinato ed organico movimento ascendente di una società 'corporativizzata'. In ogni caso la rappresentanza, sottratta al volontarismo dei soggetti ed al calcolo della fredda aritmetica elettorale, diviene il contrassegno generale dell'oggettiva, istituzionale connessione fra Stato e società.

La rappresentanza cessa di essere un preciso meccanismo costituzionale e diviene un tratto generale del nesso Stato-società: la rappresentanza evolve nella celebrazione del carattere rappresentativo dello Stato, della nuova, crescente connessione fra Stato e società. 'Rappresentanza' indica semplicemente il rapporto di aderenza dello Stato alla società: essa anzi si riscontra in ogni gruppo sociale organizzato ed agisce come fattore di omogeneità, come forza che rende «univoche la vita dei membri del gruppo e quella del gruppo nella sua intierezza corporativa»⁹⁵. Rappresentativi in questo senso lo sono non solo lo Stato come tale, ma anche alcune sue concrezioni istituzionali: altamente rappresentativa è stata in passato la monarchia e lo è ora il partito fascista, in quanto connesso all'intera società⁹⁶.

Lungi dall'identificarsi con la tradizione liberal-parlamentare, la rappresentanza svolge un preciso ruolo anche nel regime fascista: dove il pluralistico 'Stato dei partiti' viene sostituito dallo Stato a partito unico e «l'indifferenziato e amorfo corpo elettorale» cede il passo ad una rete «di istituzioni concretamente rappresentative», ad un'unità politica imperniata sull'asse partito-Stato⁹⁷. In Germania come in Italia lo «Stato totalitario a partito unico» assume «la rappresentanza della volontà del popolo in quanto è appunto la autoorganizzazione generale del popolo»⁹⁸: si attua così una rappresentanza di tipo nuovo che può dirsi «rappresentanza istituzionale»⁹⁹.

E' il rapporto Stato-nazione che si presta ad essere descritto, nella cornice del nuovo ordinamento fascista, come rapporto di rappresentanza istituzionale: lo Stato rappresenta la nazione come il sindacato rappresenta l'intera categoria, senza che il nesso rappresentativo dipenda da un'esplicita e volontaristica adesione¹⁰⁰. Non è

⁹⁵ Cfr. ad es. G. Ferri, *Rappresentanza politica (Contributo ad una ricostruzione del concetto)*, Athenaeum, Roma 1936, p.59.

⁹⁶ Ivi, p.61.

⁹⁷ V. Zangara, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia*, in «Rivista di diritto pubblico», XXX, 1938, p.105.

⁹⁸ Ivi, p.106.

⁹⁹ Ivi, 109.

¹⁰⁰ C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, p. 326.

vero dunque che il carattere rappresentativo dello Stato derivi dall'esistenza di una Camera dei deputati, come se essa fosse l'unico tramite della rappresentanza e proiettasse sull'intero Stato l'alone della 'rappresentatività': è lo Stato come tale ad essere rappresentativo, rappresentativo è il governo nel suo insieme così come rappresentativi sono i singoli organi che, posti al vertice dell'organizzazione statale, «esercitano in maniera piena ed immediata la potestà di imperio della nazione e perciò la rappresentano in maniera piena ed immediata»¹⁰¹. Accanto alla rappresentanza giuridica e alla rappresentanza politica esiste dunque un terzo tipo di rappresentanza, la rappresentanza istituzionale¹⁰²: una formula che intende dar veste giuridica al processo di oggettiva 'sussunzione' della società e del suo tessuto istituzionale entro uno Stato 'totalitariamente' concepito.

Certo, non mancano resistenze a ridefinire il concetto di rappresentanza in modo da poterla presentare come la cifra dell'oggettivo rispecchiarsi della società nello Stato. Le resistenze provengono da due sponde, in qualche modo opposte.

A 'resistere' sono in primo luogo i sostenitori della possibilità di applicare al nuovo ambiente politico-istituzionale il metodo e i principali strumenti 'diagnostici' messi a punto dalla tradizione giuspubblicistica fra Otto e Novecento: per Ranelletti, una volta appurato che il meccanismo rappresentativo non riposa sui diritti del popolo sovrano ma deriva dalla sovrana autodeterminazione dello Stato – e questa operazione era già stata condotta in porto dalla giuspubblicistica tedesca e italiana prima dell'avvento dei nuovi regimi – il passaggio all'ordinamento politico fascista è indolore o almeno non richiede un sovvertimento dei principi, mentre parlare di rappresentanza per il semplice fatto della «aderenza» di un organo o dello Stato nel suo complesso «ai bisogni, interessi, sentimenti correnti di pensiero di quella comunità o della nazione in generale» diluisce il senso della rappresentanza al punto da renderla sostanzialmente inutile¹⁰³.

¹⁰¹ C. Esposito, *Lo Stato e la nazione italiana*, in «Archivio di diritto pubblico», II, 1937, p.475. Cfr. anche V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, Zanichelli, Bologna 1939. Cfr. in generale L. Paladin, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Cedam, Padova 1972, vol. II, pp. 851 sgg.

¹⁰² Cfr. C. Caristia, *Aspetti recenti del concetto di rappresentanza* (1940), in C. Caristia, *Scritti giuridici*, cit., pp. 443 sgg.

¹⁰³ O. Ranelletti, *Teoria sulla rappresentanza*, in «Archivio di studi corporativi», VI, 1935, pp. 278-79. Cfr. anche O. Ranelletti, *La rappresentanza nel nuovo ordinamento politico e amministrativo italiano*, in «Rivista di diritto pubblico», XXI, 1929, pp. 204 sgg. Lo stesso Cesarini Sforza, che aggiunge una postilla di commento alle osservazioni di Ranelletti, pur essendo in generale disposto a valorizzare le novità 'sperimentali' del regime, ritiene a sua volta che far coincidere la rappresentanza con il nesso oggettivo Stato-società cancella il senso di una nozione che, per quanto svincolata dai meccanismi elettorali, deve comunque «emergere come elaborazione spontanea di forze sociali e politiche», deve garantire che «i

Una critica eguale e contraria all'applicazione dello schema rappresentativo alla realtà fascista proviene dalle fila di quegli intellettuali che, come Spirito e Volpicelli, stanno conquistando il loro posto al sole nel dibattito corporativistico (e nel conflitto politico che attraverso di esso in qualche modo si esprime) in quanto adottano e sviluppano l'impostazione gentiliana del rapporto fra individuo e Stato. Se Stato ed individuo si identificano, non ha senso limitarsi a correggere la rappresentanza liberale, ma nemmeno è possibile ripensarne a fondo i contenuti come se la rappresentanza fosse uno schema 'neutrale', uno strumento buono per tutti gli usi. La rappresentanza è un ponte fra Stato e società e presuppone quindi la loro radicale distinzione. È la rappresentanza come tale che resta prigioniera dell'impostazione liberale, per la quale «lo Stato *comprende*, ma non è la società»¹⁰⁴: gli schemi teorici del passato vivono di questo equivoco di fondo. Nella democrazia come nell'autocrazia la rappresentanza è il cattivo surrogato di un'impossibile unità: impossibile nella democrazia, per l'atomistica frammentazione del 'popolo', impossibile nell'autocrazia, che si limita a moltiplicare gli apparati burocratici per controllare una società destinata comunque a sfuggire alle maglie del controllo¹⁰⁵. Nel corporativismo invece lo Stato è «reale, coestensivo e coincidente col popolo» e cessa il bisogno dell'illusionistico trucco del rappresentante e del rappresentato: è la società stessa che si organizza gerarchicamente e si realizza come Stato, mentre quest'ultimo a sua volta non è che il gerarchico strutturarsi della società; per questo il futuro organo legislativo dovrà essere espresso dai «sommi gradi gerarchici di tutte le corporazioni».

In un regime consapevole dell'identità profonda fra Stato e società non c'è più spazio per la rappresentanza: è ora il principio di gerarchia il minimo comune denominatore di ogni manifestazione politico-sociale. Mentre la rappresentanza presuppone lo sdoppiamento (autocratico o democratico) fra potere e società, la gerarchia è l'articolazione dell'unità e proprio per questo è la spina dorsale dell'ordine nuovo: le 'vecchie' alternative (elezione o nomina dei dirigenti, movimento dal basso oppure decisione dall'alto) dovranno essere interamente

fattori responsabili dei compiti politici e sociali, che lo Stato fascista ha fatto proprio rispetto alle masse, debbono poter da queste emergere quali interpreti dei loro bisogni e dei loro sentimenti» (W. Cesarini Sforza, *Postilla*, in op. ult. cit., pp. 282-83).

¹⁰⁴ A. Volpicelli, F. Barbieri, *Il problema della rappresentanza nello Stato corporativo*, Sansoni, Firenze 1935, p.12.

¹⁰⁵ Ivi, pp. 15-16.

ripensate ed impostate di nuovo entro «il generale problema della formazione delle gerarchie»¹⁰⁶.

Che si opponga 'gerarchia' a 'rappresentanza' o che si mantenga in vita quest'ultima a patto di ridefinirla come 'istituzionale', resta comunque, al fondo delle logomachie (certo retoricamente e teoricamente significative) sulla rappresentazione 'identitaria' o 'dualistica' dell'ordine politico-sociale, un profilo comune: l'immagine di un ordine dominato dalla categoria dell'omogeneità. Il gioco delle diversità, del confronto, del conflitto (ovviamente ineliminabile nella quotidiana dialettica politica del regime) resta ai margini della teoria: l'aspirazione a liberare la rappresentanza dalle scorie 'elettoralistiche' 'demo-liberali' non è che l'aspetto tecnico-costituzionale di un atteggiamento più generale, che elimina la pluralità e le tensioni delle decisioni politiche e assume come immagine-guida l'unità, l'omogeneità, la totalità. Nella misura in cui l'ordine è l'oggettiva articolazione della totalità politico-sociale (o l'oggettiva sussunzione delle istituzioni nella totalità) la rappresentanza è non tanto (come teme Volpicelli) un elemento di disturbo del nuovo ordine 'totale' quanto un suo simbolo di legittimazione.

5. *'Stato totalitario' e 'Stato etico'*

Lo Stato 'totalitario' è uno Stato 'rappresentativo': la rappresentanza, depurata dalle incrostazioni ideologiche liberal-democratiche, non mette in evidenza elementi di dualistica tensione ma serve a ribadire l'organica inerenza della società nell'ordine statale, non evoca immagini di scelta e di discrezionalità individualistiche, ma costituisce il binario lungo il quale si svolge l'azione pervasiva ed ordinante della totalità.

Come cerniera dell'ordine 'totale' la 'rappresentanza' pone in relazione grandezze 'oggettive': non ha a che fare con il mondo della soggettività, che è comunque presente nel campo semantico 'totalitario' grazie ad altre associazioni simboliche, che svolgono un ruolo altrettanto essenziale nella sua complessiva strutturazione. Lo Stato, come movimento della totalità, non è affatto soltanto una forza oggettiva: è il riferimento esteriorizzato e visibile di una coscienza individuale e collettiva che lo fonda, lo crea, lo riconosce.

¹⁰⁶ Ivi, pp. 21-23.

L'idea dello Stato come vera e profonda realtà del soggetto proviene (anch'essa) da lontano e approda al fascismo principalmente attraverso la fondamentale mediazione gentiliana. Non si creda però che gli innumerevoli enunciati che nella cultura giuridica ruotano intorno alla dimensione 'etica' dello Stato, al 'riconoscimento' dello Stato, al nesso fra Stato e soggetto siano la testimonianza di un'incontrastata egemonia gentiliana. Gentile (e i teorici del diritto gentiliani) offrono semplicemente l'elaborazione più ampia, articolata, filosoficamente consapevole e sorvegliata di un'immagine del rapporto fra coscienza individuale e Stato, fra consenso e forza, fra riconoscimento e obbedienza che circola in forme variamente spurie, eclettiche, 'contaminate' in tutta la cultura giuridica degli anni Venti e Trenta e costituisce uno degli assi che intersecano il campo semantico 'totalitario'.

L'impostazione gentiliana è sicuramente la più nitida e significativa e viene messa a punto, nei suoi tratti essenziali, ben prima dell'avvento del fascismo. Essenziale (e continuamente evocato e variamente banalizzato) è lo spostamento d'accento dall'interno all'esterno, il passaggio dalla società *inter homines* alla società *in interiore homine*. La società non è primariamente un rapporto estrinseco fra soggetti: non nasce nel momento in cui Robinson incontra Venerdì, ma quando egli nega il proprio nemico interno, «la bassa cupidigia, l'inclinazione egoistica e irrazionale che ogni vigile coscienza sorprende ad ora ad ora nel suo proprio fondo, e che si sforza quivi stesso di reprimere e sottomettere alla finalità superiori»¹⁰⁷.

Certo, la società implica «una volontà superiore che disciplini le volontà associate unificandole in una legge comune», il diritto non può prescindere dalla coazione, dalla forza che impone l'osservanza delle regole. Ha luogo però anche nel processo politico-sociale un fenomeno riscontrabile nel microcosmo dell'educazione: la forza, che sembra comprimere l'uomo dall'esterno, assume un valore liberatorio non appena egli la scopre come la regola profonda del suo stesso esistere. Educazione significa appunto, in senso speculativo, passaggio dall'esteriorità all'interiorità e come tale essa non riguarda solo il fanciullo ma coinvolge ogni essere umano: l'educazione, come apprendimento del passaggio dall'esterno all'interno, come scoperta della propria volontà profonda, coincide con la vita spirituale, che è lotta contro i particolarismi e gli egoismi, è «appropriazione e interiorizzazione delle forze esterne», capaci di agire solo in quanto divenute forze proprie del soggetto¹⁰⁸. La

¹⁰⁷ G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto* (1916), [Opere complete, IX] Sansoni, Firenze 1955, p.68.

¹⁰⁸ Ivi, pp. 83-85.

dialettica del volere e del voluto è un inesauribile processo nel quale l'individuo si sottomette ad una volontà 'esterna', oggettivata, proprio perché la riconduce ad un volere in atto, la scopre come il suo stesso «essere realizzato»¹⁰⁹.

Se dunque il problema etico-politico di fondo è, per il soggetto, superare le egoistiche, 'individualistiche', inclinazioni (il 'nemico interno') e scoprire la sua profonda vocazione alla totalità, si comprende come la guerra – la Grande Guerra – appaia anche a Gentile (come a tanti suoi contemporanei¹¹⁰) la grande occasione per una rigenerazione morale e politica dell'Italia. La guerra è «un atto assoluto», «il vero atto assoluto di ognuno di noi: è la sola cosa che si possa fare, perché la sola che realmente si faccia nel mondo»¹¹¹. Per quanto terribile e in se stessa sperpero di ricchezze spirituali e materiali, la guerra si impone come un destino che richiede l'*unum sentire* di ogni cittadino: la nazione si trova al fondo della coscienza di ogni cittadino e vive della concorde volontà di tutti. Superare il particolaristico 'nemico interno', fare il proprio dovere, significa quindi lasciare che «*provideant consules...* cementando con disciplina ferrea [la] compattezza spirituale della nazione...»¹¹².

La nazione non è, come vogliono i Rocco e i Corradini, una realtà naturale, ma «una coscienza, un bisogno interiore, un processo morale, un atto insomma di vita»: «la nazione non c'è, se non in quanto si fa»¹¹³. La nazione è il frutto della tensione morale, della disponibilità al sacrificio, della lotta contro il 'male' (l'affermazione dell'individualità come tale, del suo 'particolarismo') di tutti i soggetti; è una realtà che emerge con le sue perentorie e indilazionabili esigenze nel momento della crisi 'suprema', nella guerra, ma continua ad esigere, anche nella ordinaria quotidianità, la continua dedizione di ciascuno: la nuova Italia, per Gentile, presuppone appunto l'impegno etico-politico dei cittadini, la conferma di quella disponibilità al sacrificio dimostrata negli anni della guerra, la vittoria della concordia sulle divisioni.

L'Italia della guerra non è una parentesi che si può chiudere al più presto per tornare allo sfrenarsi dei bisogni e al primato dei diritti individuali¹¹⁴. La guerra è al contrario il momento inaugurale di un'Italia nuova, il concorde ed omogeneo riconoscersi di un popolo in uno Stato che ne esprime la profonda ed unitaria volontà:

¹⁰⁹ Ivi, p.92.

¹¹⁰ Resta un fondamentale punto di riferimento M. Isnenghi, *Il mito della grande guerra*, Laterza, Roma-Bari 1973.

¹¹¹ G. Gentile, *Filosofia della guerra* (1914), in G. Gentile, *Frammenti politici*, Ricciardi, Napoli 1919, p.14.

¹¹² G. Gentile, *Disciplina nazionale* (1919), in op. ult. cit. pp. 26-30.

¹¹³ G. Gentile, *Nazione e nazionalismo* (1917). in op. ult. cit., pp. 50-52.

¹¹⁴ G. Gentile, *La crisi morale* (1919), G. Gentile, *Dopo la vittoria. Nuovi frammenti politici*, La Voce, Roma 1920, pp. 74-75.

la cifra dell'ordine sociale «consiste appunto nel superare il dualismo della volontà individuale e della volontà collettiva» ritrovandosi uniti nella «volontà comune che è lo Stato»¹¹⁵. Lo Stato storicamente esistente, lo Stato italiano così come si è venuto costituendo a partire dal Risorgimento, è una realtà solo apparentemente 'esterna': per essere capito nella sua vera essenza esso deve essere continuamente ricondotto al soggetto, riconosciuto da questi come sua forza propria, così come i soggetti, per realizzare se stessi, devono trascendere le divisioni particolaristiche e il conflitto degli interessi riconoscendosi e ritrovandosi nella superiore unità dello Stato.

La nazione gentiliana non è la 'naturalistica' nazione dei nazionalisti e profondamente diversi sono i rispettivi presupposti e stili discorsivi. Ciò non toglie però che siano presenti, anche entro quel movimento 'nazionalista' che costituisce uno dei principali affluenti del bacino fascista, non soltanto la polemica antiedonistica, antiutilitaristica, antiindividualistica, la celebrazione del necessario sacrificio del soggetto a vantaggio di una nazione irriducibile alla somma dei suoi componenti, ma anche l'immagine dello Stato come realizzazione della 'vera', profonda realtà del soggetto, il senso di un nesso forte e diretto fra 'coscienza' individuale e Stato¹¹⁶.

La dimensione etica dello Stato va di pari passo con la disposizione oblativa e sacrificale del soggetto ed entrambi sono il necessario supporto della potenza sovrana. Per il gentiliano Maggiore, la crisi di legittimità della classe politica liberale coincide proprio con la decisione di «dispensare la felicità ai sudditi, invece che affermare su di loro la sua autorità. Lo Stato non è un'azienda cooperativa, che debba rendere il massimo degli utili agli associati, ma è una legge morale che deve adempiersi, occorrendo, col sacrificio della felicità dei soggetti»¹¹⁷. Eticità e potenza dello Stato si sorreggono a vicenda perché la forza coattiva è gentilianamente uno strumento di quell'ininterrotto processo educativo che induce il soggetto a scoprire, *in interiore homine*, il superamento del particolarismo e il riconoscimento dell'autorità. Interiorizzazione dello Stato, sacrificio dell'individuo particolaristico – l'affermazione irrelata ed 'anarchica' del soggetto e dei suoi diritti – e sviluppo di una potenza sovrana che non scende a patti con i sudditi ma li governa in vista delle proprie finalità etico-storiche sono aspetti complementari della medesima realtà.

¹¹⁵ G. Gentile, *Le due democrazie* (1915), in op. ult. cit., p.112.

¹¹⁶ A. Pagano, *Idealismo e nazionalismo* (1913), in A. Pagano, *Idealismo e nazionalismo*, Treves, Milano 1928, pp. 36-37.

¹¹⁷ G. Maggiore, *Che è la borghesia?*, Il Solco, Città di Castello 1921, p.35.

L'eticità e la potenza dello Stato trascendono la sua valenza strettamente giuridica anche se non la azzerano necessariamente. Quando nel '21 Panunzio riflette sullo 'Stato di diritto' è ancora una sua preoccupazione quella di comporre in qualche modo Kant con Hegel, lo 'Stato di diritto' con lo 'Stato etico'. E' possibile comunque per Panunzio parlare di 'Stato di diritto', purché sia chiaro che la dimensione giuridico-garantistica copre soltanto un momento e un aspetto della vita dello Stato: si riferisce alla sfera della semplice coesistenza 'contrattuale' degli individui e non va al di là di una visione statica della statualità. Il diritto (e lo 'Stato di diritto') ha due fondamentali limitazioni: concerne solo il presente, non ha la capacità di reggere il movimento storico, di guidarlo, di indirizzarlo e non vale per tutti i casi della vita, ma solo per l'ordinaria e tranquilla quotidianità. La vita non è però solo pacifica coesistenza e si spinge spesso a chiedere la «dedizione totale» «degli individui al tutto etico». Scoppia il caso di eccezione, di cui l'esempio emblematico è la guerra: non serve allora «la logica 'ordinaria'» dello Stato, «ogni criterio giuridico è superato» e chi si assume la responsabilità del momento supremo è l'Eroe, la personalità eccezionale che interpreta le esigenze 'profonde' della nazione «al di sopra di ogni limite e criterio giuridico». Cessa lo 'Stato di diritto' e subentra lo 'Stato etico', «come ente storico e come persona a sé e per sé, che è lo Spirito stesso»¹¹⁸. Ancora una volta, il momento di eccezione – la guerra – mette in luce la profonda dimensione sacrificale dell'individuo e la necessità di un collegamento (non più giuridicamente mediato) dei soggetti con lo Stato, la cui potenza storicamente preveggenza fa tutt'uno con il suo afflato etico.

Lo 'Stato di diritto' è quindi il momento statico e formale che, lungi dall'esaurire la realtà dello Stato, ne costituisce solo una prima e parziale manifestazione: nella sua essenza lo Stato viene colto soltanto da chi vada oltre lo Stato-persona giuridica e scopra lo Stato come «individuo storico vivente», come «persona morale». Nella sua dimensione etica lo Stato è azione, dinamismo, proiezione verso il futuro: in quanto compimento della volontà 'profonda' dei soggetti, espressione della coscienza nazionale, lo Stato non può limitarsi ad assicurare il kantiano contemperamento delle libertà (private), ma decide del destino della comunità nazionale¹¹⁹.

¹¹⁸ S. Panunzio, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 156-159

¹¹⁹ Cfr. U. Redanò, *Lo Stato etico*, Vallecchi, Firenze 1927. Cfr. anche la recensione di C. Curcio, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VII, 1928, pp. 102-104. Cfr. anche U. Redanò, *Lezioni di dottrina generale dello Stato. Parte generale*, Signorelli, Roma 1929.

Per intendere lo Stato occorre quindi superare due impostazioni parziali e insufficienti, l'«individualismo» e l'«universalismo»: l'individualismo, profondamente impresso nella tradizione giuridica liberale e nella coscienza comune, che crede di esaltare l'assoluta libertà del soggetto mentre poi inciampa nel limite, entro la sua prospettiva insuperabile, dell'alterità (e dello Stato come 'altro' ostile ed avverso); l'universalismo, che concepisce l'autorità (quale che sia il fondamento, umano o divino, ad essa attribuito) come una «forza che disciplina l'attività umana senza che incontri e susciti l'adesione» dei soggetti e la riduce quindi ad un insieme di «mere forze fisiche» che premono ciecamente su di noi¹²⁰. Protagonisti del processo storico-politico non sono l'individuo empirico della tradizione individualistica, la persona dei giuristi, l'astratto centro di imputazione di immutabili diritti e di doveri, e nemmeno lo Stato «Leviatano», oggettiva e astratta universalità, ma il soggetto che abbraccia ogni individualità, scopre se stesso come «autocoscienza», «supera la sua immediatezza» e «conosce la sua essenza»¹²¹. È allora che l'individuo si eleva «allo Stato per celebrare la sua umanità»¹²² e vede nello Stato non il mostro biblico, ma «lo Stato dell'individuo, perché è esso stesso soggettività assoluta»¹²³. In quanto «organizzazione totale della vita umana nella concreta forma dell'*ethos*, lo Stato non si presta quindi, come vorrebbe Panunzio, ad essere distinto in 'Stato di diritto' e in 'Stato etico': lo Stato è interamente etico, nel senso che l'intero processo di costituzione della sovranità «si fonda nel soggetto in quanto divenga cittadino», in quanto coglie in se stesso, *in interiore homine*, la radice dello Stato¹²⁴.

Superiore al diritto, proteso verso il futuro, fondato sulla realtà 'profonda' del soggetto, lo 'Stato etico' (quale che sia il rapporto che esso intrattiene con la sfera giuridica) appare comunque un momento essenziale nella rappresentazione di una totalità che, se per un verso viene descritta come il movimento 'oggettivo' di una società istituzionalmente ordinata, per un altro verso presuppone il riconoscimento 'soggettivo' dell'autorità. L'avvento stesso dello Stato fascista, l'instaurazione della nuova autorità, implica per Gentile l'intervento di un potente fattore 'soggettivo',

¹²⁰ F. Battaglia, *Dall'individuo allo Stato* (1932), in F. Battaglia, *Scritti di teoria dello Stato*, Giuffrè, Milano 1939, p. 56. Su Battaglia cfr. A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974, *passim*.

¹²¹ F. Battaglia, *Dall'individuo allo Stato*, cit., pp. 48-51.

¹²² Ivi, p.59.

¹²³ Ivi, p.63.

¹²⁴ F. Battaglia, *La concezione speculativa dello Stato* (1935), in F. Battaglia, *Scritti*, cit., pp. 164-65. Cfr. anche per analoghe considerazioni ad es. A. Volpicelli, *Lo Stato e l'etica. Nuove osservazioni polemiche*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», IV, 1931, pp. 163-75; G. Gentile, *Il concetto dello Stato in Hegel*, in op. ult. cit., pp. 321-32.

che agisce al fondo di tutta la storia d'Italia. Mazzini, Gioberti, la Destra storica, la Sinistra, Giolitti sono figure di un gioco dove Stato e individuo si implicano a vicenda ma spesso e volentieri si mostrano incapaci di riconoscersi reciprocamente nella loro effettiva e profonda realtà. Il forte senso dell'autorità caratteristico degli uomini della Destra è messo in scacco da un individuo che non riesce ad immedesimarsi nella vita dello Stato e sente la legge come un vincolo soffocante; da ciò una lunga china discendente, l'avvento della sinistra, la degenerazione democratico-parlamentare, il materialismo dei bisogni e il particolarismo dei diritti¹²⁵.

Il fascismo è appunto il rifiuto di rassegnarsi ad una dissoluzione che investe, necessariamente insieme, lo Stato e l'individuo. Le «squadre d'azione» con il loro comportamento illegale e violento «sono la forza di uno Stato virtuale che tende a realizzarsi e per realizzare un regime superiore trasgrediscono la legge regolatrice del regime che si vuol rovesciare perché impari all'essenza dello Stato nazionale a cui aspira»¹²⁶. L'instaurazione (o ricreazione) del 'vero' Stato procede attraverso l'azione di soggetti che, vittoriosi della lotta contro il 'nemico interno' – il particolarismo, l'individualismo –, esteriorizzano la lotta, la estendono al 'nemico esterno' – l'eterogeneità dei punti di vista e delle azioni irriducibilmente divergenti, l'ostinato rifiuto dell'*unum sentire* – introducono con l'uso 'pedagogico' della violenza l'omogeneità e la concordia, trovano infine nello Stato rinnovato il coronamento della loro azione¹²⁷.

Avverso ad ogni dualismo – fra pensiero e azione, fra Stato e individuo – il fascismo esprime un pensiero «totalitario»¹²⁸; ed asse portante del movimento 'totalitario' è appunto la reciproca immedesimazione di Stato e individuo, «termini inseparabili d'una sintesi necessaria». L'essenza dello Stato fascista è il fatto che «la sua formazione è formazione della coscienza dei singoli, e cioè della massa, nella cui potenza la sua potenza consiste»¹²⁹.

Il rapporto con le masse, affidato a congegni istituzionali che 'oggettivamente' organizzano la popolazione e la subordinano alle direttive dell'autorità, si completa e si rafforza, sul versante della 'soggettività', insistendo sull'afflato etico dello Stato

¹²⁵ G. Gentile, *Origini e dottrina del fascismo* (1928), Libreria del Littorio, Roma 1929, pp. 12 sgg.

¹²⁶ Ivi, p.33.

¹²⁷ Sull'uso pedagogico della violenza cfr. anche S. Panunzio, *Diritto, forza e violenza. Lineamenti di una teoria della violenza*, Cappelli, Bologna 1921, p.209.

¹²⁸ G. Gentile, *Origini e dottrina*, cit., pp. 35 sgg.

¹²⁹ Ivi, p.48.

e sul tema del 'riconoscimento', sulla necessità di una convinta, profonda adesione dei soggetti allo Stato. La teoria dello Stato 'in interiore homine' non resta una formula 'soltanto' filosofica, ma investe anche il processo 'empirico' di formazione del consenso ed esige la predisposizione di un apposito apparato istituzionale. Proprio perché fondato sul 'riconoscimento' lo Stato fascista ha bisogno «del Partito e di tutte le istituzioni di propaganda e di educazione» che permettano di «ottenere che il pensiero e la volontà di uno che è Duce diventino il pensiero e la volontà della massa»¹³⁰.

Lo Stato etico – osserva il filosofo Rensi nel '26, avendo ormai superato, nel caleidoscopico avvicinarsi delle sue posizioni, una precedente fase di celebrazione della restaurazione autoritaria del fascismo – è lo Stato «che ha la missione di far penetrare nelle coscienze l'eticità...che vuol dare alle generazioni una 'forma mentis', quella che corrisponde alla ragione o spirito in sé»; la ragione o spirito 'in sé' è però singolarmente fatta coincidere con la ragione di «coloro che lo propugnano» – e Gentile presenterà infatti nel '28 la rivoluzione fascista, come abbiamo veduto, come il risultato dell'azione formalmente illegale ma profondamente 'statuale' di una minoranza che, vittoriosa nella lotta contro il nemico interno ed esterno, ritrova in sé e ricrea fuori di sé il 'vero' ordine statale. È appunto la tesi della coincidenza della ragione dei 'pochi' con la ragione 'in sé' che per Rensi evoca lo spettro del giacobinismo: lo Stato etico, lo Stato che come tale si vuole contrapporre allo «Stato 'agnostico'» «è *nient'altro che lo Stato giacobino*». La distanza del fascismo dalla rivoluzione francese è quindi più apparente che effettiva, dal momento che l'intervento decisivo e immediato delle 'minoranze' rivoluzionarie in nome della 'vera' autorità e la tesi della necessaria riconduzione dell'individuo alla totalità (della nazione, del popolo, dello Stato) sono tratti di un atteggiamento (per Rensi) originariamente rousseauviano-giacobino¹³¹.

Non basta comunque l'acuta connessione 'genealogica' instaurata dall'eccentrico Rensi fra 'giacobinismo' e 'Stato etico' a contrastare il successo di uno schema teorico che offre la possibilità di ricondurre 'necessariamente' i soggetti (non gli individui 'empirici', ma la 'vera', 'profonda', autocosciente soggettività) al 'riconoscimento' dell'autorità: un riconoscimento che, se trova il suo fondamento

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ G. Rensi, *Autorità e libertà*, Libreria Politica Moderna, Roma 1926, pp. 56-57. Su Rensi cfr. E. Garin, *Cronache di filosofia italiana 1900-1943*, Laterza, Roma-Bari 1975, vol. II, *passim*; A. Santucci, *Un irregolare: Giuseppe Rensi*, in O. Pompeo Faracovi (a cura di), *Tendenze della filosofia italiana*, cit., pp. 201-239; R. Chiarenza, N. Emery, M. Novaro, S. Verdino (a cura di), *L'inquieto esistere*, EffeEmmeEnne, Genova 1993.

speculativo nell'immagine di un soggetto profondamente vocato alla statualità, si traduce e si concretizza in un'inedita attenzione ai processi di formazione del consenso, in un'organizzazione capillare delle istituzioni a ciò deputate, insomma in un'imponente azione di rafforzamento di quel 'sentimento dello Stato' che deve essere la quotidiana e tangibile espressione della speculativa e autocosciente vocazione 'universalistica' dei soggetti.

Sul 'sentimento dello Stato' si diffonde Panunzio, assumendolo come una condizione imprescindibile dell'ordine fascista. La crisi del dopoguerra è per Panunzio una crisi del 'sentimento dello Stato': non tanto collassano le strutture e la forza materiale dello Stato, quanto viene meno il consenso nei suoi confronti; lo Stato liberale è separato dalle masse e le masse sono polverizzate in una molteplicità di individui fra loro configgenti; la guerra fa intravedere la possibilità di un'alternativa in una nuova, disciplinata concordia nazionale, che viene però frustrata dalla rinnovata conflittualità del dopoguerra: è in questo scenario di crisi che irrompe il fascismo ritrovando lo smarrito nesso fra Stato e masse, instaurando la concordia, inaugurando l'epoca dei doveri e della solidarietà, celebrando appunto «il sentimento dello Stato»¹³².

Siamo di fronte allo schema narrativo abitualmente impiegato dalla pubblicistica fascista per dar conto della genesi e della legittimità storica del nuovo regime: ciò che emerge con forza nella versione panunziana è però l'importanza attribuita al momento soggettivo, al ruolo del consenso e della fede comune, che si aggiunge, come indispensabile forza coesiva e propulsiva, alla rete di istituzioni che (ad esempio per Rocco, cui Panunzio si riferisce polemicamente) devono, *ex alto*, organizzare e controllare le masse¹³³. Non bastano i congegni istituzionali: le masse devono sentirsi legate allo Stato da un sentimento di appartenenza esclusiva analogo a quello che prova il fedele nei confronti della sua Chiesa, devono sentirsi strette ad esso da vincoli dotati della medesima forza emotiva e coinvolgente, della medesima assolutezza: il «sentimento dello Stato» è un senso di appartenenza ecclesiale e come tale è una componente essenziale della «totalitarità». «La *totalitarità* è una conseguenza diretta ed immediata della ecclesiasticità. Chi ha una fede e crea con questa lo Stato, impone a tutto e a tutti questa fede...»¹³⁴. Fra le molte forme e forze cooperanti nel rendere infrangibile l'unione fra le masse e lo Stato (analizzate a più riprese da Panunzio nella sua copiosa produzione e presentate conclusivamente nella

¹³² S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, cit., pp. 27 sgg.

¹³³ Ivi, pp. 145 sgg.

¹³⁴ Ivi, pp. 239-40.

sua *Teoria generale*) il 'sentimento dello Stato', il senso di una forte omogeneità «spirituale ed ideale», appare una delle più significative. Lo Stato fascista è uno «Stato ecclesiastico»¹³⁵, fondato sull'*unum sentire* delle masse, sull'adesione 'profonda' del soggetto, su una fede che, come ogni fede, deve sostanziarsi in convincimenti forti ed incrollabili, deve essere combattiva, militante, rafforzata da precise e solenni ritualità.

Il campo semantico totalitario si spartisce equamente fra 'soggetto' e 'oggetto', si compone di espressioni che richiamano la fitta trama delle istituzioni in cui si articola la società e lo Stato fascista e di lemmi che sottolineano il momento della legittimità, del convincimento collettivo, dell'adesione emotiva, della fede comune. In entrambi i casi la metafora di riferimento (una metafora che potremmo dire, mutuando abusivamente l'espressione da tutt'altro contesto, 'ossessiva') o, se si preferisce, il mito di fondazione è la condanna delle diversità ed il trionfo dell'omogeneità.

6. 'Stato totalitario' e 'partito'

Lo Stato totalitario è tale in quanto riconduce a se stesso la società attraverso una rete di istituzioni che assicurano il minuzioso controllo della sua dinamica, ma è tale anche in quanto presuppone una fede politica e un sistema di valori nei quali le masse possano compattamente riconoscersi. Vengono quindi attratti nel campo semantico 'totalitario' forme istituzionali e organizzative molto diverse fra loro, ma riconducibili a vario titolo all'immagine (continuamente reiterata nella pubblicistica del regime) della titanica *reductio ad unum* di cui il fascismo intende farsi carico.

Appare fondamentale in questa prospettiva il nesso che viene ad instaurarsi fra Stato e partito. Il problema è difficile e tormentato e pone, a partire dalla cosiddetta costituzionalizzazione del Gran Consiglio, delicati problemi di carattere costituzionale sui quali si affaticano, sostenendo posizioni anche sensibilmente difformi, i giuristi del regime¹³⁶: sono in gioco, per un verso, il problema della natura giuridica del partito fascista (volta a volta definito come organo dello Stato, come persona giuridica pubblica, come persona giuridica privata, come ente parastatale ecc.), mentre, per un altro verso, emerge sullo sfondo la questione della caratterizzazione della forma di governo fascista e del rapporto fra re e capo del

¹³⁵ S. Panunzio, *Teoria generale*, cit., pp. 59-60.

¹³⁶ Una precisa ed esauriente analisi in P. Pombeni, *Demagogia e tirannide*, cit., pp. 327 sgg.

governo. Più che i precisi profili giuridico-costituzionali (sui quali è impossibile diffondersi in questa sede) incidono però sulla strutturazione del campo semantico 'totalitario' enunciati che valgono non tanto come segno di divisioni all'interno della pubblicistica fascista quanto come espressione di strategie retoriche abbastanza diffuse e condivise.

Si discute accanitamente sulla natura giuridica del partito e sulla forma di governo e tuttavia si tributa il dovuto omaggio all'insostituibile ruolo del partito nella genesi e nello sviluppo della rivoluzione fascista. Perché ciò sia possibile occorre comunque mantenere un qualche equilibrio fra Stato e partito, senza trasformare l'idea della centralità dello Stato (che costituisce d'altronde per tutti un 'dogma' indiscutibile) nella tesi della sua sostanziale autosufficienza. E' a quest'ultima soluzione che inclina invece Ranelletti, che non manca coerentemente di svolgere anche su questo delicato terreno la parte del campione della 'continuità', il teorico dell'indolore applicabilità delle categorie giuridiche della giuspubblicistica prefascista al nuovo contesto politico-istituzionale.

Ranelletti riconosce la rottura indotta dall'avvento del partito unico nel sistema pluripartitico dell'Italia prefascista ed è persino disposto ad etichettare come 'totalitario' «il divieto di costituzione di ogni altro partito». L'uso del lessico 'totalitario' si arresta peraltro a questa soglia, indubbiamente piuttosto bassa rispetto alle più altisonanti, e più diffuse, inclinazioni linguistiche e retoriche: 'totalitario' in questo caso indica semplicemente (come nelle prime testimonianze lessicali del termine, di parte antifascista) tutto ciò che interrompe il modello costituzionale tradizionalmente consolidato¹³⁷. Il prosieguo dell'argomentazione è tesa a dimostrare che il partito non è persona giuridica, non è organo dello Stato, non è in definitiva un elemento determinante per la caratterizzazione dello Stato fascista. Resta quindi confermata ancora una volta, ed esplicitamente enunciata, la tesi secondo la quale «la dottrina italiana può mantenere fermi i concetti e i principi, cui era pervenuta, sulla nozione dello Stato», sulla sua potestà d'impero, sul suo rapporto con il popolo: lo Stato è (secondo la 'classica' enunciazione della giuspubblicistica) l'incarnazione istituzionale del popolo e nessun elemento può proporsi come strumento indispensabile del suo dominio o come limite invalicabile della sua azione; è lo Stato come tale (insieme alle istituzioni che da esso direttamente dipendono) che realizza l'interesse generale e l'armonia sociale senza che debbano

¹³⁷ O. Ranelletti, *Il partito nazionale fascista nello Stato italiano*, in «Rivista di diritto pubblico», XXVIII, 1936, p.16. Cfr. P. Pombeni, *Demagogia e tirannide*, cit., p. 388.

intervenire altre forze ad esso non riconducibili¹³⁸. Di fronte a questa 'estrema' rivendicazione di 'tradizionalismo'¹³⁹ è comprensibile la reazione di Costamagna, che in due riprese¹⁴⁰ accusa, nel merito, il suo interlocutore di aver posto 'fuori' dallo Stato il partito, di avere cioè frainteso l'importanza del nesso Stato-partito, e, nel metodo, di ignorare la specificità dello Stato fascista riconducendolo ad un tipo 'eterno' di Stato, per l'appunto lo Stato teorizzato dalla giuspubblicistica prefascista¹⁴¹.

Il rapporto fra Stato e partito, per quanto variamente interpretato, non può risolversi nell'esaltazione esclusiva ed unilaterale del primo termine. Per Panunzio occorre impostare il rapporto Stato-partito tenendo presenti i due diversi profili del fenomeno, l'aspetto tecnico-giuridico (statico) e l'aspetto storico-politico (dinamico). Da un punto di vista dinamico (e genetico) è il partito che, come forza propulsiva e rivoluzionaria, ha rifondato lo Stato, mentre, da un punto di vista rigorosamente giuridico, esso è soltanto una componente interna od organo della compagine istituzionale dello Stato. Occorre comunque guardarsi dal dedurre dalla posizione eminente dello Stato la conseguenza di uno svuotamento del ruolo del partito, come se quest'ultimo fosse ormai completamente assorbito dallo Stato, come se la funzione del partito si fosse esaurita nel processo di rifondazione dello Stato stesso. Restano diverse e tutte egualmente essenziali le caratteristiche e le funzioni del partito e dello Stato. Nel Gran Consiglio (e per esso nel regime) Stato e partito trovano un decisivo punto di confluenza; la loro interazione però è più ricca e complessa di quanto l'analisi giuridico-formale possa mostrare e si riassume per Panunzio in questa formula: «il Partito crea lo Stato, e lo Stato, creato dal Partito, si asside, a sua volta, sul Partito»¹⁴².

Quale che sia la rappresentazione della natura giuridica del partito, il suo ruolo appare essenziale come volano del processo di sussunzione della società nello Stato o, se si preferisce, come strumento di unificazione e di organizzazione politico-statuale della società. Questo ruolo per Panunzio si estrinseca in due direzioni principali: in primo luogo il partito permette allo Stato fascista di assolvere fino in

¹³⁸ O. Ranalletti, *Il partito nazionale fascista*, pp. 27-28.

¹³⁹ Anche Liuzzi aveva d'altronde negato la plausibilità giuridica dello Stato-partito: cfr. P. Pombeni, *Demagogia e tirannide*, cit., pp. 338 sgg.

¹⁴⁰ C. Costamagna, *Il partito nazionale fascista fuori dello Stato*, in «Lo Stato», VII, 1936, pp. 101-103 (cui risponde con una breve nota Ranalletti in «Rivista di diritto pubblico», XXVIII, 1936, p. 202, mentre Costamagna ribadisce la sua critica in *Ancora sul tema 'Stato e partito' (per il prof. O. Ranalletti)*, in «Lo Stato», VII, 1936, pp. 368-71.

¹⁴¹ C. Costamagna, *Ancora sul tema*, cit., pp. 308-309.

¹⁴² S. Panunzio, *Il Partito (1930)*, in S. Panunzio, *Rivoluzione e Costituzione (Problemi costituzionali della Rivoluzione)*, Treves, Milano 1933, pp. 178-79.

fondo la sua missione nazionale, ponendosi come cinghia di trasmissione fra lo Stato e l'intera società, impedendo che l'una o l'altra classe si impadronisca delle istituzioni e le pieghi ai propri fini; in secondo luogo, il Partito «è il grande titolare dell'educazione nazionale», influente nello stimolare e nel coordinare quella rete capillare di istituzioni (dalla Milizia ai Fasci femminili, al Dopolavoro ecc.) che svolge già un'essenziale funzione unificante, ma ha bisogno di uno stimolo e di un controllo 'esterni' per muoversi ordinatamente incontro allo Stato; in terzo luogo, il partito svolge un'importante funzione di preparazione dei quadri, di selezione e di istruzione della classe dirigente, agendo come «la Grande Scuola formatrice e preparatrice degli uomini che devono dirigere lo Stato»¹⁴³.

È in sostanza in una continua variazione di questi temi che la pubblicistica fascista si esercita nel momento in cui lascia sullo sfondo il problema tecnico-giuridico della natura del partito per dedicarsi a distillare i succhi 'totalitari' che il nesso Stato-partito può sprigionare. Questo rapporto può essere valorizzato tanto insistendo sul carattere oggettivo ed istituzionale della mediazione partitica quanto declinando i temi della soggettività e della fondazione etica dell'ordine politico. Il partito può essere presentato come lo snodo di un processo che muove dal soggetto (lo Stato *in interiore homine*) e permette il superamento degli interessi particolaristici attingendo all'universalità dello Stato¹⁴⁴; oppure come uno Stato *in fieri*, uno Stato virtuale¹⁴⁵, una forza che si è dimostrata storicamente capace di rifondare lo Stato, di creare il 'vero' Stato liberando il suo nucleo vitale dalle degenerazioni democratico-parlamentari.

Ponte fra Stato e società, il partito, per un verso, è la spina dorsale di un assetto gerarchico che dal vertice raggiunge la base, mentre, per un altro verso, è veicolo di integrazione, tramite di un movimento 'ascendente' e centripeto¹⁴⁶. Lo Stato è la struttura formale che deve essere rivitalizzata da un partito che si propone come il vigile custode della rivoluzione¹⁴⁷. Enfatizzando il Gran Consiglio come punto di incontro fra partito e Stato e sorvolando sui più spinosi e controversi particolari tecnico-costituzionali, è possibile volta a volta celebrare l'apporto dinamico dello

¹⁴³ Ivi, pp. 180-81.

¹⁴⁴ G. Chiarelli, *Il Partito nello Stato fascista*, in O. Fantini (a cura di), *Il partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, Ed. Italiana di Attualità, Roma 1931, p.55.

¹⁴⁵ A.C. Jemolo, *Intorno alla nozione giuridica del P.N.F.*, in op. ult. cit., p.107; G. Gentile, *Il Partito e lo Stato*, in op. ult. cit., p.99.

¹⁴⁶ C. Costamagna, *I principi generali della dottrina fascista dello Stato*, in op. ult. cit., pp. 68-69.

¹⁴⁷ E. Groppallo, *Il partito unico*, in «Il diritto del lavoro», IX, 1935, pp. 265 sgg.

Stato o la solidità statica dell'apparato statale e in ogni caso muoversi all'interno di una retorica 'totalitaria' che fa del nesso Stato-partito un asse fondamentale.

Per Perticone lo Stato-partito è una nozione che solo superficialmente si può contrapporre allo Stato di diritto. Il diritto infatti, inteso come «volontà legislatrice in atto», è sempre volontà tipica, volontà praticamente determinata, quindi «volontà di 'partito'». «Il partito, che unifica e sintetizza la realtà storica di un paese e di un popolo...è dunque da questo punto di vista, come partito di governo, lo Stato stesso»¹⁴⁸. Il partito deve essere quindi concepito come un momento di quel vasto processo di unificazione del molteplice che coincide con la fondazione stessa dell'ordine. Il partito raccoglie e unifica le volontà individuali e opera non già come una setta, come un movimento circoscritto e particolaristico, ma come il portatore di un «programma di vita» che investe ogni aspetto della società; «la sua portata» è «totalitaria», la sua volontà sottomette e assorbe «ogni altra volontà» e si propone appunto come volontà di un movimento «che è, o tende a essere Stato»¹⁴⁹.

La centralità del partito (o del sistema dei partiti) e la vocazione totalitaria di ciascun partito in lotta con ciascun altro sono d'altronde aspetti di un fenomeno che in Germania tanto Schmitt quanto Leibholz avevano ampiamente tematizzato e indicato come un tratto tipico della moderna democrazia di massa¹⁵⁰. Ricollegandosi a questa linea interpretativa non è quindi difficile presentare la vocazione 'totalitaria' del partito fascista (o anche nazionalsocialista o sovietico) come un segno dei tempi: il nesso Stato-partito che costituisce un tratto tipico del regime fascista è la chiara esplicitazione e sistemazione di quella crescente rilevanza costituzionale che il partito non può non assumere nella società di massa, venendo a svolgere, in particolare entro l'originale cornice istituzionale del fascismo, un doppio ruolo, di raccordo fra società e Stato, per un verso, ma anche, per un altro verso, di cerniera del tessuto sindacal-corporativo¹⁵¹.

Collocato sull'asse portante del campo semantico 'totalitario' – il movimento di sussunzione della società nello Stato – il partito svolge un ruolo-chiave prima spiegando e legittimando la genesi dello Stato fascista, poi mantenendo forte e vitale

¹⁴⁸ G. Perticone, *La concezione speculativa dell'attività giuridica, II, Regime politico e ordine giuridico*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Roma 1936, pp. 37-38.

¹⁴⁹ Ivi, pp. 39-41.

¹⁵⁰ Sul problema dei partiti politici cfr. il fondamentale contributo di P. Pombeni, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea (1830-1968)*, Il Mulino, Bologna 1985; F. Grassi Orsini, G. Quagliariello (a cura di), *Il partito politico dalla grande guerra al fascismo: crisi della rappresentanza e riforma dello Stato nell'età dei sistemi politici di massa, 1918-1925*, Il Mulino, Bologna 1996.

¹⁵¹ Cfr. V. Zangara, *Il Partito e lo Stato*, Studio Editoriale Moderno, Catania 1935; V. Zangara, *Il partito unico*, cit.

il rapporto fra Stato e società, infine agendo nella società in molteplici direzioni, organizzando il consenso, agendo come forza unificante, operando come scuola di educazione e formazione di élites. Il partito fascista nasce come partito rivoluzionario e proprio per questo necessariamente totalitario, Stato in formazione, Stato-partito *in nuce*: dello Stato esso mostra fin dalle sue origini una caratteristica essenziale, la propensione all'uso della forza, che si esplica nella formazione delle squadre di azione e poi della Milizia. Stato e guerra, partito e guerra sono intimamente uniti e convergono nella necessità di organizzare e rendere pubblica la violenza. L'affermazione del regime non cambia l'intima sostanza, ma solo la logica del rapporto fra Stato e partito: non è il partito che genera dal suo interno lo Stato ma è lo Stato che ormai rifondato include come propria parte vitale il partito¹⁵².

Organo dello Stato, il partito per Costamagna è indispensabile per dare allo «Stato totalitario» «quel carattere della popolarità che gli è essenziale»: non più raggruppamento di interessi parziali e di ideologie particolari, come nell'età liberale, il partito è un «partito-istituzione» che «si presenta come un esercito, volontario sì, ma disciplinato, al servizio dello Stato», impegnato ad organizzare e a promuovere il consenso, a fascistizzare la nazione, a creare l'uomo nuovo¹⁵³. Il «partito educatore» – scrive il sociologo Pellizzi – è il momento di uno Stato «dinamico e totalitario», lo strumento di «articolazione del molteplice nell'uno» e insieme un organo realmente rappresentativo: il «popolo-Stato» si realizza attraverso un partito che rappresenta il popolo nel momento in cui concorre ad educarlo e a controllarlo capillarmente; a questo scopo il partito dovrebbe «seguire individualmente la vita di ogni singola persona che compone quel popolo, tesserata o non tesserata». Uno «schedario» che indicasse di ogni cittadino le condizioni sociali ed economiche e i «precedenti morali e politici» «sarebbe la condizione prima perché il Partito potesse veramente prendere e mantenere quel contatto totalitario col popolo, che è inerente alla sua più alta funzione»¹⁵⁴.

Momento di mediazione fra Stato e popolo, strumento di educazione e di consenso, *pars totalis*, Stato in gestazione, il partito non può non mantenere nell'immaginario 'totalitario' una centralità che non solo la prassi ma anche il 'formalismo giuridico' dei 'tradizionalisti' stentava (con buoni argomenti) a riconoscere ad esso.

¹⁵² S. Panunzio, *Teoria generale dello stato fascista*, cit., pp. 417 sgg.

¹⁵³ C. Costamagna, *Dottrina del fascismo*, Utet, Torino 1940, pp. 536 sgg.

¹⁵⁴ C. Pellizzi, *Il partito educatore* [Studi di civiltà fascista, serie VI, n.1], Roma 1941, p. 46.

7. 'Stato totalitario' e 'corporazione'

Il lessico 'totalitario' tende a moltiplicare le immagini che rafforzano l'idea di una *reductio ad unum* che non tollera scorie o deviazioni 'individualistiche'. Il tema dello Stato-partito non può quindi essere demolito con argomentazioni 'formalistiche' proprio perché verrebbe a cadere un tassello di quella strategia retorica giocata sull'immagine dell'irresistibile processo di sussunzione della società entro lo Stato.

Il partito non è però l'unico strumento di mediazione, l'unico tramite del nesso (oggettivamente 'rappresentativo') fra Stato e società. Ad un'operazione interessata a sottolineare le 'ordinate convergenze' fra società e Stato non può sfuggire l'importanza di quell'apparato corporativistico che tiene ad accreditarsi come la soluzione finalmente scoperta del conflitto economico-sociale.

L'incontro fra la letteratura corporativistica e il lessico totalitario è tanto inevitabile quanto prevedibile, tenuto conto della posizione in nessun modo settoriale o 'specialistica' che il corporativismo viene assumendo nel 'discorso pubblico' del regime: che ne approfondisce i profili e ne amplifica la portata, ne dilata l'importanza rispetto alle sue effettive realizzazioni istituzionali, lo assume come chiave di volta del nuovo ordine-politico-sociale¹⁵⁵.

Consacrati nella Carta del lavoro, i principi dell'ordinamento corporativo predicano e realizzano il superamento del conflitto cui «le forze della produzione» fatalmente inclinano: alla conflittualità degli interessi si contrappone la solidarietà dei 'produttori', che dominerà non solo all'interno del singolo sindacato di categoria, come è ovvio, ma regolerà anche i rapporti fra i membri di opposte categorie. Solidarietà e rispetto della superiore finalità della produzione sono i valori che presiedono alla costruzione di un nuovo assetto istituzionale, di un ordinamento che regola su nuove basi il rapporto di lavoro sostituendo al conflitto la cooperazione.

¹⁵⁵ Sui sindacati fascisti e sul 'sindacalismo' cfr. F. Cordova, *Le origini dei sindacati fascisti 1918-1926*, Laterza, Roma-Bari 1974; F. Perfetti, *Fiumanesimo, sindacalismo, fascismo*, Bonacci, Roma 1988; G. Parlato, *Il sindacalismo fascista, II, Dalla grande crisi alla caduta del regime, 1930-1943*, Bonacci, Roma 1989. Sul corporativismo cfr. A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino 1965; A. Aquarone, M. Vernassa, *Il regime fascista*, Il Mulino, Bologna 1974 (ivi in particolare il saggio di S. Cassese); O. Mancini, F. Perillo, E. Zagari (a cura di), *La teoria economica del corporativismo*, Esi, Napoli 1982; L. Ornaghi, *Stato e corporazione*, Giuffrè, Milano 1984; M. Palla, *Fascismo e Stato corporativo: un'inchiesta della diplomazia britannica*, Angeli, Milano 1991; R. Faucci, *La cultura economica*, in A. Del Boca, M. Legnani, M.G. Rossi (a cura di), *Il regime fascista*, cit., pp. 506-28.

Il nuovo ordinamento ha due caratteristiche, una 'oggettiva' e l'altra 'soggettiva': non esaurisce i suoi effetti nell'ambito dei rapporti 'privati', ma costituisce un tipico caso «di interferenza tra diritto pubblico e privato», fra società e Stato; non si risolve in congegni normativi e istituzionali, ma richiede l'impegno etico e politico dei soggetti in esso coinvolti. Il corporativismo, «come convergenza di volontà sotto l'ispirazione di un interesse superiore, che accomuna i contrapposti elementi del rapporto sociale, si proietta in ogni aspetto della organizzazione sociale»¹⁵⁶. Non si dà corporativismo che non produca (e non dipenda a sua volta da) un nuovo ordinamento dello Stato. La stessa «esigenza corporativa» che anima la società investe lo Stato e in entrambi i casi realizza l'armonia fra interessi individuali e interesse generale, impone il primato della «totalità», richiede che lo Stato «sia fornito di autorità, efficiente per un sicuro dominio della collettività», esige insomma che lo Stato abbia «competenza in ogni aspetto della vita sociale»¹⁵⁷, sia «totalitario», rappresenti «la totalità delle forze sociali»¹⁵⁸

L'interesse delle espressioni usate da Benvenuto Donati non deriva dalla loro originalità, ma al contrario dalla loro tipicità: esse formulano una tesi che con mille variazioni (più o meno esornative o sostanziali) percorre l'intera nebulosa corporativistica e viene a formare un altro importante asse del campo semantico 'totalitario': l'asse che chiameremo per intendersi 'corporativistico', che si aggiunge all'asse 'Stato-partito', con il quale deve in qualche modo spartirsi il compito della riconduzione della società allo Stato (o, se si preferisce, dell'espansione dello Stato sulla società). Gli accessi dibattiti che divampano intorno al corporativismo investono il campo semantico 'totalitario' nella misura in cui incidono sulla rappresentazione del processo di riconduzione della società allo Stato e sul ruolo volta a volta attribuito all'ordinamento corporativo come volano (accanto ad altri) di quel processo.

È ancora Panunzio uno dei più combattivi campioni di un corporativismo che ambisce a proporsi come uno delle componenti originali ed essenziali dello Stato fascista, tramite obbligato del rapporto che lo Stato fascisticamente rifondato intrattiene con la società. Memore dei suoi giovanili trascorsi sindacalistici, Panunzio tende a presentare lo Stato fascista come l'erede del nucleo razionale e 'positivo' di un sindacalismo che se, per un verso, esprimeva un'autentica esigenza

¹⁵⁶ B. Donati, *Dal principio di nazionalità al principio corporativo*, in «Lo Stato», I, 1930, p.291.

¹⁵⁷ Ivi, p.292.

¹⁵⁸ B. Donati, *Trilogia e unità del corporativismo*, Bassi, Modena 1933.

di valorizzazione del momento associativo e produttivo, per un altro verso si risolveva in una sterile, antistatale 'distruttività'. Lo Stato fascista raccoglie l'appello iscritto nella dinamica sociale ed economica anteguerra, organizza giuridicamente i gruppi professionali, controlla il conflitto e si propone come Stato nuovo in quanto 'Stato sindacale'. La teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici sembra offrire preziosi suggerimenti per impostare in modo nuovo il rapporto fra Stato e gruppi sociali¹⁵⁹ permettendo a Panunzio di accentuare, rispetto alla robusta impalcatura 'autoritaria' del nazionalista Rocco, la vocazione 'sindacalistica' dello Stato fascista: che è Stato nuovo, per Panunzio, nella misura in cui è disposto ad immettere nella propria compagine istituzionale la pluralità dei gruppi organizzati nei quali la società si articola¹⁶⁰.

Non siamo di fronte, certo, ad immagini radicalmente divergenti dello Stato e delle aspettative che, entro il fascismo, si nutrono verso di esso. L' 'autoritario' Rocco non sogna affatto semplicemente il 'ritorno allo Statuto' e un generico rafforzamento dell'esecutivo, ma coltiva, fino dai suoi scritti di 'nazionalista' militante, l'idea di uno Stato capace di stringere nuovi legami con le masse, organizzandole e controllandole in nome della vocazione guerriera ed espansionistica della nazione e delle esigenze inderogabili della produzione. Il 'sindacalista' Panunzio, per parte sua, percorre tutte le canoniche tappe che lo conducono ad individuare nello Stato (e nel 'sentimento dello Stato') il tramite di un'unità e di una solidarietà nazionale capaci di superare lo sterile, anarchico, conflittuale pluralismo liberal-democratico; e lo stesso Panunzio non mancherà di accentuare, nel corso del tempo (assumendo anche una posizione critica nei confronti del presunto 'pluralismo' romaniano), la centralità statuale¹⁶¹.

Ciò non toglie comunque che accenti e impostazioni diversi (spesso e volentieri drammatizzati in quanto riflesso e strumento di conflitti di potere in corso dietro le quinte della retorica ufficiale) intervengano a rendere complicato e variegato un universo di discorso che peraltro assume come proprio caratteristico strumento retorico la martellante iterazione delle medesime formule. Pur essendo dunque il corporativismo uno dei più fortunati *avatar* del fascismo, la valutazione del suo ruolo

¹⁵⁹ Cfr. S. Panunzio, *Stato e sindacati*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1923, pp. 1-20; S. Panunzio, *Lo Stato fascista*, Cappelli, Bologna 1925; S. Panunzio, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati (Il neosindacalismo di Stato)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VI, 1926, pp. 275 sgg.; S. Panunzio, *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Tip. Modenese, Modena 1931.

¹⁶⁰ S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, cit., pp. 145 sgg.

¹⁶¹ S. Panunzio, *Il diritto sindacale e corporativo (Programma, concetto, metodo)*, La Nuova Italia, Perugia-Venezia 1939, pp. 21-22.

nella complessiva strutturazione del regime si presta a impostazioni diverse. Per quanto riguarda Panunzio, è costante in tutto l'arco della sua produzione la convinzione che il momento sindacale sia un tratto essenziale del nuovo Stato e che la riconduzione della società allo Stato debba necessariamente fare i conti con esso. Questa tesi non è però affatto pacifica ed unanimemente condivisa: intorno ad essa si sviluppa anzi una polemica piuttosto acre il cui interesse per la determinazione del campo semantico 'totalitario' è rilevante perché al centro del contendere è proprio il ruolo del sindacato come tramite obbligato fra Stato e società.

Ad aprire la discussione è Carlo Costamagna con una recensione al *Lo Stato fascista* di Panunzio. Il problema sollevato dal recensore è appunto la possibilità di concepire lo Stato fascista facendo leva su un presunto 'diritto sociale', su un autonomo 'diritto sindacale', immaginando un reciproco incontro e riconoscimento fra Stato e gruppi sociali come se potesse darsi una fenomenologia socio-giuridica separata dal decisivo intervento statale. L'alternativa è quindi assumere come unico punto di riferimento lo Stato e parlare non già di sindacati e di Stato sindacale ma semplicemente di ordinamento corporativo, vedere nella corporazione un organo di Stato, un mezzo di riorganizzazione politica 'ex alto' della società¹⁶².

Che Costamagna con le sue brevi osservazioni colpisse un punto nevralgico è indirettamente confermato dalla vibrata e analitica risposta panunziana¹⁶³. In primo luogo, Panunzio mira a rigettare il sospetto di volere mantenere, con l'uso del termine 'sindacato', qualche continuità con il sindacalismo rivoluzionario d'anteguerra: un sindacalismo incapace di 'costruire', separato dal nuovo sindacalismo da quella guerra che ha imposto a tutti «la realtà dello Stato» e «ci ha fatto assistere alla genesi di un nuovo sentimento» che sta alla base del fascismo, il «sentimento dello Stato»¹⁶⁴. In secondo luogo, il teorico dello 'Stato sindacale' tiene a ribadire il senso autentico della sua proposta: che per un verso insiste (romanianamente) sul carattere intrinsecamente giuridico, istituzionale, dei gruppi sociali, quindi anche dei sindacati, mentre, per un altro verso, vede sorgere lo Stato nuovo, lo Stato fascista, proprio dal processo che riconduce la trama delle istituzioni giuridico-sociali ad un'autorità capace di coordinarli, controllarli, dominarli¹⁶⁵.

Non è in questione, per Panunzio, il 'lealismo' nei confronti di uno Stato forte e accentrato, bensì la rappresentazione di un processo che a suo avviso non può far

¹⁶² C. Costamagna, *Recensione a Panunzio (Lo Stato fascista, Bologna 1925)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VI, 1926, pp. 166-68.

¹⁶³ S. Panunzio, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati*, cit., pp. 272-83.

¹⁶⁴ Ivi, p.279.

¹⁶⁵ Ivi, pp. 278-83.

leva soltanto sulla potenza ordinante dello Stato; mentre Costamagna, anche nella sua replica, insiste proprio sull'immagine di un ordine che discende dall'alto della sovranità statale: al nuovo fenomeno non si attaglia il vecchio nome, ancora troppo memore degli umori sovversivi e comunque decentrati o centrifughi, ma serve una nuova qualificazione, appunto quella di «Stato corporativo» o di «corporativismo integrale, cioè totalitario, comprensivo di tutti i fenomeni aggregativi e di tutti i cittadini corporativamente organizzati, coll'intesa che lo Stato medesimo sia la corporazione integrale e suprema»¹⁶⁶. Totalitario è lo Stato per Costamagna non perché si costituisce ('sindacalmente') in un processo di riconduzione al centro di quella pluralità di gruppi sociali e istituzioni in cui la società necessariamente si articola, bensì perché si dimostra capace di darsi un'organizzazione realmente efficace e funzionale al controllo capillare dei singoli e dei gruppi.

Certo, non siamo di fronte a prospettive tanto diverse da apparire realmente incompatibili: l'intero universo di discorso fascista è dominato dal senso ('ecclesiale', come scrive Panunzio) di una fede comune imperniata su alcuni 'dogmi' continuamente conclamati, fra i quali lo stesso Panunzio annovera il 'sentimento dello Stato', quindi la necessaria convergenza della società verso uno Stato rinnovato perché restituito alla sua vocazione di potenza ordinante. Panunzio non si limita d'altronde a parlare di 'Stato sindacale', ma solleva la dimensione corporativa al rango di quarta funzione dello Stato¹⁶⁷. Il nuovo assetto del settore economico-produttivo è intimamente collegato all'essere e all'operare dello Stato nuovo. La corporazione «come funzione tecnica dello Stato, è, accanto e oltre la legislazione, la giurisdizione e l'amministrazione... una immediata esplicazione dello Stato politico», della sua capacità di governo: la corporazione «è l'astratto... del corporare ossia del collegare le varie parti economiche e sociali»¹⁶⁸.

Funzione dello Stato e insieme trama di istituzioni nella quale la società produttiva si organizza e si ordina, il corporativismo, nella prospettiva panunziana, è chiamato ad esercitare un ruolo primario (o almeno comprimario) nella dinamica di quel nesso Stato-società intorno al quale ruota il campo semantico 'totalitario': non a caso la *Teoria generale dello Stato fascista* di Panunzio (in qualche modo una

¹⁶⁶ C. Costamagna, *Stato corporativo (a proposito del neo-sindacalismo di Stato)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VI, 1926, p. 420. Alla replica di Costamagna fa seguito una *Postilla* di Panunzio (ivi, pp. 423-26). Cfr. anche C. Costamagna, *La statualità dei sindacati*, in «Rivista di diritto pubblico», XXIII, 1931, pp. 196-206. Su Costamagna cfr. M. Toraldo di Francia, *Per un corporativismo senza corporazioni: "Lo Stato" di Carlo Costamagna*, in «Quaderni fiorentini», XVIII, 1989, pp. 267 sgg.

¹⁶⁷ S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, cit., pp. 99 sgg.

¹⁶⁸ S. Panunzio, *Teoria generale dello stato fascista*, cit., p.44.

summa della sua precedente produzione) è equamente divisa fra una ‘teoria del sindacato e della corporazione’ e una ‘teoria del partito’.

Di contro all’immagine della rifondazione sindacal-corporativa dello Stato Costamagna ricorrerà piuttosto ad un diverso concetto, al concetto di ‘integrazione’, dichiarando di mutuarlo da Smend ma riempiendolo di significati sostanzialmente diversi. Per Costamagna è l’integrazione la cifra del rapporto fra Stato e società: è l’integrazione «il profilo sotto il quale nella dottrina fascista si stabilisce il rapporto concreto tra lo Stato e l’individuo e si determina il differenziamento tra i governanti e i governati». La personalità etico-politica del soggetto non è legata al riconoscimento di un «diritto individuale di libertà»; l’individuo è, come scrive Rocco cui Costamagna si richiama, uno strumento od organo dell’interesse collettivo e la posizione concreta dei singoli nell’ordinamento «dipende dalla loro attitudine individuale a comprendere e a realizzare i fini dello Stato e a praticare la corrispondente disciplina». L’integrazione è appunto il processo nel quale soggetti differenziati in ragione del loro rapporto di congruenza con i fini nazionali vengono disciplinatamente ricondotti al rispetto dell’assoluto *imperium* statale; è a questo fine che tutte le istituzioni del fascismo, quale che sia l’ambito di realtà cui si applicano, tendono univocamente¹⁶⁹.

La sussunzione della società nello Stato, se per Panunzio trova nelle istituzioni sindacal-corporative un tramite preferenziale, per Costamagna passa attraverso il processo di ‘integrazione disciplinante’ che le istituzioni statuali esercitano su individui differenziati in ragione della loro diversa posizione nelle gerarchie politico-sociali. Il momento dualistico, ancora presente nel nesso Stato-società, tende a dissolversi nella monistica e ‘discendente’ azione integratrice esercitata dalla potenza statale.

Costamagna approda dunque ad una rappresentazione rigidamente monistica del processo politico relativizzando la rilevanza ‘statale’ del momento sindacale, mettendo cioè in dubbio la possibilità di trovare nel momento sindacale gli estremi per una caratterizzazione dell’essenza dello Stato fascista. Ad un ‘monismo’ di ispirazione molto diversa ma, se si vuole, ancora più rigoroso, si può giungere però battendo una strada diversa, non già relativizzando, ma ‘assolutizzando’ il corporativismo, assumendolo come la rivelazione dell’essenza stessa di quel

¹⁶⁹ C. Costamagna, *Premesse allo studio del nuovo diritto italiano*, in «Rivista di diritto pubblico», XXIII, 1931, pp. 582-85.

rapporto Stato-individuo che le impostazioni 'tradizionalistiche' si ostinano ad impostare in termini ingenuamente dualistici.

È questa l'impostazione che la *verve* speculativa di Spirito e Volpicelli rende celebre nel secondo convegno corporativistico di Ferrara, scosso dalla teoria della 'corporazione proprietaria' e dall'aura (più o meno giustificata) di scandalo che subita la circonda. La 'corporazione proprietaria' è però soltanto l'applicazione coerente di una profonda revisione cui i due giovani filosofi vogliono sottoporre la scienza giuridica (ed economica) alla luce della gentiliana fondazione dello Stato 'in interiore homine'. La conseguenza da trarre dall'intera filosofia idealistica ed immanentistica in cui culmina la consapevolezza critica della modernità, per Volpicelli, è la teoria dell'identità fra individuo e Stato: l'idea di un individuo che si realizza come uomo in quanto trascende la sua empirica realtà immediata, si sottopone ad una disciplina comune, coglie nello Stato, insieme, la «forma piena e perfetta della società» e la «forma essenziale dell'umana persona»¹⁷⁰.

Non si tratta di un principio astratto e inoperante, ma di una forza storicamente decisiva, che spinge gli ordinamenti verso la ricomposizione della scissione fra individuo e Stato, fra società e Stato: il problema irrisolto della democrazia rappresentativa, del liberalismo, del socialismo è appunto la costruzione di un ordine capace di superare il carattere 'separato' dello Stato, sempre auspicato e sempre disatteso, ora per il carattere autocratico e burocratico dell'organizzazione statale, ora per il carattere meramente politico del nesso rappresentativo. Il risultato è comunque la conferma di quel dualismo fra Stato e individuo, fra «amministratore e amministrato», fra «governante e governato» che invano si tenta di superare¹⁷¹.

Superare d'un balzo la scissione è invece il compito assunto dal corporativismo, pur nella consapevolezza che si tratta di un compito infinito, che non può essere assolto immediatamente e conclusivamente da un determinato assetto istituzionale. Nella sua essenza (quindi «per ora solo tendenzialmente») il corporativismo è la prima formula capace di venire a capo di questo problema decisivo. Esso infatti è la «organizzazione statale dell'individuo» e insieme la «organizzazione individuale e gerarchica dello Stato»: la corporazione non è un organo intermedio fra due estremi

¹⁷⁰ A. Volpicelli, *La teoria dell'identità di individuo e Stato*, in «Archivio di studi corporativi», IV, 1933, p.311.

¹⁷¹ Ivi, pp. 313-21. Da ciò la polemica con Kelsen, di cui peraltro era uscita, pubblicata dalla rivista di Spirito e Volpicelli, la traduzione del saggio *Il problema del parlamentarismo* (in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», II, 1929, pp. 182-204). Cfr. A. Volpicelli, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», II, 1929, pp. 253-66; A. Volpicelli, *Dalla democrazia al corporativismo*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», III, 1930, pp. 1-20.

che restano radicalmente distinti, ma è «insieme un ente sociale e un organo statale», un microcosmo gerarchico e disciplinante che, come momento dell'intero processo socio-giuridico, realizza in se stesso la coincidenza della socialità e della statualità¹⁷².

La cifra del fascismo è quindi un monismo destinato (nel tempo) a superare la scissione fra Stato e società purché non ci si ostini a perseverare nell'antico errore. È inaccettabile quindi l'enfasi statocentrica di Costamagna, il cui monismo è apparente, dal momento che quello Stato che pretende di occupare l'intero orizzonte in realtà agisce sempre su qualcosa di esterno e resistente, sulla società appunto, confermando nei fatti il mancato superamento della scissione¹⁷³. E' altrettanto criticabile la versione carneluttiana del corporativismo, rappresentativa di un ceto di giuristi che si ostinano a 'tecnicizzare' il corporativismo, a intenderlo come una mera tecnica di composizione di conflitti, sullo sfondo di una società 'privatistica', intesa come una mera (kantiana) 'coesistenza esteriore' di individui¹⁷⁴; viene così fraintesa la vera natura del diritto: che è «organizzazione concreta della società, *vis coesiva* della molteplicità» e proprio per questo trova il suo specchio più fedele nel corporativismo, incarnazione della «più alta forma istituzionale del concetto del diritto» in quanto «coscienza della unità organica degli individui»¹⁷⁵.

È il momento istituzionale l'elemento qualificante del diritto, intuito brillantemente da Romano, ma in qualche modo perduto per strada per quell'eccesso di pluralismo e di sociologismo che ha impedito all'autore dell'*Ordinamento*

¹⁷² Ivi, pp. 321-22.

¹⁷³ A. Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo Convegno di studi sindacali e corporativi*, Tipografia del Senato, Roma 1932, vol. I, pp. 128-29.

¹⁷⁴ Per la polemica con Carnelutti cfr. anche, oltre agli Atti del congresso ferrarese, A. Volpicelli, *Corporativismo e problemi fondamentali di Teoria generale del diritto. Nuova replica al prof. Carnelutti*, in «Archivio di studi corporativi», III, 1932, pp. 609-636. Sul problema della distinzione fra Stato e società, e fra diritto pubblico e diritto privato, è significativa anche la polemica fra Volpicelli e Cesarini Sforza. Cfr. W. Cesarini Sforza, *Corporativismo e scienza del diritto* (1932), in W. Cesarini Sforza, *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1932, pp. 151-163; A. Volpicelli, *Corporativismo e Scienza del diritto. Risposta al prof. Cesarini Sforza*, in «Archivio di studi corporativi», III, 1932, pp. 423-51. Cesarini Sforza tende a ricondurre il corporativismo al terreno specifico della razionalizzazione della produzione, alla «disciplina dell'economia nazionale»: cfr. W. Cesarini Sforza, *Individuo e Stato nelle corporazioni*, in «Archivio di studi corporativi», IV, 1933, p.491. Cfr. A. De Gennaro, *Crocianesimo*, cit., pp. 378 sgg. sul secondo convegno corporativistico di Ferrara e in generale su Spirito, Volpicelli e Cesarini Sforza. Cfr. anche P. Costa, *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza*, in «Quaderni fiorentini», V-VI, 1976-77, pp. 1031-1095. Su Spirito cfr. le brillanti considerazioni di S. Lanaro, *Appunti sul fascismo 'di sinistra'. La dottrina corporativa di Ugo Spirito*, in «Belfagor», 37, 1971, pp. 577 sgg.; e P. Santomassimo, *Ugo Spirito e il corporativismo*, in «Studi Storici», XV, 1973, pp. 61 sgg.

¹⁷⁵ A. Volpicelli, *I presupposti scientifici*, cit., pp. 128-37.

giuridico di cogliere il carattere istituzionale della società come tale e la necessaria identità di società e Stato. «Società od istituzione...è solo lo Stato, che, solo, infatti, è organizzazione unitaria...La quale, infatti, cessa, e cioè si dissolve e si contraddice, allorché si moltiplichi». Stato e società, diritto pubblico e diritto privato sono false opposizioni che si dissolvono quando si colga «l'interna forma organizzatrice» che li sorregge e che costituisce la realtà profonda di cui il corporativismo costituisce la migliore approssimazione¹⁷⁶.

Mentre le strategie retoriche più diffuse offrono innumerevoli variazioni intorno ad un assunto centrale – il continuo e vincente processo di sussunzione della società nello Stato – e illustrano l'assunto descrivendo le forme di connessione (il partito, il momento sindacale-corporativo) fra i due termini del rapporto, Volpicelli rovescia i termini dell'impostazione consueta: il corporativismo è il 'risolto enigma della storia' non perché getta un ponte più solido fra Stato e società, perché stringe con vincoli più forti l'individuo allo Stato, ma perché mostra l'inesistenza 'profonda' della scissione e si propone come un ordine capace di realizzare in se stesso la coincidenza della socialità e della statualità.

Lungo l'asse fondamentale del campo semantico 'totalitario' (il rapporto Stato-società) scorrono dunque immagini molto diverse, convogliate da un dibattito corporativistico piuttosto vivace. Si confrontano in esso rappresentazioni 'monistiche' o 'dualistiche' del rapporto Stato-società, senza che peraltro corrisponda alla differenza fra 'dualisti' e 'monisti', rispettivamente, l'attribuzione al momento sindacale-corporativo di una funzione decisiva nel ricondurre la società allo Stato oppure la minimizzazione del suo ruolo. Non mancano infatti 'dualisti' che deprimono l'importanza della corporazione a vantaggio del partito¹⁷⁷, così come, fra i 'monisti', Costamagna relativizza l'autonomo significato dell'esperienza sindacale-corporativa a vantaggio di una scelta rigorosamente statocentrica, mentre Volpicelli vede nella corporazione la migliore approssimazione all'unità 'profonda' fra Stato e società. Quale che sia l'impostazione e la soluzione adottate, il corporativismo non può non venire attratto comunque da un campo semantico organizzato intorno a quel rapporto Stato-società che costituisce (in ipotesi e spesso anche in tesi) la condizione di senso del corporativismo stesso.

¹⁷⁶ Ivi, pp. 138-43.

¹⁷⁷ Cfr. ad es. S. M. Cutelli, *Fascio e corporazione nel nuovo Stato italiano*, in *Atti del secondo Convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., vol. II, pp. 181-220.

8. *'Stato totalitario' e 'gerarchia'*

Per Volpicelli è il corporativismo che permette al fascismo di superare le aporie di fronte alle quali i precedenti regimi (lo Stato liberale, la democrazia, il socialismo) si sono dimostrati impotenti appunto perché incapaci di attingere la totalità. Lo Stato fondato sul meccanismo rappresentativo (lo Stato del liberalismo e della democrazia) non può mai «adeguare la totalità, ma solo la maggioranza» delle volontà individuali: «totalitarità» e «governo rappresentativo» sono contraddizioni in termini, non risolte peraltro nemmeno da un modello di democrazia immediata o diretta, che farebbe dipendere il governo da una «atomistica molteplicità naturale» e si risolverebbe quindi nella «negazione a priori dello Stato stesso»¹⁷⁸.

Il corporativismo è la soluzione del dilemma perché non concentra ed esaurisce lo Stato e il suo «potere d'impero» «in un organo sopraelevato specifico», ma lo realizza e diffonde nelle corporazioni stesse, nel corpo sociale organizzato: la partecipazione di ciascuno alla formazione della volontà dello Stato è immanente alla stessa posizione che ciascuno occupa nell'ordine complessivo. Perché l'immedesimazione di Stato e società, «la coestensione e coincidenza di ordinamento statale e organizzazione sociale» siano effettivamente possibili occorre però – avverte Volpicelli – introdurre un elemento in qualche modo decisivo, l'elemento della gerarchia: l'ordine può essere insieme, indissolubilmente, politico e sociale in quanto «struttura specificata e gerarchica» e non organismo «paritario e livellatore». È la differenza di ruoli e la rigida gerarchia che impediscono, per un verso, la dissoluzione anarchica dell'ordine e, per un altro verso, il ritorno alla scissione fra Stato e società, il presentarsi della (kelseniana) alternativa fra autocrazia e democrazia¹⁷⁹.

L'elemento della gerarchia, anche per Spirito, risolve un altro 'classico' dilemma, l'opposizione fra il governo dei migliori e il governo di tutti, fra l'aristocrazia e la democrazia. È nel regime gerarchico che l'antinomia si scioglie perché in esso «governano tutti, ma i migliori di più e i peggiori di meno, ciascuno a seconda della sua capacità e nella sua sfera». L'eguaglianza cessa di tradursi nel dominio del numero e si combina con la valorizzazione della qualità, che però non assume più la portata esclusiva e discriminatoria caratteristica dei regimi aristocratici. In realtà, nemmeno i regimi liberal-democratici evitano il costituirsi di gerarchie sociali.

¹⁷⁸ A. Volpicelli, *Lo Stato corporativo e il problema dell'autorità*, in «Archivio di studi corporativi», IV, 1933, pp. 552-53.

¹⁷⁹ Ivi, pp. 554-55.

Caratteristici del nuovo regime sono però due profili fondamentali: in primo luogo il principio di gerarchia investe tanto la sfera politica quanto la sfera economica; in secondo luogo, la distribuzione dei ruoli nell'assetto gerarchico obbedisce al criterio della competenza tecnica: il carattere pervasivo e 'totalitario' del principio di gerarchia si combina con l'universale primato della tecnica ed entrambi connotano l'organizzazione rispondente alle necessità dell'odierno sistema politico ed economico. Privato e pubblico si fondono, l'economia deve «organizzarsi gerarchicamente» e la politica deve risolversi nell'insieme «delle infinite tecniche» che la compongono. Il superamento della scissione fra Stato e società è possibile in quanto le sfere separate e 'ideologizzate' dell'economia e della politica si risolvono in un intreccio di competenze tecniche, quindi di ruoli gerarchicamente strutturati, si fondono insomma «nell'unica integrale gerarchia tecnica»¹⁸⁰.

È nella gerarchia che la coincidenza di Stato e società si rende concretamente possibile: «con la corporazione gerarchica...ogni individuo è al suo posto» e il nesso di ciascuno con la totalità non dipende da astratti meccanismi di rappresentanza ma deriva direttamente dalla posizione che ciascuno occupa nell'unità gerarchica della società produttiva. Al capitalismo disorganizzato del liberalismo e al capitalismo di Stato del socialismo il corporativismo contrappone il «capitalismo corporativo», dove il capitale, il consumo, il risparmio sono disciplinati e organizzati in quanto connessi con la produzione «e sottoposti agli stessi criteri programmatici»; «programmatica, e organicamente razionale, è l'economia corporativa», dal momento che attraverso la corporazione il programma economico diviene «volontà e fine di tutti»¹⁸¹.

Con l'idea di gerarchia delineata da Spirito e Volpicelli vengono ad intrecciarsi temi ed aspettative cui è possibile soltanto accennare. In primo luogo, la connessione diretta che viene istituita fra gerarchia e competenza tecnica sembra sottrarre il corporativismo al terreno 'volontaristico', decisionistico, conflittuale della politica. La gerarchia, come elemento unificante l'intera società 'corporata', introduce la tecnica al posto degli interessi, delle ideologie, delle scelte e stabilisce un'oggettiva, razionale, in qualche modo inappellabile, dislocazione dei soggetti («ciascuno al suo posto») nell'organigramma corporativo (e quindi socio-politico). Da questo punto di vista il corporativismo gerarchico (e tecnocratico) di Spirito (e di Volpicelli) è

¹⁸⁰ U. Spirito, *Regime gerarchico*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», VII, 1934, pp. 20-23.

¹⁸¹ U. Spirito, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, in AA.VV., *La crisi del capitalismo*, Sansoni, Firenze 1933, pp. 144-45.

comprensibilmente avversato tanto da chi (valga l'esempio di Bottai) dà valore, entro le infrangibili coordinate del regime, al gioco politico e alle conseguenti chances 'decisionistiche', quanto da coloro che nella fase 'sindacalistica' del corporativismo (non a caso disprezzata da Spirito e Volpicelli) vedono ancora aperti quel conflitto di interessi e quindi quello spazio di mediazione che il catafratto ordine gerarchico-corporativo tende a chiudere irrimediabilmente.

Minacciosa verso la (pur relativa) autonomia del momento sindacale, l'immagine gerarchico-tecnica del corporativismo sembra poi mettere in questione quello zoccolo 'privatistico', quell'assetto solidamente 'tradizionale' della proprietà privata, che il regime intende proteggere dalle minacce bolsceviche adottando una strategia collaudata da numerosissime (e fra loro diverse) tradizioni ottocentesche (da Comte alla dottrina sociale cattolica di Liberatore o di Toniolo, dal solidarismo francese al 'nuovo liberalismo' inglese, dai 'socialisti della cattedra' al riformismo mengeriano) e presentandola come l'inopinato frutto del genio italico: una strategia riconducibile alla metafora della 'terza via', tesa a salvare la proprietà ma a dichiararne nello stesso tempo la necessaria destinazione (o 'funzione') sociale. Di contro al nesso (debole) che l'*opinio communis* del fascismo instaura fra la proprietà privata e l'interesse superiore della produzione Spirito fa balenare l'ipotesi di una nuova, razionale organizzazione della produzione che, per un verso, sembra sconfinare in un'innocua utopia tecnocratica, mentre, per un altro verso, si risolve in una (se si vuole, ancora) avveniristica, ma assai più determinata e conturbante idea di 'economia di piano', di economia 'programmata' – un'idea che comincia in effetti ad affiorare nella pubblicitaria coeva, anche italiana¹⁸².

Pur nella complessità dei rinvii e delle sollecitazioni offerte dal 'corporativismo gerarchico' di Spirito e Volpicelli, il tratto di sicuro e diretto interesse per la costituzione del campo semantico 'totalitario' è comunque il circolo virtuoso che si viene a chiudere fra gerarchia e costituzione di un ordine che è autenticamente fascista, cioè corporativo, in quanto capace non solo di ricondurre la società allo Stato, ma di saltare a piè pari il fossato proclamando la propria integrale (se si vuole, 'totalitaria') unitarietà.

¹⁸² Bottai è in questo senso una figura significativa. Cfr. S. Cassese, *Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai*, in "Politica del diritto", 1970, 3, pp. 404-447. In questo senso è interessante, anche F.M. Paces, *Nostro tempo della rivoluzione industriale*, Einaudi, Torino 1939. Su Bottai cfr. G. B. Guerri, *Giuseppe Bottai, un fascista critico*, Feltrinelli, Milano 1976; A. J. De Grand, *Giuseppe Bottai e la cultura fascista*, Laterza, Roma-Bari 1978.

Se dunque il principio di gerarchia svolge un ruolo centrale nel discorso di Spirito e di Volpicelli, non è vero però che, al di fuori del peculiare lessico teorico dei due filosofi, esso non abbia diritto di cittadinanza nel campo semantico 'totalitario'. Al contrario, il momento della gerarchia ricorre nei più diversi contesti pur incrociando, in ciascuno di essi, l'asse del rapporto Stato-società. E' addirittura in nome del delitto di lesa gerarchia che dalla rivista «Lo Stato» viene sferrato un durissimo attacco contro la «Scuola di Pisa» prendendo lo spunto proprio dal saggio dove Volpicelli¹⁸³ indicava per l'appunto nella gerarchia l'elemento capace di rendere istituzionalmente percorribile la via dell'identità 'profonda' fra Stato e società ma proprio per questo ne fraintendeva il senso. Volpicelli viene dipinto come un pericoloso bolscevico che fa con l'attualismo gentiliano ciò che Marx ha fatto con Hegel e finisce per buttare a mare gli autentici principi del fascismo, la cui dottrina è mussolinianamente racchiusa nel trinomio «ordine, autorità, gerarchia»¹⁸⁴.

La gerarchia non è appannaggio degli «innominabili» del corporativismo: a raccomandarne l'uso è proprio il direttore della rivista «Lo Stato», Costamagna, che ne fa il perno di quel processo di integrazione che riconduce la società allo Stato. L'integrazione non è un movimento spontaneamente centripeto, attivato dalla libera coordinazione dei soggetti, «come vorrebbero gli utopisti del 'solidarismo' e del 'corporativismo puro'». Allo Stato come «entità sociale trascendente» si perviene soltanto per mezzo della subordinazione: il processo dell'integrazione non solo conduce allo Stato ma muove da esso, presuppone l'intervento dispotico e ordinante del potere, l'azione di «volontà superiori che agiscono sulle volontà inferiori»¹⁸⁵. Allo stesso modo non sono applicabili al sistema corporativo né lo spontaneismo del «sindacalismo romantico» né il tecnicismo dei giuristi tradizionalisti: il corporativismo deve essere pensato, in analogia con il partito, come un sistema di istituzioni dominato dalla «regola gerarchica» e finalizzato alla trasformazione «della massa sociale in massa nazionale», all'integrazione delle masse nello Stato¹⁸⁶.

E' il principio di gerarchia che permette dunque di organizzare e integrare la massa: solo per mezzo di esso «si può costringere l'attività degli individui a conformarsi al bene generale». Gerarchia significa differenziazione di qualità e competenze, sistema di articolate posizioni di comando e di obbedienza: è il carattere gerarchico del nuovo ordine che lo rende effettivamente alternativo

¹⁸³ V. nota 177.

¹⁸⁴ G. Cavallucci, *Gli innominabili dell'Attualismo corporativo*, in «Lo Stato», V, 1934, p.763.

¹⁸⁵ C. Costamagna, *Dottrina del fascismo*, cit., p.94.

¹⁸⁶ Ivi, pp. 540-41.

all'individualismo virtualmente anarchico dell'anteguerra; è il principio di gerarchia che permette di selezionare e curare la formazione della classe dirigente¹⁸⁷.

Costamagna è un fiero avversario del panunziano 'Stato sindacale' così come delle utopie pancorporativistiche di Volpicelli e non sorprende che egli traduca e specifichi la sua scelta statocentrica e la sua idea di integrazione autoritaria nel principio di gerarchia. Di gerarchia e di 'Stato gerarchico' parlano però volentieri non solo, come sappiamo, gli esponenti della 'Scuola di Pisa', ma anche Panunzio, che svolge il tema 'gerarchico' sulla base di un'interessante associazione fra Stato ed esercito e fra cittadino e soldato. La realtà odierna, scrive Panunzio nel '24, è essenzialmente «militare»: «non solo i soldati sono soldati e combattenti, tutti i cittadini, dai più bassi ai più alti, sono soldati e combattenti» e non è ammissibile «che solo l'Esercito sia gerarchia, ma tutto lo Stato è un grande Esercito, una grande disciplina, una vivente gerarchia...»¹⁸⁸. Non siamo di fronte ad un isolato fiore retorico. Il filosofo del diritto Bernardino Cicala, ad esempio, prende molto sul serio l'analogia e propone di ripensare alla sua luce l'ambito della politica amministrativa e la relativa scienza: servirebbe appunto una «scienza della gerarchia civile e militare» che sapesse far tesoro di quella «grande scuola di educazione morale, politica e sociale, che è l'esercito» e studiasse le sue connessioni con lo Stato e l'organizzazione sociale¹⁸⁹.

Il principio di gerarchia gode di una singolare ma comprensibile ubiquità nella pubblicistica del fascismo, legandosi facilmente con le diverse anime che in essa si esprimono, ma sempre proponendosi come elemento di determinazione e strumento di realizzazione del nesso Stato-società.

Nel *Programma della destra fascista*, di Volt (pseudonimo di Fani Ciotti), il principio di gerarchia qualifica la proposta fascista combinandosi con il tema dell'élite, dell'aristocrazia, del dominio della minoranza 'guerriera'. Il programma fascista si articola in tre punti: nazione, espansione, gerarchia¹⁹⁰. La gerarchia è il principio grazie al quale «gli individui superiori si separano dalla massa dei mediocri»¹⁹¹ e permette l'effettivo governo non solo della politica ma anche dell'economia: «non vi è grande produzione senza un'organizzazione gerarchica del

¹⁸⁷ Ivi, pp. 547 sgg.

¹⁸⁸ S. Panunzio, *Che cos'è il fascismo*, Alpes, Milano 1924, p.16. Cfr. anche S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato*, cit., pp. 59 sgg.

¹⁸⁹ B. Cicala, *Corso di scienza politica*, Casa Editrice Poligrafia Universitaria, Firenze 1932, pp. 48-49.

¹⁹⁰ Volt, *Programma della destra fascista*, La Voce, Firenze 1924, p.50.

¹⁹¹ Ivi, p.52.

lavoro»¹⁹². Principio di gerarchia e avvento di una nuova classe dirigente si sorreggono a vicenda e innervano la rivoluzione fascista, espressione della «élite guerriera...sorta dalle schiere di Vittorio Veneto»¹⁹³. In questo contesto, il sindacalismo panunziano, esplicitamente menzionato¹⁹⁴, ha un'importanza puramente settoriale e 'tecnica', mentre il fascismo trova il suo perno nell'aristocrazia e nella gerarchia, nella forza governante di una nuova (paretiana) classe politica capace di ottenere l'obbedienza e l'adesione delle masse.

Volt è l'espressione di quel fascismo 'anti-moderno'¹⁹⁵ che costituisce una delle molte e significative facce del movimento (costantemente in bilico fra ruralismo e umori 'strapaesani' e industrialismo e sussulti 'modernizzanti'). Volt celebra l'élite e il principio di gerarchia vedendo nel fascismo la fine della «grande eresia» («da Lutero a Lenin») e dichiarando che «la società dell'avvenire non sarà fondata sulla 'Dichiarazione dei diritti dell'uomo' ma sul Sillabo»¹⁹⁶, ma anche un sociologo brillante ed informato come Pellizzi, che pure accusa Volt di essere il rappresentante della «corrente assolutistica del fascismo»¹⁹⁷, parla insistentemente di gerarchia e di aristocrazia.

I nuovi 'aristocrati' sono le 'squadre di azione', perché mostrano una «volontà autonoma, inflessibile e creatrice», hanno la forza e la fede¹⁹⁸, «non riconoscono istituzioni, bensì ne vogliono»¹⁹⁹. I nuovi 'aristocrati' sono i 'ras', i capi del movimento, i portatori di un nuovo modo di concepire e di realizzare il governo della società e dell'economia, che rompe con l'individualismo liberale. L'individuo fascista, il cittadino, il produttore, «accetta la propria funzione dall'alto e si riconosce un dovere che trascende *sempre* il suo individuale arbitrio. Egli è *organo* di una funzione sociale ed etica superiore: milite di un suo particolare esercito; è aristocrate in una nuovissima gerarchia»²⁰⁰.

Certo, la gerarchia aristocratica auspicata da Pellizzi non è quella di Volt, che (secondo Pellizzi) concepisce «gli ottimati dello Stato fascista come i funzionari di

¹⁹²Ivi, p.55.

¹⁹³ Ivi, p.80.

¹⁹⁴ Ivi, p.115. Cfr. le considerazioni di E. Gentile, *Le origini dell'ideologia fascista*, Laterza, Roma-Bari 1975, pp. 385 sgg.

¹⁹⁵ Sul nesso fra atteggiamenti 'antimoderni' e 'crisi della civiltà' cfr. M. Nacci, *La crisi della civiltà: fascismo e cultura europea*, O. Pompeo Faracovi (a cura di), *Tendenze della filosofia italiana*, cit., pp. 41-71.

¹⁹⁶ Ivi, p.155.

¹⁹⁷ C. Pellizzi, *Fascismo-Aristocrazia*, Alpes, Milano 1925, p.188.

¹⁹⁸ Ivi, p.101

¹⁹⁹ Ivi, p.106.

²⁰⁰ Ivi, p.120.

una grande nuova burocrazia, come gli ufficiali di un esercito, o come i nobili di una gerarchia rigida...», anziché premere sul tasto della mobilità, della concorrenza, del facile ricambio delle élites al fine di creare «uno Stato aristocratico aperto»²⁰¹. Pellizzi coltiva l'immagine di un fascismo che non è forza di conservazione ma energia di trasformazione (non «mimetica», ma «metessica»)²⁰², 'democrazia funzionale', dove l'autorità è distribuita secondo le funzioni e «le gerarchie, sempre aperte e mutevoli, sono determinate e mantenute in valore dai fini comuni del complesso sociale»²⁰³.

Pellizzi polemizza con Volt e non manca peraltro di dissentire anche da Volpicelli (la cui famigerata identificazione di Stato e società a suo avviso trascura il *proprium* del fascismo, ovvero l'irriducibilità dei governanti ai governati, il principio di un'autorità che non può che essere *ex alto*²⁰⁴): e pure la discussione e i dissensi presuppongono la condivisione di un'idea di gerarchia che, comunque concepita, svolge un ruolo chiave nell'articolazione del rapporto Stato-società²⁰⁵.

Figura generale del nesso Stato-società, il principio di gerarchia dimostra peraltro una sua plastica adattabilità a contesti e situazioni più specifici, ancorché direttamente o indirettamente riconducibili al profilo generale. Riceve così una nuova attenzione il concetto di gerarchia all'interno del diritto amministrativo²⁰⁶, si registra la necessità di riflettere approfonditamente sul «potere disciplinare» nell'ambito dei rapporti di lavoro, dal momento che il sistema corporativo, fondato sull'«ordine gerarchico e sulla intima e cordiale collaborazione tra datori di lavoro e dipendenti» non può fare a meno di rispondere a importanti questioni, quali «la misura dei poteri dell'imprenditore per il mantenimento della disciplina aziendale» e la natura delle pene disciplinari²⁰⁷. Il problema specifico della gerarchia e della

²⁰¹ Ivi, pp. 195-97.

²⁰² C. Pellizzi, *Problemi e realtà del Fascismo*, Vallecchi, Firenze 1924, pp. 71-72.

²⁰³ Ivi, 185.

²⁰⁴ C. Pellizzi, *Lo Stato corporativo e il problema dell'autorità*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», VI, 1933, pp. 151-54. Nel dopoguerra Pellizzi insisterà sulla vocazione tecnocratica e manageriale del corporativismo fascista, connettendosi con l'idea di rivoluzione manageriale di James Burnham: cfr. C. Pellizzi, *Una rivoluzione mancata*, Longanesi, Milano 1949.

²⁰⁵ Ancora intorno al nesso persona-diseguaglianza-gerarchia-ordine si incentra anche la riflessione di Julius Evola: una riflessione di grande interesse che, situata troppo ai margini del dibattito interno alla giuspubblicistica del fascismo, non può essere presa in considerazione in questa sede. E' comunque il caso di ricordare che un importante contributo di Evola su questo tema è stato ospitato dalla rivista «Lo Stato» (J. Evola, *Per una nuova scienza dello Stato*, in «Lo Stato», VIII, 1937, pp. 403-16).

²⁰⁶ Cfr. A. De Valles, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, *Lo Stato. Gli uffici*, Cedam, Padova 1931, pp. 278 sgg.

²⁰⁷ F. Maroi, *Il potere disciplinare nel diritto corporativo e sindacale*, in «Archivio giuridico», CX, 1933, pp. 13-14.

disciplina nei rapporti di lavoro trova una sua amplificazione ideale nell'orizzonte della solidale e gerarchica organizzazione corporativa²⁰⁸.

Riferito all'azienda e ai poteri dell'imprenditore o esteso all'intero ordine politico-sociale, il principio di gerarchia evoca comunque un riferimento obbligato alla 'disciplina'. Continua ad essere emblematica in questo senso l'associazione fra Stato, esercito, disciplina: «l'educazione civica dovrebbe essere diretta a dare e mantenere nei cittadini una disciplina quasi militare²⁰⁹; il senso civico è inseparabile da quel senso ('militare') della gerarchia che si traduce in una rigorosa disciplina del comportamento.

La disciplina è il riflesso soggettivo di un ordine economico e politico che procede «dall'individualismo verso la socializzazione» ed «è di tutta evidenza che socializzazione implica organizzazione e questa richiede disciplina»; la distribuzione gerarchica dei ruoli non produce il risultato sperato se non si accompagna all'individuale superamento dell'egoismo, «alla soggezione sempre più accentuata al dovere, alla società, allo Stato»²¹⁰. La funzione educativa del partito fascista e in genere del fascismo è appunto quella di plasmare gli italiani educandoli alla «disciplina» e alla «solidarietà» contro «l'indifferentismo» individualistico²¹¹.

Le citazioni si potrebbero moltiplicare *ad libitum*, data l'importanza che nella retorica politico-giuridica fascista riveste l'associazione fra gerarchia e disciplina. Per quanto diversificate siano le rappresentazioni del nesso Stato-società, l'elemento della gerarchia si offre comunque come la sua effettiva strutturazione, come il principio che ne rende possibile la solida instaurazione, ma non si limita ad agire sul terreno dell'oggettiva configurazione istituzionale: si prolunga 'verso il basso', inquadra le masse, le 'integra', investe il comportamento dei soggetti, ne rende possibile la disciplina, l'adesione solidale ai valori e agli schemi autoritativamente predisposti.

²⁰⁸ Cfr. ad es. P. Greco, *Gerarchia e disciplina nei rapporti di lavoro*, in «Il diritto del lavoro», XIII, 1939, pp. 153-61; L. Miglioranza, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in «Il diritto del lavoro», XIV, 1940, pp. 125-30;

²⁰⁹ A. Pagano, *La crisi del concetto di Stato* (1920), in A. Pagano, *Idealismo e nazionalismo*, cit., p.172.

²¹⁰ A. Cicu, *L'idea di dovere e l'idea del diritto*, cit., p.54.

²¹¹ V. Miceli, *Il partito fascista e la sua funzione in Italia*, Imperio, Milano 1924, p.77.

9. 'Stato totalitario' e 'regime'

L'ideale 'totalitario', l'obiettivo di saldare senza residui la società allo Stato, può contare, per la giuspubblicistica degli anni Venti e Trenta, sulla sinergia di numerosi concetti-chiave. Non è quindi improprio che Panunzio, guardando sinteticamente allo Stato fascista, metta insieme una serie di caratterizzazioni apparentemente ridondanti: lo Stato fascista è uno Stato sindacal-corporativo, è uno Stato-partito, uno Stato ecclesiastico, fondato su una fede²¹², è uno Stato gerarchico e autoritario²¹³, uno Stato «governativo, dittatoriale in senso lato, autoritario, accentrato», ma anche uno «Stato di grandi masse, anzi uno Stato tipicamente popolare, di democrazia quasi diretta»²¹⁴.

Al di là degli apparenti ossimori, ricorrono nelle definizioni panunziane le connessioni principali che caratterizzano il campo semantico 'totalitario': fra queste, il tema dell'impronta 'dittatoriale' e 'governativa' che lo Stato fascista non può non assumere. Il tema della forza ordinante dello Stato, quindi la sua capacità, come direbbe Costamagna, di integrare autoritariamente la società a se stesso, non può non dar luogo ad una serie di riflessioni sulle istituzioni di vertice.

Che l'impetuoso e contraddittorio allargarsi della democrazia nel dopoguerra (tanto in Germania quanto in Italia) contribuisse a far apparire come nevralgico il tema dell'autorità non è una scoperta della pubblicistica fascista. Si pensi al celebre dibattito, nella Germania di Weimar, sul 'custode della costituzione', innescato dalla proposta schmittiana di vedere nel presidente del *Reich* un 'potere neutro' di constantiana memoria, un supremo punto di equilibrio sottratto alle sempre più fallimentari mediazioni partitiche e disponibile ad essere interpretato nella chiave di una 'nuova' legittimità plebiscitaria²¹⁵.

Con qualche anno di anticipo, nel '22, guardando alla diversa, ma certo non più facile, situazione politico-sociale italiana Giuseppe Capograssi coltiva apprensioni e registra tendenze non troppo diverse da quelle emergenti anche nel dibattito transalpino²¹⁶. A suo avviso, la radicalizzazione delle istanze democratiche, caratteristiche di molte società europee e anche dell'Italia del dopoguerra, impone di considerare in una nuova luce il ruolo del Capo di Stato come del Gabinetto: per

²¹² S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato*, cit., p.19

²¹³ Ivi, pp. 60-61

²¹⁴ Ivi, p.106.

²¹⁵ C. Schmitt, *Il custode della costituzione* (1931), cit., pp. 198 sgg.

²¹⁶ Si pensi al 'cesarismo' weberiano. W. J. Mommsen, *Max Weber e la politica tedesca: 1890-1920*, Il Mulino, Bologna 1993, pp. 575 sgg.

quanto riguarda il primo, Capograssi evoca (come farà Schmitt) il 'potere neutro' di Constant e ricorda la necessità di disporre di un organo capace di valutare «le varie correnti parlamentari» e giudicare «anche della necessità di ascoltare il giudizio del corpo elettorale», mettendo da parte «il rispetto della volontà della Camera per ascoltare il voto del paese»²¹⁷; per quanto riguarda il secondo, una componente della crisi, anzi «il vero problema delle democrazie contemporanee», è «la creazione del Premier»: solo disponendo di «grandi capi» il regime democratico può funzionare perché solo per quella via «il problema dell'autorità» può dirsi risolto²¹⁸.

È appunto alla crisi della democrazia e all'esigenza di una nuova e più salda autorità che il fascismo ritiene di dare una risposta vincente. Rocco, quando illustra la legge sulla prerogativa del Capo del governo, la presenta esplicitamente come una rilevante modifica della costituzione vigente, imposta però dalla crescente impotenza del pluralismo partitico e del parlamentarismo. Se il parlamento poteva funzionare come interprete delle élites economiche e politiche dell'Italia ottocentesca, ora che sono «entrate le masse nella vita dello Stato» è indispensabile la ferrea unità di iniziativa e di decisione di un Capo²¹⁹.

Il rapporto Stato-società muta profondamente in rapporto al carattere 'di massa' della società stessa e impone una trasformazione simultanea tanto della 'base' quanto del 'vertice'. Al vertice la rivoluzione fascista coincide con la nuova importanza assunta dal governo e, in esso, dal suo Capo: un tratto essenziale dello Stato fascista è, per Panunzio, la «governatività», frutto di una rivoluzione che ha fatto del Capo del governo il centro del nuovo sistema costituzionale²²⁰.

Panunzio sta insistendo su un'idea che, ormai patrimonio comune della giuspubblicistica fascista, era stata rigorosamente approfondita, qualche anno prima, da un saggio (originariamente la tesi di laurea) di Costantino Mortati (cui Panunzio non mancherà di riferirsi elogiativamente²²¹). E' al governo che per Mortati compete l'onere di realizzare *in action* l'unità dello Stato, determinandone e realizzandone i fini in quanto organo responsabile dell'«indirizzo politico generale»²²². Se questo è vero in generale, questo profilo si accentua notevolmente con lo Stato realizzato dal

²¹⁷ G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta*, in G. Capograssi, *Opere*, Giuffrè, Milano 1959, vol. I, p. 563.

²¹⁸ *Ivi*, p. 573.

²¹⁹ A. Rocco, *Legge sulla prerogativa del Capo del Governo*, in A. Rocco, *Scritti*, cit., vol. III, cit., p. 927.

²²⁰ S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato*, cit., pp. 55-56.

²²¹ *Ivi*, p. 113.

²²² C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, A.R.E., Roma 1931, p.18.

fascismo. I fini del nuovo Stato non si esauriscono nella difesa dei diritti individuali ma li trascendono mirando ad attuare «una costante e completa connessione fra lo Stato e la società: «la società ...si fa essa stessa Stato» integrandosi con esso grazie alla forza ordinante ed unificante del principio corporativo. Di questo compito allora può farsi carico non un parlamento diviso da interessi contrastanti e inconciliabili, tanto meno un esecutivo genericamente rafforzato da un ipotetico ‘ritorno allo Statuto’, ma un governo di tipo nuovo impegnato a realizzare «la disciplina delle relazioni fra le classi allo scopo di dirimerne i contrasti secondo una norma di giustizia»²²³.

Il ‘farsi Stato’ della società, il processo di sussunzione della società nello Stato, suppone, per un verso, una riorganizzazione delle forze sindacali e politiche, ma, per un altro verso, esige un nuovo assetto che all’incapacità decisionale del vecchio parlamentarismo opponga la forte attività di direzione e di decisione del governo²²⁴. Il governo però, a sua volta, esprime fino in fondo la sua capacità decisionale in quanto ‘personalizzato’, legato ad una personalità eminente, secondo una logica di ‘personalizzazione del potere’ che, se è un fenomeno generale delle moderne società di massa, in Italia assume le caratteristiche storicamente irripetibili ed eccezionali del ‘duce’ del fascismo²²⁵.

Certo, l’analisi ravvicinata delle caratteristiche strutturali di un regime crea alla costituzionalistica degli anni Trenta non pochi problemi, vista la singolare commistione di elementi eterogenei (e potenzialmente conflittuali) che caratterizza l’assetto costituzionale fascista. Per il ‘tradizionalista’ Ranalletti la soluzione più convincente è comprensibilmente quella di ricondurre a schemi consolidati la forma di governo fascista, identificandola, se non con un sistema di governo costituzionale *tout court*, visto che il potere governativo è esercitato direttamente dal capo del governo, almeno con una sua variante²²⁶.

Si potrà però anche premere sul pedale della discontinuità facendo notare che nel nuovo regime non si è semplicemente sancita l’indipendenza del Governo dal Parlamento, ma si è realizzata «la prevalenza politica» del secondo sul primo,

²²³ Ivi, pp. 61-64. Su Mortati cfr. F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, E.S.I., 1989; M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 1990.

²²⁴ Le testimonianze sono numerosissime. Cfr. ad esempio E. Bonaudi, *Dei limiti della libertà*, cit., pp. 72 sgg.; P. Chimienti, *L’organizzazione nazionale fascista*, cit., pp. 12 sgg.; P. Biscaretti di Ruffia, *Il regime degli Stati uniti e il regime fascista*, Paravia, Firenze 1933.

²²⁵ Cfr. ad es. V. Miceli, *Il partito fascista*, cit, p. 61; C. Pellizzi, *Problemi e realtà*, cit., p. 15;

²²⁶ O. Ranalletti, *Il Gran Consiglio del fascismo e la forma di governo dello Stato italiano*, in «Rivista di diritto pubblico», XXI, 1929, pp. 337-38.

realizzando una forma costituzionale originale che sfugge agli schemi finora sperimentati²²⁷ e che comunque ha il suo epicentro nella posizione preminente del Capo del governo sul parlamento²²⁸. Tenendo conto del nesso che lo Stato fascista intrattiene con la nazione intera senza passare attraverso i vecchi meccanismi della rappresentanza parlamentare, lo Stato fascista può anche essere definito come uno «Stato nazionale plebiscitario»²²⁹. Quando però si vuole caratterizzare più da vicino la forma di governo del fascismo è inevitabile moltiplicare gli aggettivi e parlare ad esempio di governo «monarchico, costituzionale, rappresentativo, a tipo corporativo», determinato nel suo indirizzo politico dal Capo del governo, e, infine, «totalitario»²³⁰; l'orientamento dominante sottolinea comunque l'originalità del governo fascista, la sua irriducibilità a forme storicamente collaudate, salvo insistere semmai sulla preminenza riservata al ruolo Capo del governo²³¹.

Quale che sia la denominazione proposta, è diffusa la convinzione che l'originalità e la legittimazione storica del fascismo derivano dall'intreccio di due elementi complementari: l'aver risolto la crisi dello Stato superando l'imbelle parlamentarismo a vantaggio di un assetto costituzionale caratterizzato dal decisivo potere del governo, avere accentuato, nell'organizzazione del governo, il ruolo del Capo grazie alla presenza, storicamente eccezionale, della carismatica personalità del Duce.

Viene così a saldarsi al vertice, grazie all'esistenza di un governo forte e 'personalizzato', quel processo di 'totalitaria' riconduzione della società allo Stato i cui snodi intermedi erano stati volta a volta identificati con il partito, le strutture sindacal-corporative, i meccanismi di propaganda e di formazione del consenso, l'impegno sacrificale e solidale dell'individuo. Individuo 'solidale' e governo forte sono dunque gli elementi estremi di quell'asse Stato-società intorno al quale si viene costituendo il campo semantico 'totalitario'. È appunto per denotare il complessivo

²²⁷ G. M. De Francesco, *Leggi costituzionali fasciste e forma di governo*, in «Rivista di diritto pubblico», XXIII, 1931, pp. 564-67.

²²⁸ D. Donati parla ad esempio di governo monarchico presidenziale (cfr. D. Donati, *Il governo del re nella classificazione delle forme di governo*, in D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova 1966, vol. II, pp. 335-50).

²²⁹ A. Groppali, *Fondamenti e caratteri dello Stato fascista*, Atti del centro di Studi corporativi, Cagliari 1938-39, pp. 16-17.

²³⁰ P. Biscaretti di Ruffia, *La qualificazione giuridica della forma di governo dell'Italia*, in «Rivista di diritto pubblico», XXXI, 1939, p. 541.

²³¹ Cfr. E. Crosa, *Sulla classificazione delle forme di governo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, cit., pp. 441-72; G. M. De Francesco, *Il Governo Fascista nella classificazione delle forme di governo*, in op. ult. cit., pp. 473-92.

processo di sussunzione della società nello Stato che viene introdotto (o ridefinito) un termine apposito: 'regime'.

'Regime', per Panunzio, non indica qualsiasi forma di Stato: applicato al fascismo, 'regime' non denota una forma di governo, non si riferisce ad un aspetto specifico dello Stato o della società, ma raccoglie in sé la totalità degli elementi che, insieme, definiscono l'Italia fascista, include «lo Stato nell'atto del suo prodursi», il contenuto soggettivo ed oggettivo della sua instaurazione e della successiva strutturazione²³². Critico, come sempre, nei confronti di Panunzio, anche Costamagna, in realtà, condivide in sostanza l'esigenza di indicare con il termine 'regime' la totalità degli elementi caratterizzanti la nuova Italia fascista: il regime può essere definito a suo avviso «la costituzione vivente di uno Stato», «l'insieme di tutte le energie di una popolazione considerate nel loro movimento per l'attuazione dello Stato»²³³.

Unione dell'individuo e dello Stato in un «programma di vita», organizzazione del potere e assetto complessivo dei rapporti²³⁴, il regime assume per Perticone tutta la sua pregnanza quando riferito all'odierna società di massa. Nel regime di massa domina il rapporto diretto fra i gregari e il capo: non siamo però di fronte ad una versione aggiornata della 'dittatura', perché il regime è un sistema articolato e complesso e presuppone il partito e la mediazione di una capillare gerarchia²³⁵. Cancellato il vecchio sistema pluripartitico, il regime di massa è un «sistema totalitario di comunità»²³⁶, che impone una profonda revisione dei vecchi schemi – lo stesso concetto di popolo deve evolversi verso il concetto di «comunità 'razziale'» – e include in se stesso tanto lo Stato quanto la società, esprimendo appunto la 'totalitaria' unificazione dei due termini in una realtà di ordine superiore²³⁷.

Il fascismo non è la dittatura del capo del governo oppure uno Stato a partito unico o ancora il veicolo dell'organizzazione corporativa della società: proprio perché sintesi non riducibile a nessuno di questi tratti, che pure tutti insieme costituiscono momenti imprescindibili della nuova realtà politico-sociale, il

²³² S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato*, cit., pp. 542-43.

²³³ C. Costamagna, *Dottrina del fascismo*, cit., pp. 99 sgg.

²³⁴ G. Perticone, *La concezione speculativa dell'attività giuridica, II*, cit., pp. 17 sgg.

²³⁵ G. Perticone, *Studi sul regime di massa*, Bocca, Torino 1942, pp. 79 sgg.

²³⁶ Ivi, p.142

²³⁷ Ivi, pp. 142 sgg. Sul concetto di regime cfr. anche G. Chiarelli, *Il concetto di 'regime' nel diritto pubblico*, in «Archivio giuridico», CVIII, 1932, pp. 203-220; P. Biscaretti di Ruffia, *Le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo*, Giuffrè, Milano 1940, pp. 8 sgg.

fascismo può essere identificato con un regime di nuovo tipo correttamente denominabile come «totalitario»²³⁸.

10. 'Stato totalitario' e individuo

Il campo semantico 'totalitario' viene costituendosi intorno all'asse 'Stato-società' grazie ad una pluralità di espressioni che agiscono di conserva nel mostrare il necessario movimento di sussunzione della società nello Stato. Mi rendo conto che questa affermazione, nella sua perentorietà, rischia di apparire unilaterale e schematica, nel momento in cui sembra attribuire alla giuspubblicistica del fascismo una compattezza e un'univocità di ispirazioni e di intenti *prima facie* inconciliabile con la pluralità di indirizzi e con le vivaci polemiche che la hanno caratterizzata nell'arco del ventennio e si sono riflessi, come ho tentato di mostrare, anche nello specchio del lessico 'totalitario'. Credo però che i due rilievi siano solo superficialmente incompatibili fra loro: non perché i dissensi siano epidermici e trascurabili, ma perché le contrapposizioni e i conflitti che coinvolgono la giuspubblicistica del fascismo presuppongono comunque l'appartenenza ad un'*ecclesia* (per dirla con Panunzio) che impone la condivisione di schemi, valori, stilemi soggiacenti. Se è vero quindi che quasi intorno ad ogni espressione attratta nel campo semantico 'totalitario' Costamagna, Panunzio, Volpicelli, Ranelletti (e così via enumerando) duellano accanitamente, è altrettanto vero che dal fitto intreccio di interventi e di polemiche si sviluppa una struttura di senso che non sembra temerario presentare come unitaria (almeno nella sua direzione prevalente).

Quale sia questa struttura di senso conviene ora conclusivamente mettere a fuoco richiamando l'attenzione su una sua caratteristica di carattere generale, una caratteristica che emerge non tanto dall'una o dall'altra singola espressione quanto dall'intero gioco lessicale considerato e ha a che fare con il soggetto, con i suoi diritti e con la sua posizione di fronte alla comunità politica²³⁹.

Organizzato intorno all'asse Stato-società, il campo semantico 'totalitario' si risolve in una molteplicità di espressioni che fanno a gara nel dimostrare la

²³⁸ C. Costamagna, *Dottrina del fascismo*, cit., p.161.

²³⁹ Cfr. le acute osservazioni di un contemporaneo, Karl Polanyi, che individua nell'organicismo di Spann (e nel conseguente declassamento dell'autonomia dell'individuo) il fulcro del fascismo: K. Polanyi, *L'essenza del fascismo* (1935), in *La libertà in una società complessa*, Bollati Boringhieri, Torino 1987, pp. 90 sgg. Cfr., in termini generali, P.G. Zunino, *L'ideologia del fascismo. Miti, credenze e valori nella stabilizzazione del regime*, Il Mulino, Bologna 1985, pp. 159 sgg. Su Spann cfr. L. Ornaghi, *Stato e corporazione*, cit, *passim*.

compattezza del processo di sussunzione della società nello Stato, l'inesistenza di residui, di deviazioni, di contraddizioni entro la *reductio ad unum* realizzata dal 'movimento della totalità'. Nella rappresentazione di questo movimento il tema della soggettività è adombrato in due modi, apparentemente incompatibili, ma in realtà complementari: da una parte si sottolinea il carattere 'oggettivo' di un processo che raggiunge l'unità grazie all'intreccio di forze e istituzioni che trascendono o mettono in parentesi il soggetto, mentre dall'altra parte si valorizza proprio l'apporto della soggettività nella costruzione del nuovo ordine.

Valga, come esempio del primo tipo, la ridefinizione del nesso rappresentativo che si viene instaurando fra Stato e società. L'immagine della rappresentanza come momento della libera auto-organizzazione dello Stato (corrente nella giuspubblicistica prefascista) viene 'sovradeterminata' sfociando nella tesi dell'irrelevanza (per così dire ontologica e metodologica) dell'individuo nella fondazione e nello svolgimento del processo politico-giuridico. L'avversione al 'modello francese', manifestata in mille forme da ampi settori della cultura ottocentesca, la condanna del contrattualismo e del primato delle atomistiche volontà individuali, vengono ecletticamente raccolte dalla retorica politico-giuridica fascista per ridefinire la rappresentanza come legame puramente 'oggettivo' fra due grandezze – lo Stato e la società – impegnate in un processo di reciproca immedesimazione o meglio di sussunzione della seconda nella prima.

La rappresentatività dello Stato, il nesso rappresentativo che riconduce la società allo Stato, non evoca il momento individuale, ma si appoggia sui gruppi e sulle istituzioni, sui ruoli e sulle gerarchie, sugli apparati nei quali si risolve l'assetto corporativo e politico del regime. A ricondurre la società allo Stato è una trama istituzionale che, nel momento in cui 'organizza' i soggetti, sembra poterne prescindere: il sistema sembra funzionare grazie alla sua 'oggettiva' conformazione, grazie all'impulso che dal vertice si propaga lungo i canali gerarchici e investe l'intero spazio sociale senza lasciare alcun interstizio incustodito.

Se dunque la società si 'statualizza' senza bisogno di ricorrere all'intervento individuale, ciò non impedisce che i soggetti facciano la loro comparsa nel campo semantico 'totalitario' ad altro titolo: non come protagonisti di un processo che si svolge comunque 'senza' di loro, ma in quanto coinvolti in esso. La discussione sul nesso (di contiguità o di opposizione) fra 'Stato totalitario' e 'Stato di diritto' è il luogo deputato alla rappresentazione della condizione giuridica degli individui, del

fondamento e della modalità dei loro diritti. Il profilo è delicato e complesso ma le linee portanti sono relativamente chiare.

In primo luogo, lo statocentrismo prevalente nella tradizione prefascista può essere accolto (ed enfatizzato) al fine di evitare ogni 'giusnaturalistica' assolutizzazione dell'individuo e rendere integralmente 'storico-positivo', quindi variabile e contingente, il regime dei diritti individuali: da questa premessa, però, si possono trarre conclusioni diverse; si può presentare lo Stato fascista (e la sua Carta del lavoro) come l'ultima tappa di quel crescente dominio del 'giuridico' iniziato con il costituzionalismo moderno²⁴⁰, oppure insistere sull'assoluta trascendenza dei fini nazional-statali (magari ricorrendo ad un altro collaudato concetto, il concetto della 'necessità') e restringere di conseguenza l'autonomia dei diritti, senza necessariamente annullare la loro (contingente) preservazione.

In secondo luogo, e di conseguenza, quanto si più aggancia il fondamento dei diritti individuali agli interessi superiori della nazione aggressiva ed espansionistica tanto più si tende ad adottare la distinzione (anch'essa ottocentesca) fra 'Stato giuridico' e 'Stato di diritto' risolvendo il secondo nel primo: in questa prospettiva non si fa più assegnamento su un catalogo di diritti individuali (storicamente contingenti e rimovibili, ma precisamente determinati nel loro contenuto), ma ci accontenta della garanzia generale e formale riposta nel carattere giuridico (regolare, 'normato') che la volontà dello Stato continuerà ad assumere.

In terzo luogo, la tutela di una sfera giuridica individuale è compatibile con gli assunti fondamentali dello 'Stato totalitario' a patto di evitare di attribuire all'individuo un ruolo protagonista e decisionale. A questo scopo si esaspera la distinzione fra i diritti del soggetto 'privato' e i diritti politici: se questi ultimi sono travolti dal fuoco combinato degli argomenti anti-contrattualistici e anti-individualistici, i primi possono fiorire grazie ad alcuni presupposti cui è possibile solo accennare: per un verso, libertà (privata) e proprietà vengono tutelate in nome del superiore interesse produttivo della nazione – siamo di fronte ad un'ennesima variante di quella 'terza via' che in diversi contesti, nel corso dell'Ottocento, è stata raccomandata come 'intermedia' rispetto ai 'cattivi' estremi dell'individualismo e del collettivismo; per un altro verso, il nesso conclamato fra interesse privato e produzione nazionale tende a suggerire, nei confronti della stessa sfera 'privata', un doppio regime di intervento, rispettivamente 'garantista' o 'interventista', a seconda

²⁴⁰ F. Battaglia, *Le carte dei diritti*, cit.

che ci si riferisca alla proprietà o all'impresa, prefigurando quindi un diverso regime di 'pressione' sulla sfera dell'autonomia privata.

Attraverso le maglie della distinzione (o connessione) 'Stato totalitario'/'Stato di diritto' l'individuo raggiunge dunque il campo semantico 'totalitario' non più come un elemento che gioca il suo ruolo 'in absentia' (come avviene in rapporto alla descrizione dell'oggettivo processo di sussunzione della società nello Stato), ma come presenza in qualche modo visibile: il soggetto è visibile in quanto relegato in una posizione meramente 'privata' oppure perché assunto come una realtà residuale (rispetto al nesso Stato-società) e funzionale (rispetto all'interesse superiore dello Stato-nazione).

Solo in un caso sembra di poter assistere al trionfo del soggetto: quando l'affermazione del carattere 'etico' dello Stato conduce i gentiliani (ma non soltanto loro) a celebrare il ruolo fondante della soggettività. La soggettività postulata dal carattere etico dello Stato, però, non può essere confusa (come si è avuto modo di vedere) con l'individuo empirico: sono in questione non le singole individualità e le loro contingenti, variabili aspettative, i loro occasionali e conflittuali interessi, ma la vocazione profonda del soggetto, il processo attraverso il quale ognuno si rende compiutamente uomo trascendendo (come scriveva Volpicelli) la sua immediatezza, cogliendo nello Stato, insieme, la «forma piena e perfetta della società» e la «forma essenziale dell'umana persona»²⁴¹.

La soggettività trionfa in quanto gli individui 'empirici' si dissolvono (o si trascendono) nelle loro individualità e si ritrovano, concordi ed omogenei, in quello Stato che realizza la profonda e autentica identità di ciascuno. Il trionfo della soggettività (metaempirica), la metabasi dai soggetti al Soggetto non sono figure innocue o marginali nel costituirsi del campo semantico 'totalitario': è attraverso di esse che prende campo non l'individuo 'come tale', ma una 'soggettività' che non entra in rotta di collisione con il processo 'oggettivo' del rifluire della società nello Stato, ma lo integra e lo completa venendo a costituire un tratto originale ed insostituibile dello 'Stato totalitario'.

La valorizzazione della soggettività non corre alcun rischio di introdurre dalla finestra la molteplicità anarchica degli interessi e delle aspettative conflittuali che l'oggettiva trama delle istituzioni gerarchicamente organate aveva gettato fuori dalla porta. Al contrario, è nell'interno del soggetto che ora si conduce la battaglia per

²⁴¹ V. *supra* nota 169.

l'unità e per l'omogeneità. La molteplicità delle scelte individuali scompare a vantaggio dell'uniforme riconoscersi in una verità più profonda.

Lo Stato cessa allora di essere una realtà estrinseca per essere 'riconosciuto' come la forza propria dei soggetti. La 'democrazia autoritaria' od 'organizzata' (spesso menzionata dalla pubblicistica fascista) trova ora una forte saldatura 'soggettiva' ma non per questo è disposta ad affidarsi semplicemente alla spontanea vocazione statale dei soggetti. I soggetti 'riconoscono' lo Stato ma lo Stato a sua volta non attende inerte la loro adesione: la ricerca, la stimola, la organizza. Il momento della propaganda (con relativi ministeri, istituzioni centrali e periferiche, organi di stampa, attrezzature tecniche ecc.) non entra nel campo semantico 'totalitario' dalla porta di servizio: vi si insedia associandosi a quella componente 'soggettiva' che, debitamente trattata, non mette in pericolo l'unità dell'insieme, ma la rafforza definitivamente.

Il momento soggettivo non è espunto, ma viene anzi coltivato in una molteplicità di direzioni (la 'mistica fascista'²⁴², la creazione dell' 'uomo nuovo') che restano, se si vuole, ai margini del dibattito teorico-politico e teorico-giuridico ma non fanno niente altro che radicalizzare e assolutizzare atteggiamenti e preoccupazioni ad esso tutt'altro che estranei. Ed è anche da questo punto di vista che da parte di alcuni ideologi del regime (ad esempio da Panunzio) viene comprensibilmente valorizzato il ruolo del partito, presentato non solo come tramite fra società e Stato, ma anche come sintesi fra momento soggettivo ed oggettivo, come realtà incorporata nella struttura dello Stato come suo organo o parte, ma nello stesso tempo forza capace di immettere linfa nuova e vitale nella vita istituzionale del regime grazie alla convinta e attiva adesione dei suoi membri. Ancora una volta l'identità politica del soggetto passa attraverso l'identificazione con un partito che solo in quanto 'totale' (unitario, omogeneo, gerarchico, unico) ha svolto e può continuare a svolgere una funzione fascisticamente legittima.

La saldatura fra momento oggettivo e momento soggettivo, fra logica gerarchica e adesione 'militante', se pure si attua esemplarmente nel partito, non si esaurisce comunque in esso, ma connota nel suo complesso quel nesso Stato-società che

²⁴² Alla "Scuola di mistica fascista", fondata nel '30 e vitale fino al '43, partecipano, fra gli altri, anche giuristi come Maggiore, impegnato nel convegno di Milano del '40 con una relazione su "Razionalismo, volontarismo, misticismo, romanticismo nella politica". Cfr. D. Marchesini, *La scuola dei gerarchi. Mistica fascista: storia, problemi, istituzioni*, Feltrinelli, Milano 1976, pp. 72 sgg. Da un altro punto di vista, valorizza opportunamente l'investimento 'religioso' della politica fascista E. Gentile, *Il culto del littorio. La sacralizzazione della politica nell'Italia fascista*, Laterza, Roma-Bari 1993.

costituisce l'asse portante del campo semantico 'totalitario'. La sussunzione della società nello Stato, se per un verso evoca l'immagine di un plesso istituzionale che senza vuoti e smagliature si estende sull'intera società organizzandola gerarchicamente, per un altro verso esige il bando sistematico dell'eterogeneità, il riconoscersi di tutti nell'omogeneità di una fede e di un'appartenenza comuni.

11. *La 'destrutturazione' del campo semantico 'totalitario' negli anni Quaranta.*

Alla fine degli anni Trenta il campo semantico 'totalitario' si è assestato intorno ad alcuni assi tematici delineati nel corso di un dibattito che nel quindicennio precedente aveva visto una intensa e significativa partecipazione della cultura giuridica: tutt'altro che omogenea al suo interno, anzi divisa nel giudizio sulla tradizione prefascista, nei presupposti di metodo e nelle singole soluzioni volta a volta prospettate, ma nel suo complesso coralmente impegnata in una serrata analisi delle istituzioni e delle caratteristiche del nuovo regime.

Se dunque alle soglie degli anni Quaranta il lessico 'totalitario' raggiunge, dopo una non breve e non semplice gestazione, una sua precisa fisionomia, è il contesto politico-istituzionale nel quale e per il quale quel lessico si era venuto formando che muta di lì a pochissimo con drammatica rapidità, dando luogo ad un impressionante vuoto di potere²⁴³. Se quindi, per un verso, il crollo del regime provoca il collasso di concetti e strategie retoriche da esso inseparabili, per un altro verso il 'vuoto' provocato dal collasso istituzionale, per non parlare degli effetti incrociati delle 'tre guerre'²⁴⁴ che imperversano sulla scena italiana, genera un disorientamento culturale che rende difficile una rapida messa a punto di un linguaggio alternativo. Non è quindi sorprendente che negli anni Quaranta lo smontaggio del lessico 'totalitario' non possa giovare di apporti teorico-giuridici altrettanto numerosi e articolati di quelli che nel decennio precedente avevano permesso la sua graduale elaborazione.

Ciò non toglie però che negli anni Quaranta emergano i segni di un'alternativa in due contesti profondamente diversi fra loro, ma non privi di significativi collegamenti: prima nelle frange più inquiete di una cultura teorico-giuridica che,

²⁴³ Pombeni parla di «un'ora zero delle istituzioni, quale raramente si verifica nella storia» (P. Pombeni, *Partiti e sistemi politici*, cit., p. 505). Sulla crisi degli intellettuali cfr. L. Mangoni, *Civiltà della crisi. Gli intellettuali tra fascismo e antifascismo*, in AA. VV., *Storia dell'Italia repubblicana, I, La costruzione della democrazia: dalla caduta del fascismo agli anni Cinquanta*, Einaudi, Torino 1994, pp. 615-718.

²⁴⁴ Cfr. C. Pavone, *Una guerra civile. Saggio sulla moralità nella Resistenza*, Bollati Boringhieri, Torino 1991; C. Pavone, *Alle origini della repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino 1995.

negli anni estremi del regime, inizia a compiere un percorso inverso a quello che, nel quindicennio precedente, aveva condotto al consolidamento del lessico 'totalitario'; poi nei dibattiti dell'assemblea costituente, dove la progettazione di un nuovo assetto costituzionale esige una critica serrata dei fondamenti di legittimità dell'ordine precedente.

11.1 'Stato di diritto' vs. 'Stato totalitario'? Il 'principio di legalità'

Un segnale di insoddisfazione nei primi anni Quaranta è ravvisabile in alcune riflessioni teorico-giuridiche che vengono a toccare, direttamente o indirettamente, un tema centrale del campo semantico 'totalitario': il rapporto fra Stato e diritto, il nesso 'Stato totalitario'-'Stato di diritto', il problema dei limiti e del valore del 'principio di legalità'.

Esce nel '42 un libro di un giovane filosofo del diritto, Flavio Lopez de Oñate, dedicato al problema della 'certezza del diritto', fatto segno dell'attenzione (ora solidale ora critica) di giuristi di notevole spessore intellettuale quali Calamandrei, Carnelutti, Fedele, Capograssi. Si tratta di un contributo ingannevolmente semplice: in esso infatti campeggia il tema che dà il titolo al volume (la certezza del diritto, il principio di legalità) ed effettivamente costituisce il filo conduttore dell'analisi; questa però include anche allusioni e intenzioni in qualche modo 'nicodemicamente' meno visibili nonché connessioni tematiche meno evidenti, tanto da rendere tutt'altro che semplice il compito di una sua precisa comprensione storica.

Il tema centrale è chiaramente definito: si tratta di contrapporre ad un diffuso e crescente senso di crisi, di una crisi che muove dall'identità individuale²⁴⁵ per investire il mondo del diritto²⁴⁶, un punto fermo e indiscutibile che Lopez ritiene di individuare nella legge. La centralità della legge è stata messa in crisi da una pluralità di fattori, che secondo il nostro autore vanno da un'eccessiva attenzione alla concretezza delle singole individualità al privilegiamento di un diritto che, lungi dal coincidere con l'assetto oggettivo delle norme, con un sistema di prescrizioni giuridiche capace di offrire fissi e stabili parametri all'azione individuale e collettiva, coincide con la società stessa, si identifica con un ordine sociale che genera e modifica le regole in vista dei mutevoli scopi che volta a volta si propone²⁴⁷.

²⁴⁵ F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968, pp. 25 sgg.

²⁴⁶ Ivi, p. 37.

²⁴⁷ Ivi, pp. 104-105.

Il bersaglio polemico esplicito è la Germania: non solo la Germania nazionalsocialista, ma anche la Germania del giusliberismo otto-novecentesco, accomunate dalla svalutazione della legge a vantaggio di un suo uso strumentale e teleologico. Non fa differenza per Lopez che a parlare contro l'astrattezza della legge siano Kantorowicz o i teorici del Terzo Reich: una volta aperto un varco nella cittadella della legalità, attraverso di esso passano non solo le esigenze equitative (indebitamente drammatizzate) del giusliberismo, ma anche quell'uso strumentale dello Stato e della legge condiviso dai nazionalsocialisti come dai bolscevichi e responsabile della dominante incertezza del presente²⁴⁸.

L'alternativa alla crisi e allo Stato-mezzo è l'affermazione (o il ripristino) del senso della legge e del principio di legalità, perché è dal primato della legge che nasce per Lopez la 'securitas' dell'individuo: certezza del diritto e sicurezza dello spazio individuale si appoggiano a vicenda. La certezza del diritto viene efficacemente identificata da Lopez con la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione individuale: solo se il diritto mantiene la sua oggettiva e inalterabile consistenza, solo se non muta arbitrariamente a seconda delle contingenze del momento, esso si offre come «coordinamento obiettivo dell'azione»²⁴⁹. La stessa obbedienza alla norma, quindi la condizione di legittimità dell'ordine, si fonda sul fatto che l'assetto normativo fa discendere dal comportamento individuale conseguenze determinate e inalterabili²⁵⁰.

È dunque perfettamente chiaro il bersaglio polemico (il nazionalsocialismo, la politicizzazione dell'operato del giudice, l'uso strumentale del diritto) ed è altrettanto chiaro il principio contrapposto: il primato della legge e la conseguente prevedibilità degli effetti dell'azione. È però assai più sfumata e incerta l'applicazione del principio al dibattito italiano. I motivi sono diversi e complessi e vanno ricondotti primariamente, come è ovvio, al 'nicodemismo' imposto dal controllo poliziesco delle opinioni dissenzienti, ma non si identificano semplicemente con la necessità di ricorrere ad allusioni o di impiegare meccanismi di 'depistaggio' del censore. Non si può dire quindi che la polemica antinazista sia condotta semplicemente all'insegna del 'de te fabula narratur' perché la 'fabula' in questione non è esattamente la medesima in Germania e in Italia. Prendere le distanze dalle critiche nazionalsocialiste allo 'Stato di diritto' rischia quindi di essere un'arma spuntata o una critica troppo indiretta per riuscire ad entrare nel vivo della

²⁴⁸ Ivi, pp. 85 sgg.

²⁴⁹ Ivi, p.48.

²⁵⁰ Ivi, pp. 52-53.

situazione italiana: dove il problema del rapporto fra 'Stato di diritto' e 'Stato totalitario', come sappiamo, è stato (non sempre ma spesso) risolto non tanto giocando sulla radicale incompatibilità dei due termini, quanto avvalorando l'immagine di uno Stato fascista che si compie (anche, non soltanto) attraverso il diritto.

Lopez infatti, nelle pagine conclusive, insiste sulla necessità di far centro sul principio di legalità e di investire di esso l'intero ordinamento statale, appellandosi (con assonanze constantiane) al valore delle forme come strumento di contenimento dell'arbitrio: non esiste un'opposizione di sostanza fra 'Stato di diritto' e 'Stato etico' – ricorda Lopez citando Volpicelli – ed il regime fascista, in tutto l'arco del suo sviluppo, nel '26 come nel '42, ha sempre coltivato l'idea di un'amministrazione rispettosa delle norme, ispirata al principio di legalità. E' un trucco 'nicodemico'? Certamente lo è: tanto che la frase conclusiva del libro è un acrostico che si risolve argutamente nella frase 'così fosse vero'; magari fosse vero, cioè, che il fascismo realizzasse 'nei fatti', nella sua concreta prassi di governo, il primato della legge e il principio di legalità, ma così non è.

Brandito da Lopez, dunque, il principio di legalità intende investire in pieno il regime fascista. Non può però sfuggire il fatto che tale principio, per non mancare il bersaglio, deve improvvisamente (e sia pure 'nicodemicamente') spostarsi dal piano della 'teoria' al piano della 'prassi' e non senza motivo: perché, nella teoria, lo 'Stato di diritto' poteva tranquillamente essere presentato (da Battaglia come da Panunzio o da Volpicelli) come una figura interna o come un momento ricompreso nella superiore realtà dello 'Stato etico' e figurare, se non nell'empireo dei principi costitutivi del fascismo, certo nel limbo dei concetti con esso compatibili.

La presa di distanza dal fascismo è complicata non soltanto perché è costretta al discorso indiretto delle allusioni e degli ammiccamenti, ma anche perché si muove ancora alla ricerca di una leva capace di far saltare il compatto campo semantico 'totalitario'. Non è d'altronde soltanto il libro di Lopez a mostrare scopertamente tanto l'esigenza di uscir fuori dalle pastoie del regime quanto la difficoltà di trovare un linguaggio efficacemente alternativo: con la medesima difficoltà, e forse anche più scopertamente, si scontra anche uno dei primi e più convinti estimatori del libro di Lopez, Piero Calamandrei²⁵¹.

²⁵¹ Su Calamandrei cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 142 sgg.; P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei*, Milano, Giuffrè, 1990; F. Sbarberi, *L'utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio*, Bollati Boringhieri, Torino 1999, pp. 115 sgg.

Calamandrei recensisce con entusiasmo *La certezza del diritto*, ma il filo delle sue osservazioni conduce addirittura a semplificare i molteplici piani (evidenti e nascosti) del libro di Lopez concentrandosi sul problema tecnico-giuridico ed ermeneutico: da un lato si riprende il tema dell'inflazione legislativa, dell'attentato 'pratico' alla certezza dovuto ad un cattivo uso dello strumento 'legislazione', dall'altro lato si continua a sostenere la tesi 'classicamente' positivistico-formalistica del carattere meramente applicativo dell'intervento del giudice²⁵² – e sarà il caso di ricordare che la tesi contraria era stata sostenuta, per l'appunto anche contro Calamandrei e con grande ricchezza di argomenti, da Guido Calogero²⁵³, niente affatto disposto ad unire con un unico tratto di penna la tesi della funzione (inevitabilmente) 'creativa' del giudice con la teoria nazionalsocialista dell'ordine concreto della comunità. Certo, contro Calamandrei (e contro Lopez) prende la parola Carnelutti, un giurista che aveva attraversato 'ad occhi aperti' l'intera parabola del regime giocando insieme le carte della 'tradizione' e 'dell'innovazione': ma il punto di dissenso riguarda, ancora una volta, i massimi sistemi dell'ermeneutica e della teoria giuridica (la tensione fra legge ed equità, fra lo schema normativo astratto e l'irripetibile singolarità del caso, l'insufficienza della legge, il ruolo della dottrina) e non sembra toccare (nemmeno nicodememente) la sfera della legittimazione politico-giuridica del regime fascista²⁵⁴.

La difficoltà, già sperimentata da Lopez, nel trovare un *ubi consistam* efficacemente alternativo al fascismo emergono in piena luce quando, crollato il regime, le tattiche di dissimulazione non sono più necessarie e l'analisi critica del regime può cominciare a prendere forma; e prende forma per l'appunto, in Calamandrei, a partire da quel principio di legalità cui egli (anche attraverso Lopez)

²⁵² P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., pp. 167-90

²⁵³ G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937. Cfr. al proposito S. Basile, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLIV, 1967, pp.225-260; A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 461 ss.; P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Génys e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», XX, 1991, pp. 367 sgg.

²⁵⁴ F. Carnelutti, *La certezza del diritto* (1943), ora in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., pp. 191-206. Carnelutti si era d'altronde espresso pochi anni prima in modo assai più preciso e deciso presentando il divieto di analogia in diritto penale come «niente altro che una superstizione. Probabilmente...la superstizione della libertà» (F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, in "Rivista di diritto processuale civile", XII, 1935, p. 113). Su Carnelutti cfr. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955, pp. 79-111; G. Tarello, *Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI, 1986, pp. 383-87; D. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti: il realismo giuridico italiano*, E.S.I., Napoli 1991; AA.VV., *Francesco Carnelutti: a trent'anni dalla scomparsa*, Forum, Udine 1996.

continua ad aggrapparsi per trovare una via che conduca oltre le sabbie mobili della cultura fascista.

Il primo degli scritti che apre un volume di Calamandrei dedicato, come recita il titolo, a *Costruire la democrazia*²⁵⁵, è appunto dedicato alla «crisi della legalità»: una legalità che, prefigurata dagli illuministi e consacrata dal lascito della rivoluzione francese, è stata sottoposta agli attacchi concentrici del nazionalsocialismo e del fascismo²⁵⁶. Entrambi accaniti nemici della legalità, i due movimenti hanno però adottato tecniche di attacco diverse: «il nazismo...ha distrutto la legalità; il fascismo...ha preteso di *falsificarla*». L'attacco nazista è scoperto e si dirige tanto contro la teoria quanto contro la pratica della tradizione costituzionalistica europea, politicizzando integralmente la magistratura, abolendo ogni garanzia formale, provvedendo allo «schiacciamento totalitario, sotto la volontà di un solo» di ogni diritto individuale. Il fascismo procede diversamente: non sopprime la legalità, ma la mantiene «ufficialmente sulla facciata» introducendo «una pratica ufficiosa di effettivo illegalismo». La Camera resta, per un lungo periodo, ma svuotata delle sue funzioni; resta la monarchia, ma i suoi poteri sono «trasfusi di fatto nel 'capo del governo'»; resta il principio di legalità nel codice, ma si istituiscono i tribunali speciali: dietro il prefetto c'è il segretario federale, dietro l'esercito la milizia²⁵⁷. La 'doppiezza' costituzionale del regime è l'espressione della strategia adottata dal fascismo nell'attacco al principio di legalità: le leggi restano al loro posto, ma la loro osservanza è «intralciata e sospesa dal favoritismo e dalla corruzione politica»²⁵⁸.

Calamandrei può ora finalmente parlare senza reticenze e denunciare gli attentati fascisti alla legalità: legalità di facciata, ma illegalismo nella prassi. La denuncia è appassionata e probabilmente coglie un aspetto importante della vita pubblica del regime, ma è ciononostante costretta a spostare l'attacco dal piano della teoria al piano della prassi. Il 'nicodemico' 'così fosse vero' di Lopez de Oñate può ora trasformarsi in una scoperta denuncia dell'illegalità, ma ciò non basta a cancellare le difficoltà precedentemente emerse: il principio di legalità come tale non sembra la leva più efficace per far saltare gli equilibri del campo semantico 'totalitario'²⁵⁹.

²⁵⁵ *Costruire la democrazia (Premesse alla Costituente)* (1945), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1968, vol. III, pp. 126-214.

²⁵⁶ Ivi, pp. 129-30.

²⁵⁷ Ivi, pp. 132-32.

²⁵⁸ Ivi, pp. 132-33.

²⁵⁹ Insisteva sulla 'doppiezza' del regime anche C. Treves, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Giuffrè, Milano 1960, vol. I, pp. 1594-95. Treves (in

In realtà, però, nel libro di Lopez, accanto al tema della legalità si sviluppa un sentiero, ancora incerto e forse interrotto ma dominato da un'esigenza più ambiziosa e rilevante, l'esigenza di tematizzare di nuovo l'individuo. Lopez diffida dell'individuo dei giusliberisti, dell'individuo che voglia proporsi come unità di misura 'contro' la legge, ma diffida altresì di un individuo 'trasceso' e 'sussunto' nello 'Stato etico'. Di fronte al gergo gentiliano il suo 'nicodemismo' si interrompe bruscamente: la formula «del più vero e del più intimo se stesso» – scrive senza mezzi termini Lopez – dovrebbe «ormai esser venuta a noia». Lo «Stato etico» e lo «Stato totalitario» sono, a suo avviso, «espressioni nelle quali non si implica già che l'individuo sia 'superato' secondo l'abusata e fastidiosissima parola, o, peggio, che esso scompaia, annullato nella società, di fronte allo Stato»: esse servono a ricordare al soggetto che il problema etico coincide «con il problema dell'altro, degli altri»²⁶⁰, ma non devono indurre nell'errore di attribuire alla società una realtà autonoma e separata rispetto agli individui; è solo la nazionalsocialista 'comunità di popolo' che si concepisce come unità inglobante (ed esclusiva) di contro ad una società composta di singoli che mantengono la loro individualità²⁶¹.

Lopez mette in questione l'intero castello dello 'Stato etico' (quindi, indirettamente, il nesso, fascisticamente ortodosso, fra 'Stato etico' e 'Stato di diritto') proprio perché prende le distanze da quella 'strategia della soggettività' che ne costituisce il fondamento: quella strategia che, in nome dell'identità 'profonda' del soggetto, invita a scavalcare gli individui 'empirici' e le loro difformità, trascende la molteplicità e si traduce nella celebrazione dell'omogeneità di 'tutti' nell'unità dello Stato. Il principio di legalità rivendicato da Lopez ha qualche chance di mettere in crisi il paradigma 'totalitario' nel momento in cui si apre ad un contenuto etico-antropologico che, ulteriore rispetto al piano giuridico-formale, lo sorregge 'dall'esterno' e conferisce ad esso la sua pienezza di senso.

Resta però il problema di capire 'chi sia' l'individuo evocato da Lopez attraverso il filtro della 'certezza del diritto': è l'individuo che si muove in uno spazio 'immune' e 'protetto', sottratto alle indebite intrusioni del potere; l'individuo 'difeso' (ancora Constant, o, se si vuole, Rosmini) da un potere invasivo e pericoloso che mette a

un saggio pubblicato durante il suo esilio argentino) aveva sostenuto il carattere verbalistico della nozione di 'Stato di diritto'. La replica è in F. Battaglia, *Ancora sullo 'Stato di diritto'*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXV, 1948, pp.164-71. Treves torna ancora sull'argomento: R. Treves, *Stato di diritto e Stato totalitario*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, Giuffrè, Milano 1957, vol. II, pp. 51-69.

²⁶⁰ F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 113.

²⁶¹ Ivi, pp. 111-12.

repentaglio la sua individualità: «questo spiega – aggiunge Lopez – come vi sia un profondo rapporto tra il concetto di diritto e quello di proprietà, e perché la proprietà abbia potuto essere concepita come lo schema generale del diritto»²⁶². E' la sfera della libertà-(*immunitas*)-proprietà dell'individuo che la certezza del diritto evoca come la propria destinazione di senso.

Alla ricerca di un punto di frattura fra 'Stato di diritto' e 'Stato totalitario' Lopez fa leva sul principio di legalità, ma prosegue per raggiungere, attraverso di esso, l'individuo e farne il vero 'antagonista' dello 'Stato totalitario'. Si tratta indubbiamente di un sentiero promettente per chi voglia mettere in crisi il nesso 'Stato di diritto'-'Stato totalitario', purché si sorvoli su un particolare che non sembra in effetti preoccupare troppo Lopez: il fatto cioè che il 'sentiero dell'individuo' non è affatto nascosto e poco frequentato; è al contrario una via assai affollata, che Lopez si appresta a seguire in compagnia, per fare qualche nome (citato dallo stesso Lopez) di un Cesarini Sforza o di un Cicala, filosofi a diverso titolo convinti, insieme, del valore della libertà 'privata' e della proprietà così come della compatibilità di entrambe con il fascismo e con la sua ideologia statocentrica.

Non basta in realtà assumere il 'punto di vista' dell'individuo per mettere in crisi il campo semantico 'totalitario' se non si dispone di una visione del soggetto che permetta di segnare con precisione i termini dell'incompatibilità. Valorizzare le 'ragioni dell'individuo', se appare una condizione necessaria per colpire il fondamento stesso dello 'Stato etico', non sembra però una condizione sufficiente, dal momento che, anche all'interno di un ipotetico fronte 'anti-gentiliano', la rappresentazione della soggettività è ben lungi dall'essere in qualche modo già data ed univoca.

11.2. *La ridefinizione del soggetto individuale*

Che il punto di crisi del nesso 'Stato di diritto'-'Stato totalitario' risieda proprio nella definizione della soggettività è un'intuizione che dà alle pagine di Lopez una pregnanza che va ben oltre la semplice rivendicazione del principio di legalità. Non si tratta comunque di un'intuizione solitaria: è proprio in quegli anni che anche in Italia si diffonde l'esigenza di ripensare l'individualità aggirando o saltando a piè pari oltre i rigidi paletti della filosofia gentiliana. Sono gli anni in cui la stessa rivista

²⁶² Ivi, 115.

di Bottai, «Primato»²⁶³, apre un'inchiesta sull'esistenzialismo e filosofi come Nicola Abbagnano o Galvano della Volpe traggono dalla frequentazione della cultura transalpina (francese e tedesca) stimoli per richiamare l'attenzione, in diverso modo, sulla concretezza di un individuo irriducibile alle sublimazioni spiritualistiche o alla *Aufhebung* neohegeliana²⁶⁴.

L'interesse alla filosofia dell'esistenza, l'esigenza di ripensare in termini nuovi l'individuo investono d'altronde anche la cultura teorico-giuridica. Proprio negli anni in cui Lopez riflette sul nesso legalità-individualità un altro filosofo del diritto, Norberto Bobbio, fa oggetto di interesse non occasionale il tema della persona e del suo rapporto con la società. Interessato negli anni Trenta all'indirizzo fenomenologico, Bobbio fra gli anni Trenta e gli anni Quaranta si impegna in un serrato confronto con l'esistenzialismo assumendo il concetto di persona come punto di riferimento di un approccio indubbiamente 'contro corrente' nell'ambito della filosofica giuridica italiana di quel periodo²⁶⁵.

Bersaglio polemico della riflessione di Bobbio è il «sociologismo», ovvero la pretesa di dimostrare, con un impiego criticamente non sorvegliato di categorie ed analisi sociologiche, «la realtà della società come entità per sé stante». Il 'sociologismo' è l'atteggiamento caratteristico di una sociologia che, usando ed abusando di metafore organicistiche, mira a sconfiggere l'individualismo ma finisce per «debellare sul terreno della teoria e anche sul terreno della pratica... l'individuo stesso»²⁶⁶. Sostanzializzare la società si ritorce contro la comprensione dell'individuo e della sua specificità e minaccia i valori che si affermano soltanto attraverso l'azione libera e responsabile della persona. È appunto la persona la realtà decisiva su cui riflettere, una volta constatato il fallimento del 'sociologismo': dove per persona occorrerà intendere non la «persona astratta», la «personificazione della ragione», ma «la persona concreta», colta nella sua singolarità²⁶⁷.

²⁶³ Cfr. le osservazioni di L. Mangoni, in «Primato» 1940-1943. *Antologia*, a cura di L. Mangoni, De Donato, Bari 1977 e soprattutto L. Mangoni, *Civiltà della crisi*, cit., pp. 649 sgg.

²⁶⁴ Cfr. C. Pianciola, *Il singolo e la persona. Discussioni sull'esistenzialismo nella cultura filosofica italiana*, in «Parolechiave», 10-11, 1996, pp. 257-86.

²⁶⁵ Cfr. F. Sbarberi, *L'utopia della libertà eguale*, cit., pp. 162 sgg.; T. Greco, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma 2000, pp. 3 sgg. Cfr. anche le considerazioni di F. Barbano, *Bobbio anni Trenta o della persona*, in «Teoria politica», 1999, 2-3, pp. 519-32.

²⁶⁶ N. Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, Baravalle e Falconieri, Torino 1938, p. 6.

²⁶⁷ Ivi, pp. 6-7.

Non è possibile rispettare il carattere 'individualizzato' della persona e nello stesso tempo immaginare l'esistenza di un'entità collettiva 'personificata': «la personificazione della collettività conduce alla svalutazione dell'individuo singolo», ridotto ad una cellula dell'organismo sociale, mentre, reciprocamente, quanto meno si intende il valore personale del singolo tanto più si è indotti alla «trasposizione su altro piano del concetto di persona», quindi alla «riduzione a persona della totalità sociale»²⁶⁸.

L'alternativa è valorizzare l'autonomia della persona: «personalità» vuol dire libertà e autonomia, di fronte alle quali non valgono «né le spiegazioni biologiche e demografiche, né le tabelle, le statistiche ed i calcoli di probabilità». E' a partire dalla persona come autonomia non degradabile a strumento di alcun fine assunto come 'superiore' che deve prender forma la rappresentazione della società. Il problema è appunto quello di concepire l'ordine sociale evitando di regredire all'individualismo 'classico' come di cadere nelle trappole 'olistiche' di un'entità collettiva assunta come la 'sostanza', la vera identità, dei soggetti individuali. Occorre quindi trovare «il punto di interferenza della persona nella società», individuare la « 'direzione sociale'» della persona, la sua costitutiva apertura all'interazione: occorre parlare, insieme, di «'persona sociale'» e di «'società personale'» e cogliere la reciproca inerenza dei due concetti²⁶⁹. Se è vero infatti che la persona è necessariamente 'individualizzata', è altrettanto vero che l'individualità non esclude «la comunione delle persone».

La comunione delle persone non è la sostanzializzazione dei rapporti intersoggettivi (che Bobbio imputa anche a Scheler, in conseguenza dell'orizzonte metafisico-religioso in cui egli si situa²⁷⁰): si deve eliminare «quella contraffazione della persona» che è la persona collettiva, ma nello stesso tempo essere consapevoli che la persona si coglie come autonoma in quanto entra in relazione con gli altri. Data la persona e la sua autonomia, la società non è una 'sostanza', ma un insieme di relazioni personali, una «società di persone»²⁷¹, un insieme di rapporti io-tu (come scrive Bobbio riferendosi a Martin Buber e al suo 'principio dialogico'²⁷²) che si definiscono in contrapposizione al rapporto io-cosa²⁷³. Lungi dal presupporre la

²⁶⁸ N. Bobbio, *La persona e la società*, in «Annali della facoltà giuridica di Camerino», 1938, XII, 2, pp. 161-76.

²⁶⁹ Ivi, p.168.

²⁷⁰ Ivi, pp. 170 sgg.

²⁷¹ N. Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, cit., pp. 31-32.

²⁷² Cfr. M. Buber, *Il principio dialogico*, Ed. di Comunità, 1958.

²⁷³ N. Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, cit., pp. 32-33.

spersonalizzazione degli individui o il loro assoggettamento ad un'entità che li ingloba ponendosi come la loro vera e profonda realtà, la società coincide con il reciproco riconoscersi di persone autonome, concrete, 'individualizzate'²⁷⁴.

Certo, Bobbio è ancora una voce abbastanza appartata nel panorama filosofico-giuridico coevo; le sue riflessioni sulla persona sono però un importante segnale di un'inquietudine nuova, capace di individuare i punti nevralgici di un modello politico-culturale dal quale si intende prendere le distanze. Non è quindi casuale né ha un valore puramente 'biografico' la vicinanza di Bobbio a quel movimento liberalsocialista che, da Rosselli a Calogero, faceva proprio dell'autonomia dell'individuo il perno di una proposta dove etica e politica si sorreggevano a vicenda²⁷⁵. Non è possibile in questa sede guardare più da vicino alle proposte e alle vicende del liberalsocialismo: è possibile solo nominare i 'luoghi' principali di una mappa, riferirsi schematicamente alle principali prospettive che negli anni Quaranta contribuiscono allo smontaggio teorico di quel lessico 'totalitario' fino a quel momento ampiamente usato in Italia. Da questo punto di vista, l'istanza personalista di Bobbio, l'esigenza di combattere l'entificazione dell'ente collettivo, scoprire l'irriducibile, primaria autonomia dell'individuo e pensare l'ordine come un ordine di soggetti danno una peculiare veste teorica ad un tema variamente circolante nell'intero movimento liberalsocialista.

Da Rosselli a Calogero, a Capitini, le pur diverse componendi del movimento che troverà nel primo e nel secondo *Manifesto del liberalsocialismo* (rispettivamente del '40 e del '41) la sua consolidazione programmatica ruotano intorno al tema della centralità del soggetto: un soggetto individualizzato e 'plurale', un 'soggetto individuale' che, valorizzato nella concretezza del suo progetto di vita e rispettato nella sua costitutiva differenza da ogni altro, trova nella libertà la sua essenziale determinazione²⁷⁶.

La libertà per il liberalsocialismo è una libertà esigente e complicata: non è semplicemente l'affermazione di uno spazio individuale protetto e inviolabile, ma ha una portata espansiva e trasformatrice, si fa libertà sociale, libertà dal bisogno, impegno partecipativo. I due lemmi fondamentali del movimento – libertà e giustizia

²⁷⁴ N. Bobbio, *La persona e la società*, cit., pp. 175-76.

²⁷⁵ Sul liberalsocialismo cfr. P. Bagnoli, *Rosselli, Gobetti e la rivoluzione democratica. Uomini e idee tra liberalismo e socialismo*, La Nuova Italia, Firenze 1996; A. Landuyt (a cura di), *Carlo e Nello Rosselli. Socialismo liberale e cultura europea*, «Quaderni del Circolo Rosselli», XVIII, 11, 1998; S. Mastellone, *Carlo Rosselli e la 'rivoluzione liberale del socialismo'*, Olschki, Firenze 1999; F. Sbarberi, *L'utopia della libertà eguale*, cit.

²⁷⁶ Cfr. F. Sbarberi, *L'utopia della libertà eguale*, cit., *passim*.

– vogliono appunto essere la plastica rappresentazione di un programma che, contro la tradizione marxista 'ortodossa', valorizza il soggetto, il suo mondo di valori, la rilevanza delle sue scelte, mentre attacca, del liberalismo conservatore, l'indebita identificazione della libertà con il privilegio economico. Ad un Croce che denuncia il carattere eclettico di un progetto che pone sullo stesso piano la libertà come universale valore etico e una serie di interventi di legislazione sociale Calogero oppone un'idea di libertà che non è soltanto una dimensione spirituale del soggetto ma si realizza come libertà di tutti, come libertà politica, come libertà dal bisogno, quindi come 'giustizia sociale'²⁷⁷.

Si comprende allora come, su questo sfondo, lo stesso principio di legalità, che Calamandrei brandisce con dubbio successo contro il fascismo, comincia ad acquistare valenze ulteriori e assai più efficaci per consumare il distacco dallo Stato totalitario quando prende ad essere coniugato, da Calamandrei stesso, con temi e principi di carattere sostantivo. Occorre sgombrare il campo dalle «informi macerie» del fascismo, occorre «ricominciare da capo» – scrive Calamandrei – e a questo scopo serve appellarsi, ancora una volta, al principio di legalità. E certo legalità significa divisione dei poteri, primato della legge, prevedibilità delle conseguenze dell'azione individuale, ma evoca anche esigenze ulteriori, fra loro collegate e difficilmente compatibili con il lessico 'totalitario' dal quale si intende prendere congedo.

La legalità come mero criterio giuridico-formale sembra ormai insufficiente a Calamandrei per mettere a fuoco le caratteristiche di un regime complessivamente alternativo allo Stato totalitario. In primo luogo, non basta il rispetto delle procedure formali di emanazione delle leggi per evitare il rischio della degenerazione autoritaria delle istituzioni esistenti: a chi ricorre il singolo per difendersi dagli attacchi «provenienti dalla stessa onnipotente autorità che dovrebbe difenderlo?» La soluzione di questo problema (incombente sull'intera tradizione liberal-democratica) è offerta, per Calamandrei, ancora dal principio di legalità: a patto però di connetterlo con un principio che non ha un carattere meramente giuridico-formale ma ha una rilevanza politica generale, il «principio democratico», l'autogoverno di un popolo «creatore delle proprie leggi, *legislatore di sé medesimo*»²⁷⁸. Il nesso legalità-libertà non si esaurisce nel rendere prevedibili le conseguenze delle azioni individuali, nel

²⁷⁷ G. Calogero, *La democrazia al bivio e la terza via*, in G. Calogero, *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi*, a cura di M. Schiavone e D. Cofrancesco, Marzorati, Milano 1972, pp. 79-80.

²⁷⁸ P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità* (1944), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, cit., vol. III, pp. 92-93.

garantire al singolo uno spazio protetto e invalicabile, ma postula una complicazione del quadro di riferimento, esige di tradursi in (ed essere sorretto da) un sistema politico caratterizzato dall'ideale democratico ('rousseauviano') del superamento della scissione fra governanti e governati. Autocrazia e democrazia si contrappongono dunque (kelsenianamente) come due regimi antitetici ed è appunto la democrazia che appare ora, per Calamandrei, insieme la destinazione di senso e la condizione di possibilità di una legalità che da sola non riesce a mettere compiutamente in crisi il modello 'totalitario'.

Calamandrei sta tentando insomma di indicare le condizioni che permettano il passaggio da una legalità formale ad una «legalità» intesa «nel suo significato sostanziale». Questo passaggio, se per un verso si compie grazie all'adozione del principio democratico, per un altro verso – e questo è il secondo snodo essenziale dell'argomentazione di Calamandrei – esige la tematizzazione di un problema ulteriore, che Calamandrei presenta come la «autolimitazione della legalità», ovvero «la resistenza della libertà contro la onnipotenza delle leggi»²⁷⁹.

Calamandrei tocca un problema già ampiamente dibattuto in altre zone d'Europa – segnatamente nella Germania degli anni Venti – ma ancora relativamente vergine per un'Italia che ha alle spalle il ventennio fascista: il problema dei limiti opponibili non solo all'amministrazione – terreno di elezione del dibattito sui diritti e sugli interessi del soggetto nella giuspubblicistica tardo-ottocentesca – ma anche alla legislazione, nello sforzo di superare il tenace dogma dell'onnipotenza delle assemblee legislative. La risposta di Calamandrei è, per certi versi, netta, per altri versi, ancora interlocutoria. Per Calamandrei il nocciolo della soluzione si trova già in quelle settecentesche Dichiarazioni dei diritti che postulano la libertà naturale degli esseri umani ma non si limitano ad affermare un principio etico – come tale, per Calamandrei, non produttivo di conseguenze giuridicamente apprezzabili – ma traducono il valore della libertà incoercibile degli individui in un precetto costituzionale che si pone come limite invalicabile del legislatore²⁸⁰.

Calamandrei sta insomma accennando al percorso che pionieristicamente aveva compiuto Kelsen sia come 'legislatore' (come collaboratore della costituzione austriaca del '20²⁸¹) che come teorico del diritto, sviluppando, sulla base della *Stufenbauthorie*, l'idea del primato 'gerarchico' della norma costituzionale e

²⁷⁹ Ivi, p. 98.

²⁸⁰ Ivi, pp. 98-102.

²⁸¹ Cfr. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano 1998.

fondando su questa base la possibilità di una 'giustizia costituzionale', di un controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie.

Se però Kelsen ragiona all'interno della sua rigorosa prospettiva anti-giusnaturalistica, Calamandrei sembra in qualche modo ancora fermo a metà del guado, vedendo nella costituzione la formalizzazione giuridica di diritti di libertà il cui fondamento 'assoluto' viene in qualche modo presupposto senza però essere partitamente analizzato. Resta di conseguenza in ombra il problema – ampiamente dibattuto nel decennio weimariano – della possibilità di estendere al legislatore costituzionale l'eterna domanda ('quis custodiet custodes?') da Calamandrei stesso posta a proposito del legislatore ordinario.

Un significativo contributo all'impostazione di questo delicatissimo problema viene fornito, nella crisi teorico-giuridica degli anni Quaranta, da alcuni intellettuali e giuristi di ispirazione cattolica che avranno un ruolo di primo piano nella redazione della carta costituzionale (soprattutto della sua prima parte) e troveranno in La Pira il 'teorico' e il 'costituente' forse più aperto al problema dei 'fondamenti'²⁸².

Pubblicando un corso di lezioni tenute nel '44 nell'ateneo lateranense, Giorgio La Pira ha modo di riprendere e svolgere sistematicamente temi e tesi che già da qualche anno sono al centro della sua attenzione²⁸³. Si tratta di ripercorrere i grandi modelli politico-sociali della modernità cercando i fondamenti metafisici delle scelte in essi adombrate, nella convinzione del nesso obbligato che intercorre fra la visione complessiva dell'uomo e le strategie costituzionali. La «architettura politica» – un termine ricorrente in La Pira – non è separabile da una soggiacente metafisica: occorre ricercare, di ogni assetto, la «norma base» dalla quale coerentemente discenderanno, nel bene e nel male, le conseguenze di dettaglio²⁸⁴.

La ricostruzione lapiriana della modernità politico-costituzionale procede individuando alcuni grandi modelli di riferimento (Hegel, Marx, l'illuminismo, Rousseau) per trarre dall'analisi delle loro diverse insufficienze una lezione per il presente. La grande posta in gioco è comunque la rappresentazione della persona. Per Hegel non esistono, secondo La Pira, «spiriti individuali»: l'io empirico è una «comparsa nel dramma della storia», l'epifenomeno di un'Ida che si realizza come Stato e manda in frantumi tanto la libertà quanto la responsabilità dell'individuo

²⁸² Cfr. l'ottimo saggio di P. Pombeni, *Individuo/persona nella Costituzione italiana. Il contributo del dossettismo*, in «Parolechiave», 10-11, 1996, pp. 197-218.

²⁸³ Cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., pp. 99 sgg. con il riferimento ai saggi lapiriani usciti nella rivista «Principi».

²⁸⁴ G. La Pira, *Premesse della politica*, in G. La Pira, *Per una architettura cristiana dello Stato*, L.E.F., Firenze 1954, p.5.

‘reale’, ridotto a strumento dei fini ‘assoluti’ dello Stato²⁸⁵; né diversa è da questo punto di vista la posizione di Marx, altrettanto radicale (anche se sulla base di un’opposta assunzione ‘metafisica’) nello svuotare il senso e la possibilità stessa di una realtà ‘personale’²⁸⁶. In entrambi i casi, l’annullamento dell’individualità conduce direttamente al totalitarismo: la filosofia hegeliana è presentata come il principale suggello teorico di una dispotica soppressione dell’autonomia della persona, che ha dato tragicamente prova di sé tanto nella Germania nazionalsocialista quanto nell’Italia fascista²⁸⁷.

Sul fronte opposto La Pira colloca Rousseau²⁸⁸. La Pira non ha in mente il ‘Rousseau dei giacobini’, e nemmeno il Rousseau ‘totalitario’ che godrà di grande fortuna negli anni Cinquanta: il ‘suo’ Rousseau è l’ultimo e più importante anello di una lunga catena ‘individualistica’ che si annuncia con la riforma protestante, si precisa con l’illuminismo e trionfa appunto con il *Contratto sociale*.

La Pira sta usando categorie ampiamente sperimentate e sedimentate: lo stereotipo del preteso ‘individualismo’ settecentesco e rivoluzionario è, in generale, un luogo comune della cultura politico-giuridica ottocentesca; e in particolare, nel seno di una lunga tradizione cattolica – da Taparelli d’Azeglio a Toniolo, dal ‘reazionario’ La Tour du Pin all’innovatore Maritain – la critica del liberalismo (e dei suoi umori anticlericali) passa attraverso la denuncia della sconfinata e ‘assoluta’ libertà da esso imprudentemente attribuita ad un soggetto dimentico dei legami societari, del senso delle gerarchie, dei doveri di solidarietà.

Anche per La Pira la libertà ‘liberale’ ha in sé un nucleo razionale – il rispetto dell’individualità – ma allo stesso tempo, deviata dalla cattiva metafisica da cui dipende, si rivela incapace di sorreggere un ordine giusto. La Pira è quindi disposto (e la lezione di Maritain e di Mounier si fa sicuramente sentire al proposito) ad usare le analisi storico-fattuali di parte marxista per denunciare le insufficienze di un ordine sociale costruito su misura dell’egoistico e possessivo individuo ‘borghese’, salvo distaccarsi, per la *pars construens*, dal marxismo e suggerire un’immagine di ordine fondato sulla centralità della persona, sulla sua intrinseca socialità, sul ruolo autonomo e positivo delle formazioni sociali, sulla diffusione della proprietà e i doveri di solidarietà, sull’intervento correttivo dello Stato.

²⁸⁵ Ivi, pp. 42-46.

²⁸⁶ Ivi, pp. 66 sgg.

²⁸⁷ Ivi, pp. 578 sgg.

²⁸⁸ Ivi, pp. 109 sgg.

Quali che siano i suggerimenti 'costruttivi', le singole parti e i vari dettagli dell'edificio costituzionale che La Pira intende costruire, resta comunque al centro della sua proposta – ed è il profilo che interessa direttamente il processo di destrutturazione del lessico 'totalitario' in corso negli anni Quaranta – un'idea di persona tanto robustamente fondata su un *plafond* metafisico indisponibile a distinzioni e concessioni quanto suscettibile di essere determinata in una precisa serie di diritti e doveri.

Non siamo di fronte ad un'idea giuridicamente improduttiva. E' sullo sfondo di una precisa visione della storia europea, è sulla base di una robusta visione etico-antropologica che La Pira disegna la sua 'architettura' costituzionale²⁸⁹ e interviene da protagonista, insieme ai suoi colleghi 'dossettiani', nel redigere una costituzione che vuol essere la risposta a quella 'crisi costituzionale' che per La Pira ha la sua causa prossima nel totalitarismo fascista e nel suo tragico ma provvidenziale crollo, ma trova le sue radici lontane nell'insoddisfacente orientamento 'individualistico' delle costituzioni liberali.

11.3. *Il 'totalitarismo fascista nello specchio dell'assemblea costituente*

Lo smontaggio del campo semantico totalitario, avviato frammentariamente nel corso degli anni Quaranta entro una cultura politico-giuridica alle prese con il 'vuoto' provocato dal crollo del regime fascista, trova comprensibilmente nei lavori dell'Assemblea costituente la sua verifica e, insieme, la sua conclusione.

Abbiamo visto come agli inizi degli anni Quaranta il tema del 'soggetto individuale' fosse insistentemente posto al centro dell'attenzione e implicitamente od esplicitamente proposto come il punto su cui far leva per mettere in crisi la tenuta del modello 'totalitario'; ed è appunto il tema del soggetto e dei suoi diritti che campeggia nei dibattiti che nella commissione dei 75 e nell'assemblea preparano la redazione della prima parte della carta costituzionale.

Entrare nei particolari del dibattito condurrebbe a narrare la genesi dell'ancora vigente costituzione italiana²⁹⁰. Mi limiterò quindi ad alcuni telegrafici richiami che

²⁸⁹ Cfr. G. La Pira, *Architettura di uno Stato democratico* (1947), in G. La Pira, *Per una architettura cristiana*, cit., pp. 187-237.

²⁹⁰ Cfr. E. Cheli, *Il problema storico della costituente*, in S.J. Woolf (a cura di), *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, Laterza, Roma-Bari 1975, pp. 193-254; R. Ruffilli (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della costituente*, I, *L'area liberal-democratica. Il mondo cattolico e la Democrazia Cristiana*, Il Mulino, Bologna 1979; U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Il

servano a mettere in evidenza in punti principali in cui si consuma il congedo dal lessico ‘totalitario’ del fascismo. E’ comunque in qualche modo scontato che in questa vicenda svolga una funzione-chiave una rinnovata rappresentazione dell’individuo: agiscono in questa direzione non soltanto le ‘inquietudini’ culturali già manifestatesi nei primi anni Quaranta – la spontanea convergenza di differenti teorici del diritto (da Lopez a Bobbio, a Calamandrei, a La Pira) nel mettere in evidenza, già prima del collasso del fascismo, la centralità del soggetto individuale (irriducibile a grandezze ‘sovrastanti’) – ma anche il ruolo protagonista esercitato nei lavori della Costituente dal gruppo dossettiano e da La Pira, particolarmente agguerriti nella formulazione del tema (‘anti-totalitario’ per eccellenza) del valore ‘assoluto’ della persona²⁹¹.

Conviene semmai richiamare l’attenzione sulle strategie retoriche che sfociano nella valorizzazione del tema del soggetto. Nel momento in cui l’assemblea costituente cerca affannosamente di trovare un minimo comune denominatore attenuando le divisioni che rischiano di paralizzarne i lavori, il tema dell’unità antifascista viene insistentemente agitato. Da Moro a Togliatti, a Dossetti, a Tupini si moltiplicano gli interventi che sottolineano la valenza simbolica di una presa di distanza dal fascismo, ma nello stesso tempo si acuisce l’esigenza di trovare, in termini ‘positivi’ e non soltanto ‘negativi’, un terreno comune sul quale costruire l’edificio costituzionale ed è appunto il tema della persona che finisce per proporsi come il più significativo punto di incontro delle diverse componenti assembleari.

Fin dalle prime battute del processo di gestazione del testo costituzionale è sul tema del soggetto e dei suoi diritti che si concentra l’attenzione, grazie all’azione incisiva di alcuni protagonisti della vicenda costituente. Già prima del dibattito nella

Mulino, Bologna 1980; U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1980; *Il 40° anniversario della costituzione italiana* [Atti del Convegno di Studi a cura del Consiglio Regionale dell’Emilia-Romagna, 12 dicembre 1988], Analisi, Bologna 1989; P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico-politico*, Il Mulino, Bologna 1995; S. Labriola (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano 1997; M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La costituzione italiana*, Carocci, Roma 1998.

²⁹¹ Su Dossetti ed il suo gruppo cfr. P. Pombeni, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana 1938-1948*, Il Mulino, Bologna 1978. Sul valore ‘fondante’ del nesso individuo-diritti cfr. P. Costa, *Cittadinanza e ‘simboli di fondazione’: una lettura del processo costituente in Italia (1946-47)*, in M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La costituzione italiana*, cit., pp. 99-136; F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano 1999, pp. 99 sgg. Sul contesto politico generale cfr. F. Barbagallo, *La formazione dell’Italia democratica*, in AA. VV., *Storia dell’Italia repubblicana, I, La costruzione della democrazia*, cit., pp. 3-128; R. Chiarini, *Le origini dell’Italia repubblicana (1943-1948)*, in G. Sabbatucci, V. Vidotto (a cura di), *Storia d’Italia, 5., La repubblica 1943-63*, Laterza, Roma-Bari 1997, pp. 3-126.

Commissione dei 75 il giurista Mortati, che non mancherà di partecipare ai lavori della Costituente²⁹², aveva posto l'accento, in una lucida relazione presentata di fronte alla "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato", sul ruolo che il soggetto e i suoi diritti avrebbero dovuto esercitare nella futura costituzione.

Per Mortati, il costituente deve rendersi conto della funzione strategica esercitata, nell'insieme delle norme costituzionali, dalla «dichiarazione dei diritti fondamentali». «E' il diverso modo di intendere questi diritti che determina il tipo di Stato» e quindi la forma di governo, dal momento che l'assetto dei poteri deve essere concepito in funzione degli individui e dei loro rapporti²⁹³.

La ricerca dell'unità o dell'accordo fra le varie forze deve dunque svolgersi innanzitutto sul terreno dei diritti non perché esso sia il più facile, ma perché da esso dipendono la forma e la tenuta dell'impianto costituzionale che si va progettando. Se Mortati dunque indica con chiarezza il ruolo strategico del discorso dei diritti nella progettazione costituzionale, è La Pira che, prima in commissione e poi in assemblea, esplicita l'antropologia filosofica e l'etica sociale che a suo avviso deve sorreggere l'impresa costituente.

La Pira riproduce nel vivo del dibattito assembleare quell'interpretazione critica della storia costituzionale europea che egli aveva già svolto in più occasioni negli anni precedenti. In questa prospettiva il fascismo è l'estrema fase involutiva di uno statalismo perfettamente adombrato dalla filosofia hegeliana, responsabile di aver concepito la persona solo come un momento di un processo storico-ideale culminante nello Stato²⁹⁴. Si aggiunga poi allo statalismo 'speculativo' hegeliano gli apporti della giuspubblicistica statocentrica di ispirazione labandiana (con la teoria dei 'diritti riflessi' e la polemica antigiusnaturalistica che la caratterizza) e si avrà per La Pira il quadro completo della genesi intellettuale del totalitarismo fascista²⁹⁵.

²⁹² Cfr. F. Bruno, *I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, II, cit., pp. 59-178.

²⁹³ Relazione di Mortati *Sulla dichiarazione dei diritti. Considerazioni generali*, in G.D'Alessio (a cura di), *Alle origini della costituzione italiana. I lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato" (1945-1946)*, Il Mulino, Bologna 1979, p.244.

²⁹⁴ G. La Pira, *Principi relativi ai rapporti civili* [Assemblea costituente. Commissione per la Costituzione, I sottocommissione. Relazione del deputato La Pira Giorgio], in G. La Pira, *La casa comune. Una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Cultura, Firenze 1979, p.146.

²⁹⁵ Già Ruffini, alle soglie dell'avventura autoritaria del regime, aveva attaccato l'impostazione statocentrica della tradizione giuspubblicistica (cfr. F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Gobetti ed., Torino 1926, pp. 93 sgg.).

Crollato il fascismo, vengono meno l'ultimo presidio dello statualismo e la più drammatica minaccia all'integrità della persona, ma non per questo è sufficiente un semplice ritorno al modello costituzionale prefascista, che per La Pira si identifica con gli schemi e i valori portati alla ribalta dalla rivoluzione francese. Se il fascismo raccoglie i frutti dello hegelismo e dello statualismo ottocentesco, i principi dell'89 sono «la trascrizione giuridica delle teorie di Rousseau» e dipendono da quel giusnaturalismo illuministico che valorizza l'individuo ma ne offre una rappresentazione mutila e insufficiente. La nuova costituzione non può quindi esaurirsi in un ritorno all'insoddisfacente, individualistica tradizione liberale, ma deve aprirsi alla dimensione solidale e comunitaria della persona.

E' dall'idea della centralità ed ontologica originarietà della persona che si diparte la proposta lapiriana di una costituzione tenuta a moltiplicare i diritti e i doveri dei soggetti per allontanarsi dall'«atomistico» assetto della civiltà liberale e altresì votata alla valorizzazione della dimensione «sociale» di ogni essere umano, nella prospettiva di un «pluralismo sociale» che giunge a La Pira attraverso diversi canali, attraverso le dottrine istituzionalistiche, francesi e italiane, la tradizione cattolica, il «droit social» di Gurvitch²⁹⁶. E' in ogni caso il valore «assoluto» di una persona ontologicamente aperta alla dimensione della comunità il simbolo fondativo di una costituzione capace di superare, congiuntamente, il totalitarismo fascista e l'atomismo liberale.

E' singolare che proprio nella valorizzazione del soggetto individuale (pur presentato da La Pira con una così forte caratterizzazione metafisica ed etica) confluissero – non senza qualche resistenza da parte di Marchesi e di Basso – anche le sinistre di ispirazione marxista. Il terreno d'incontro è offerto, ancora una volta, dalla comune opzione antifascista, energicamente richiamata da un intervento di Dossetti: antifascismo è appunto per Dossetti quel nucleo essenziale di ogni proposta «anti-totalitaria» che coincide con il riconoscimento della priorità della persona rispetto allo Stato²⁹⁷; ed è questo il terreno sul quale anche Togliatti si avventura sostenendo in commissione che anche per i comunisti lo Stato ha un valore strumentale e storico – esso infatti è marxisticamente destinato ad estinguersi –

²⁹⁶ G. Gurvitch, *L'Idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle*, Sirey, Paris 1932; G. Gurvitch, *La Déclaration des droits sociaux*, Vrin, Paris 1946, pp. 58 sgg. La Pira apprezza peraltro anche l'antistatalismo di Proudhon, a sua volta ampiamente valorizzato da Gurvitch.

²⁹⁷ Intervento di Dossetti, 9 settembre 1946, in *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Commissione per la costituzione, cit., pp. 322-23.

mentre la tutela dell'essere umano e del suo sviluppo costituiscono un obiettivo perenne e insostituibile. Il dissenso filosofico sui 'fondamenti' non può quindi impedire di unire le forze nella comune difesa della persona²⁹⁸. Ciò che poteva sembrare un ostacolo, osserva Togliatti in assemblea, la concezione della persona, è divenuto al contrario un punto di incontro «della nostra corrente» «colla corrente solidaristica cristiana» nel comune riconoscimento «della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell'uomo e del cittadino», così come è divenuto un patrimonio comune la polemica contro lo statualismo fascista.

Dichiarare costituzionalmente i diritti, ancorarli al valore prioritario della persona, non significa impegnarsi nella difesa dogmatica di un univoco orientamento ideologico, ma serve a fissare un insieme di principi che i costituenti vogliono immutabili. Già Mortati, nella sua relazione preparatoria *Sulla dichiarazione dei diritti*, aveva spiegato che «il riferimento al diritto naturale», pur nella difficoltà di dare ad esso un contenuto giuridicamente preciso, valeva per contrastare la pretesa onnipotenza del legislatore indicando limiti comunque inderogabili²⁹⁹ e anche Moro, in commissione, conferma la necessità di opporre limiti precisi all'invadenza del legislatore³⁰⁰.

Il tema della soggettività, che negli anni Trenta era stata giocata in modo da mettere in parentesi gli 'individui empirici' per valorizzare l'omogeneo riconoscersi di tutti nello Stato, viene sottoposto, negli anni Quaranta, ad una drastica riformulazione che ne impedisce la dissoluzione o sussunzione entro lo Stato e viene conseguentemente trasformato, da momento di legittimazione dell'onnipotenza statale, in asse portante di un nuovo assetto costituzionale fondato sulla valorizzazione della pluralità.

Il rapporto 'Stato-individuo', che, come si è visto, interessava il campo semantico 'totalitario' nella sua interezza coinvolgendo (direttamente o indirettamente) ciascuna delle sue componenti, viene coerentemente individuato come il punto su cui far leva per far saltare la logica che lo sorreggeva. Da questo punto di vista, la costruzione del campo semantico 'totalitario' e la sua destrutturazione sono processi perfettamente simmetrici: l'uno finisce dove l'altro comincia. Non si danno rapporti di continuità, ma di netta e precisa discontinuità fra i due mondi.

²⁹⁸ Intervento di Togliatti, 9 settembre 1946, p.323.

²⁹⁹ Relazione di Mortati *Sulla dichiarazione dei diritti*, cit., pp. 250-52.

³⁰⁰ Intervento di Moro, 10 settembre 1946, in *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Commissione per la costituzione, cit., p.330.

Se il collasso del campo semantico ‘totalitario’ appare dunque radicale quando si guardi alla sua conformazione complessiva e alla sua principale destinazione di senso, occorre però anche tener presente la possibilità che alcune sue specifiche nevature non esauriscano senza residui la loro funzione in esso e abbiano risorse sufficienti per riproporsi (insieme profondamente diverse ma ancora riconoscibili) entro il nuovo e diverso modello. Un esempio interessante in questo senso può essere offerto dal rapporto ‘Stato-partito’ e da una testimonianza di notevole significato, la riflessione di Mortati; che dopo aver valorizzato il partito (unico) come tramite essenziale del collegamento fra Stato e società³⁰¹, non rinuncia, nel nuovo contesto ‘pluralistico’, all’unitarietà di una ‘forma’ che come tale si offre come indispensabile strumento di mediazione: il partito, il sistema dei partiti, la ‘forma-partito’, continua ad apparire essenziale per «collegare la società all’ordinamento autoritario che deve rifletterne la struttura ed i bisogni»³⁰².

Quali che siano i fili sottili che collegano fra loro il ‘vecchio’ e il ‘nuovo’ linguaggio, ciò che comunque sembra bruscamente interrompersi con il collasso del lessico ‘totalitario’ è l’immagine di un ordine la cui unità coincide immediatamente con la celebrazione dell’identità e l’esorcismo dell’eterogeneo.

³⁰¹ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè, Milano 1999.

³⁰² C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Cedam, Padova 1957, vol. II, p.138. Sul rapporto di continuità, in Mortati fra ‘partito unico’ e ‘forma-partito’ cfr. P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 354 sgg.; M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit, pp. 142 sgg.; M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari 1990, pp.78 sgg.; G. Zagrebelsky, *Premessa*, in C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. XXII sgg. Cfr. anche A. Negri, *Lo Stato dei partiti* (1964), in A. Negri, *La forma stato. Per la critica dell’economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milano 1977, pp. 111 sgg. Sulla ‘forma-partito nel dibattito costituente cfr. A. Ventrone, *La cittadinanza repubblicana. Forma-partito e identità nazionale alle origini della democrazia italiana (1943-1948)*, Il Mulino, Bologna 1996. In termini più generali cfr. E. Di Nolfo, *La Repubblica delle speranze e degli inganni: l’Italia dalla caduta del fascismo al crollo della Democrazia cristiana*, Ponte alle Grazie, Firenze 1996; P. Scoppola, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, Bologna 1997.

«HO TENTATO DI DIRE LA VERITÀ»:
GEORGE ORWELL E L'UNIVERSO TOTALITARIO

1. *Cenni introduttivi*

La visione orwelliana del comunismo sembra consegnata a due celeberrimi romanzi (*Animal Farm* e *Nineteen Eighty-Four*), il cui successo è continuato ininterrottamente fino ad anni recenti, al punto da assumere le dimensioni di un vero e proprio 'fenomeno di massa'¹. In realtà, sarebbe indebito attendersi da essi la restituzione puntuale ed esauriente del pensiero politico del loro autore: per un verso infatti i due romanzi (e in particolare *Nineteen Eighty-Four*) offrono una ricchezza di senso difficilmente riducibile a una mera presa di posizione ideologico-politica, mentre, per un altro verso, operano una condensazione e una trasposizione, selettive e simbolicamente pregnanti, del complesso patrimonio di idee e di esperienze accumulato da Orwell nel corso della sua vita.

Il romanzo è soltanto uno dei generi letterari coltivati da Orwell. La sua produzione annovera saggi politici come interventi giornalistici, rievocazioni autobiografiche come riflessioni critico-letterarie, per non parlare di un numero elevatissimo di 'recensioni' che, lungi dal presentarsi come 'pezzi d'occasione' o tributo pagato alle necessità del vivere, valgono come specchio della passione politica e dell'acutezza di giudizio del loro autore.

La risposta alla nostra domanda – quale sia la visione e la valutazione orwelliana del comunismo – non si trova quindi concentrata in alcuni saggi capitali, bensì è dispersa in una molteplicità di scritti eterogenei. La loro lettura, se deve fare i conti con la diversità dell'impianto argomentativo che li caratterizza in ragione dei diversi 'generi letterari' cui appartengono, non comunica però l'immagine di un autore proteiforme e inafferrabile. Emerge dal loro insieme il timbro di una voce chiara ma non perentoria, ansiosa di capire e di farsi capire, refrattaria alle astrazioni, aderente all'esperienza. Il giudizio politico orwelliano è strettamente legato al mondo delle

¹ J. Rodden, *Scenes from an Afterlife. The Legacy of George Orwell*, DE: ISI Books, Wilmington 2003, pp. 11 sgg.

P. Costa, «*Ho tentato di dire la verità*»: *George Orwell e l'universo totalitario*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 333-352.

Orig. in Franco Sbarberi (a cura di), *La forza dei bisogni e le ragioni della libertà. Il comunismo nella riflessione liberale e democratica del Novecento*, Diabasis, Reggio Emilia 2008, pp. 206-226.

azioni: non teorizza senza narrare, ma anche non descrive un'esperienza senza essere motivato e sostenuto da una domanda decisiva, dall'urgenza di capire e di prendere posizione. Orwell ne è consapevole al punto da presentare se stesso come uno 'scrittore politico', per il quale la qualità della scrittura è inseparabile dalla rilevanza civile attribuita al messaggio. Ed è proprio lo stretto rapporto fra esperienza e teoria l'elemento che dà al dettato orwelliano (anche alla più semplice e rapida recensione) lo smalto dell'autenticità, ma al contempo rende più difficile il compito di condensare le molteplici sfaccettature della sua visione politica in uno scarno profilo riassuntivo.

È appunto questo tentativo che mi accingo a compiere: individuare gli elementi caratterizzanti del giudizio politico orwelliano, pagando lo scotto di inevitabili semplificazioni, dal momento che saranno impossibili, in questa sede, tanto una lettura ravvicinata dei testi quanto un'adeguata tematizzazione della loro specificità (e qualità) retorica e letteraria.

2. *La libertà e la 'politica della verità'*

Un nucleo tematico percorre l'intera parabola saggistica e novellistica orwelliana e contribuisce in modo determinante alla formazione del suo giudizio politico: l'immagine di un individuo minacciato da forze sovrastanti. Non dobbiamo però attenderci lunghe pagine dottrinarie o fulminanti definizioni teoretiche. L'individuo minacciato è un concreto individuo; è un individuo situato, legato ad esperienze precise, membro di un paese e di una classe sociale determinati: è il condannato alla cui esecuzione capitale assiste il giovane Orwell nei suoi anni birmani²; è l'ufficiale coloniale (lo stesso Orwell) oppresso da una massa estranea ed ostile che lo induce a compiere un'azione – l'uccisione di un elefante – cui intendeva sottrarsi³; è il bambino tormentato dalle regole e pratiche 'disciplinanti' della *preparatory school*⁴ – un microcosmo 'totalitario' (o almeno duramente autoritario) la cui ricostruzione

² G. Orwell, *A Hanging* (1931), in Id., *The Complete Works*, vol. 10, *A Kind of Compulsion, 1903-1936*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 2000, pp. 207-210.

³ G. Orwell, *Shooting an elephant* (1936), in Id., *The Complete Works*, vol. 10, *A Kind of Compulsion*, cit., pp. 501-506.

⁴ G. Orwell, *Such, Such Were the Joys* [1939? – June 1948?], in Id., *The Complete Works*, vol. 19, *It Is What I Think, 1947-1948*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, pp. 356-387

autobiografica (non importa quanto fedele o tendenziosa)⁵ è una buona anticipazione del cupo *Nineteen Eighty-Four*.

È in una concreta situazione di minaccia, di esposizione all'aggressione, che si rivelano quei valori per cui vale la pena di vivere. Mancano in Orwell una precisa visione della soggettività e una robusta e argomentata filosofia morale. I valori sono legati agli individui, alle esperienze, alle culture nazionali, alle classi sociali. Ciò non impedisce però a Orwell di prendere partito: senza preoccuparsi di fondare un'etica universalistica e nondimeno senza ripiegare su uno scettico e disimpegnato relativismo, Orwell si limita a raccomandare i 'suoi' valori; che sono però non tanto inclinazioni soggettive, quanto stili di vita condivisi, radicati nell'appartenenza a una nazione o a una classe sociale.

In una recensione a un libro di Jack Common i valori – la lealtà, la generosità, l'odio per i privilegi, l'amore per l'eguaglianza – non vengono fondati e 'dimostrati': vengono semplicemente 'mostrati' come momenti di un ethos di classe; un ethos essenzialmente proletario, ma facilmente riconoscibile come proprio anche da quella classe media che per Orwell deve divenire l'alleata naturale del proletariato, in una società ormai lontana dall'industrialismo ottocentesco. Espressione di questi strati sociali, diversi ma convergenti, è la figura antropologica che per Orwell è il portatore per eccellenza dei valori in cui egli crede: l'uomo 'normale', l'uomo qualsiasi, lo «ordinary man», «l'uomo che potrebbe infondere un nuovo decoro nella gestione della cosa pubblica [...]»⁶.

Appartengono al corredo morale dello «ordinary man» due valori essenziali: *decency* e *liberty*; il senso di una dignità che lo induce a non piegarsi alle sopraffazioni, a resistere, a ribellarsi, e il bisogno di una libertà che, per un verso, si identifica con il godimento indisturbato della *privacy*, ma, per un altro verso, si traduce nell'affermazione della propria identità nello spazio della *polis*. È acuta in Orwell la consapevolezza del nesso obbligato fra la dimensione privata della libertà e la sua proiezione pubblica. Una libertà puramente interiore è illusoria: un regime

⁵ Cfr. B. Crick, *George Orwell. A Life* (Secker & Warburg, London 1980), Penguin Books, London 1982, pp. 81-82. Per altri approcci biografici cfr. G. Woodcock, *The Crystal Spirit. A Study of George Orwell* (1966), Black Rose Books, Montreal-New York-London 2005; M. Shelden, *Orwell: The Authorized Biography*, Heinemann, London 1991; D. J. Taylor, *Orwell. The Life*, Henry Holt and Company, New York 2003; G. Bowker, *Inside George Orwell*, Palgrave Macmillan, New York-Houndmill, Basingstoke 2003; S. Lucas, *Orwell*, Haus Publishing, London 2003.

⁶ G. Orwell, *Review of The freedom of the Streets by Jack Common* [«New English Weekly», 16 June 1938], in Id., *The complete works*, vol. 11, *Facing Unpleasant Facts 1937-1939*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, pp. 162-63.

dittatoriale che impedisca il libero scambio intersoggettivo dissecca le fonti stesse della creatività individuale e vanifica l'ipotesi di una zona politicamente indifferente nella quale rifugiarsi⁷.

La libertà, più che un valore in sé, è la condizione senza la quale la vita non può essere dignitosa e onesta; e onestà per Orwell è una virtù pubblica che si esprime in larga misura nella ricerca della verità. La libera ricerca della verità è un passaggio fondamentale dell'argomentazione etico-politica orwelliana. La libertà non è lo spazio dell'indifferenza; è piuttosto la possibilità per ciascuno di *dire la verità*.

Dire la verità non è un atto gratuito o privato: è un atto politico e proprio per questo è una strategia tanto decisiva quanto problematica. Che cosa significa, e che cosa comporta, dire la verità nel vivo di un conflitto fra interessi e ideologie inconciliabili, in un mondo dove la schmittiana contrapposizione fra amico e nemico acquista una concretezza drammaticamente crescente? Che significa dire la verità nella guerra civile spagnola e poi di fronte al patto russo-tedesco e infine durante l'offensiva delle democrazie (capitalistiche e imperialistiche) contro la Germania nazista? Chi sono gli amici e i nemici? E si dà una verità indipendente dalla scelta di campo?

È questa forse la domanda centrale che percorre l'intera analisi orwelliana dello stalinismo e del 'totalitarismo'; ed è una domanda che nasce, come sempre in Orwell, non tanto da un assillo teorico, quanto da una precisa esperienza: la sua partecipazione alla guerra civile spagnola. Nel divampare del conflitto fra anarchici e comunisti, proprio in Spagna Orwell si scontra, prima, con le falsificazioni propagandistiche dei comunisti (che dipingono gli anarchici, come «traditori al soldo del nemico») e poi con la disinvolta manipolazione dei fatti cui indulgono «i gazzettieri delle retrovie» in omaggio alle loro diverse obbedienze e appartenenze⁸.

È in questo contesto che la verità, anche la semplice verità fattuale, appare a Orwell, per la prima volta, tanto problematica quanto decisiva. È un tema sul quale egli torna, qualche anno più tardi, ancora riflettendo sull'esperienza spagnola. Sta a suo avviso prendendo ormai campo la tesi del carattere meramente soggettivo, e quindi interessato e partigiano, delle pretese 'verità'. Sembra che non si diano né fatti univocamente accertabili né una scienza capace di rappresentarli come tali (tanto che per il nazionalsocialismo esistono la scienza 'ebrea' e la scienza 'ariana').

⁷ G. Orwell, *As I Please*, 22 [«Tribune», 28 April 1944], in Id., *The Complete Works*, vol., *I Have Tried to Tell the Truth, 1943-1944*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, p.172

⁸ G. Orwell, *Omaggio alla Catalogna*, Mondadori, Milano 1993, pp. 69-70.

È aperto quindi il varco per cui un dittatore possa presentare e imporre come 'verità' la tesi che due più due fanno cinque⁹.

È una prospettiva, scrive Orwell, che mi spaventa più delle bombe¹⁰ (e sarà appunto questo spavento che troverà la sua sublimazione in *Nineteen Eighty-Four*). Non si creda però che l'alternativa prospettata da Orwell sia la fiducia positivista nell'indiscutibile oggettività dei fatti. Egli stesso mette in guardia il suo lettore, in *Homage to Catalonia*, avvertendolo che gli episodi narrati sono inevitabilmente filtrati dalla personalità e dai pre-giudizi dell'autore. Certo, resta in Orwell la convinzione di fondo (affermata, più che dimostrata) che alcune esperienze elementari ed alcune asserzioni essenziali siano vere 'per tutti' al di là di ogni ragionevole dubbio¹¹ (e per Winston, lo sconfitto eroe di *Nineteen Eighty-Four*, la resa decisiva consisterà proprio nell'arrivare a convincersi interiormente che siano cinque le quattro dita della mano che il suo inquisitore pone sotto i suoi occhi).

Determinante però in Orwell è (se così posso dire) non tanto un'*epistemologia*, quanto una *politica* della verità: forse non posso dimostrare con apodittica certezza che le cose sono andate veramente così; forse non posso raccontare tutta la verità del passato; posso però giocare a carte scoperte e tendere verso la verità, posso cercarla, posso insomma essere onesto con essa.

Per poter essere onesto, devo essere libero: libertà e ricerca della verità, quindi, si tengono insieme. Il problema è però che dire (onestamente) la verità produce effetti: non è un gesto *au dessous de la mêlée*, ma è una mossa nello scacchiere del conflitto, è una vera e propria azione politica. È lecito allora sottoporre il 'dire la verità' alla domanda 'cui prodest'?

A rispondere affermativamente a questa domanda non erano soltanto i comunisti, negli anni del conflitto mondiale, ma anche i più diversi esponenti dell'*entourage* democratico, data l'alleanza strategica fra democrazie occidentali ed Unione Sovietica. Valga a riprova la difficoltà incontrata da Orwell nel pubblicare *Animal*

⁹ «L'obiettivo implicito di questo modo di pensare è un mondo da incubo nel quale il Capo, o una cricca al potere, controlla non solo il futuro ma anche il passato. Se il Capo dice che un determinato evento non è mai avvenuto, ebbene, esso non è mai avvenuto. Se dice che due più due fanno cinque – ebbene, due più due fanno cinque» (George Orwell, *Looking back on the Spanish War* [1942?], in Id., *The complete works*, vol. 13, *All Propaganda is Lies 1941-1942*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, p. 54).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sull'importanza della manipolazione del passato nell'universo totalitario cfr. M. Ceretta, *Il senso storico e la possibilità della tragedia, ovvero gli inglesi e il totalitarismo*, in M. Ceretta (a cura di), *George Orwell. Antistalinismo e critica del totalitarismo. L'utopia negativa*, Olschki, Firenze 2007, pp. 96 sgg.

Farm (in quanto trasparente allegoria – e critica – della rivoluzione bolscevica). Occorre insomma scegliere fra la verità (più esattamente, la libertà di dire i risultati di un'onesta ricerca della verità) e la «convenienza politica». È la «convenienza» il valore difeso dai comunisti come dallo *establishment* liberale, ma il risultato è che, per entrambi, «la difesa della democrazia implica la distruzione di ogni indipendenza di pensiero»¹². È un costo che Orwell, fedele (potremmo dire) a una rigoristica etica dell'intenzione, non intende pagare. Non è vero che il fine rende indifferenti i mezzi e autorizza a sacrificare i diritti dell'uomo, l'eguaglianza, la fraternità sull'altare di una rivoluzione identificata con le scelte e il destino dell'Unione Sovietica. Al contrario, per Orwell, senza il rispetto dell'«onestà intellettuale» viene messa in forse la possibilità stessa di una civile convivenza¹³.

Né si ricorra al vecchio trucco di invocare la disciplina contro le intemperanze dell'individualità. Sono i cattolici e i comunisti a condividere l'idea di una verità già data e consegnata nelle loro mani e ad attaccare come eretico l'individuo refrattario a riconoscere il dogma. Ciò che rende però nuova e più pericolosa la strategia comunista è l'attitudine a manipolare e falsificare i fatti alla luce degli immediati e mutevoli interessi del partito. L'attentato all'integrità dell'individuo è più forte che nel dogmatismo tradizionale (teologico-metafisico) perché in esso la verità si proponeva come un immobile e indisponibile punto di riferimento, mentre con il nuovo machiavellismo comunista la verità perde ogni consistenza oggettiva divenendo una variabile dipendente dalle decisioni del partito¹⁴.

È la politica della verità che deve dunque prevalere ed impedire l'adozione di ciò che vorrei chiamare una 'politica assoluta', sottratta a ogni limite e regola, convinta di potersi impadronire dell'individuo, per spremerlo e poi gettarlo via, se necessario, come una scoria irrilevante. La orwelliana 'politica della verità' è in realtà l'espressione di una 'decisione' esistenziale che assume l'individuo, i suoi bisogni e le sue 'virtù', come la condizione di senso e la teleologia determinante dell'azione politica¹⁵.

¹² G. Orwell, *The Freedom of the Press* [London, 17 August 1945], in Id., *The Complete Works*, vol. 17, *I Belong to the Left, 1945*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, p. 58.

¹³ G. Orwell, *Editorial* [«Polemic, 3», May 1946], in Id., *The Complete Works*, vol. 18, *Smothered Under Journalism, 1946*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, pp. 263-68.

¹⁴ G. Orwell, *The Prevention of Literature* [«Polemic», January 1946], in Id., *The Complete Works*, vol. 17, cit., pp. 369-81.

¹⁵ Cfr. F. Livorsi, *Utopia e totalitarismo. George Orwell, Maurice Merleau-Ponty e la storia della rivoluzione russa da Lenin a Stalin*, Tirrenia-Stampatori Editrice, Torino 1979.

3. Dalla critica dello stalinismo al concetto di 'totalitarismo'

Far centro sull'individuo senza confondersi con i suoi difensori d'ufficio, con gli apologeti della società capitalistica; auspicare una drastica trasformazione sociale rifiutando la 'politica assoluta' del comunismo sovietico, troppo spesso accreditato come il più autorevole promotore di un nuovo ordine: questo è il sottile crinale lungo il quale Orwell è costretto a procedere, dal suo resoconto della guerra di Spagna fino ai suoi ultimi scritti.

È alla decisiva esperienza spagnola che Orwell deve, al contempo, il rafforzamento della sua vocazione socialista e l'impulso alla condanna del comunismo sovietico.

La Spagna di Orwell è la Spagna del P.O.U.M., dell'anarchismo, del pathos egualitario e rivoluzionario: è in quel contesto che egli percepisce il socialismo come una possibilità concreta, come una strada percorribile. «In Aragona ci si trovava fra decine di migliaia di persone [...] che vivevano tutte allo stesso livello e si mescolavano in reciproci rapporti d'uguaglianza» e proprio per questo «si assaporava come un'anticipazione del socialismo». È a questa atmosfera di eguaglianza sostanziale («dove la parola 'compagno' significava veramente fraternità e solidarietà») che resta legata l'immagine orwelliana del socialismo: «la 'mistica' del socialismo è l'idea dell'uguaglianza; per la vasta maggioranza della gente il socialismo significa una società senza classi, o non ha significato alcuno»¹⁶.

Per Orwell, il conflitto in Spagna è innanzitutto una lotta di classe: non semplicemente una guerra civile, «ma l'inizio di una rivoluzione»¹⁷. Il suo abituale senso di concretezza non gli impedisce però di prendere sul serio la strategia 'gradualistica' raccomandata dai comunisti ('prima la vittoria sul fascismo e poi la rivoluzione'), al punto da coltivare il disegno di aggregarsi alle Brigate internazionali. Sono il precipitare degli eventi, l'acuirsi del conflitto interno alla compagine antifascista, la repressione comunista dell'anarchismo, gli arresti di massa che tolgono a Orwell ogni illusione e lo inducono a un giudizio *tranchant*: «[...] il comunismo ufficiale dev'essere considerato, almeno per ora, una forza antirivoluzionaria»¹⁸.

Non è però soltanto in nome della 'rivoluzione tradita' che Orwell attacca il comunismo sovietico. Se così fosse, egli sarebbe facilmente assimilabile a

¹⁶ G. Orwell, *Omaggio alla Catalogna*, cit., pp. 115-16.

¹⁷ Ivi, p. 55.

¹⁸ Ivi, p. 61.

quell'ambiente trotskista al quale è collegato da affinità elettive e rapporti personali, ma non da un vincolo di effettiva appartenenza. Determinante nel suo attacco al partito comunista è il rifiuto della sua strategia profondamente 'illiberale'. È intollerabile – scrive Orwell in una lettera a Geoffrey Gorer – il regime che i comunisti stanno instaurando in Spagna: «È un vero regno del terrore. Il fascismo è imposto con la scusa di resistere al fascismo, centinaia di cittadini sono gettati in carcere e tenuti per mesi senza processo, i giornali vengono soppressi, ecc., ecc.»¹⁹. E nella recensione (simpatetica) al libro di Franz Borkenau, dedicato alla guerra civile spagnola, Orwell ribadisce che «il Partito Comunista è ora [...] una forza contro-rivoluzionaria» e non manca di denunciare la restaurazione, ad opera dei comunisti, del potere poliziesco pre-rivoluzionario²⁰.

L'esperienza diretta della repressione comunista in Spagna, l'angoscia del singolo inerme di fronte a un potere privo di limiti e di freni impediscono a Orwell di tollerare il 'mezzo' (quale che esso sia) in nome di un fine 'superiore'. Egli ha visto in faccia il Moloch totalitario ed è ciò che lo differenzia da quegli intellettuali inglesi che, militanti o compagni di strada del comunismo sovietico, «riescono a mandar giù il totalitarismo» perché per essi, abituati da sempre allo *Habeas corpus*, «purghe, polizia segreta, esecuzioni sommarie, arresti senza processo, ecc. ecc. sono troppo lontani per essere terrificanti». È per questo che Auden, in una poesia sulla guerra spagnola, può dichiararsi disposto ad accettare un «assassinio necessario»: perché «assassinio» per lui è soltanto una parola e non un'esperienza; quell'esperienza che Hitler e Stalin chiamano burocraticamente «liquidazione», ma che un «ordinary man» non può che condannare senza appello²¹. Ancora una volta, lo 'spettatore invisibile' cui far riferimento è per Orwell lo 'ordinary man'; e questi non è disposto a rinunciare alle sue semplici esigenze e virtù cedendo alle pretese della 'politica assoluta'.

¹⁹ G. Orwell, *Letter to Geoffrey Gorer* [16 August 1937], in Id., *The complete works*, vol. 11, *Facing Unpleasant Facts 1937-1939*, cit., p. 69.

²⁰ G. Orwell, *Review of The Spanish Cockpit by Franz Borkenau* [«Time and Tide», 31 July 1937], in Id., *The Complete Works*, vol. 11, *Facing Unpleasant Facts 1937-1939*, cit., p. 51. Borkenau aveva proposto, a proposito dei comunisti spagnoli, questa icastica definizione: «To-day the communists in Spain combine both the revolutionary centralization of Robespierre and the Thermidorian policy of his successors» (F. Borkenau, *The Spanish Cockpit. An Eye-Witness Account of the Political and Social Conflicts of the Spanish Civil War* (Faber & Faber 1937), The University of Michigan Press, Ann Arbor 1971²).

²¹ G. Orwell, *Inside the Whale* [11 March 1940], in Id., *The complete works*, vol. 12, *A Patriot after All 1940-1941*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, pp. 103-104.

Non basta però a Orwell opporre un'istanza esistenziale e morale alle pretese totalizzanti del partito. 'Dire la verità' richiede non soltanto la narrazione dei fatti, ma anche la comprensione della loro direzione di senso; ed è a questo scopo che egli ricorre alla categoria di 'totalitarismo'.

L'espressione 'totalitarismo' circola ampiamente nella pubblicistica degli anni Trenta e Quaranta²² e non dobbiamo attenderci da Orwell, nemmeno in questo caso, un organico saggio di teoria sociologica. Egli piuttosto costruisce le sue categorie 'dialogicamente', attraverso una fitta rete di discussioni critiche con molteplici autori, non necessariamente vicini alla sua impostazione di fondo.

Di totalitarismo parla Borkenau in un libro che Orwell recensisce nel 1940. Orwell non poteva non sentirsi simpatetico con un autore che, come lui, aveva sperimentato in Spagna le tattiche poliziesche del partito comunista, le aveva descritte in suo libro precedente (già recensito, come abbiamo visto, da Orwell) e ora si avventurava in una diagnosi sociologicamente più ambiziosa del fenomeno. La tesi di fondo del libro è il progressivo avvicinamento strutturale (al di là delle superficiali opposizioni ideologiche) fra il comunismo sovietico e il regime nazionalsocialista, a spese della libertà politica ed economica dei soggetti: in nome di una democrazia identitaria vengono cancellati il pluralismo e i diritti della minoranza e si afferma una «autocrazia tirannica»²³ che impone l'assoluta obbedienza al leader «con il più assoluto disprezzo per ogni regola di verità e di moralità»²⁴.

Se dunque emergono sotterranee connessioni fra nazionalsocialismo e bolscevismo, la lotta al fascismo – è la prima preoccupazione di Orwell – deve essere aggiornata e ripensata alla luce di un'analisi nuova, capace di denunciare le

²² Cfr. J. Palombara, *Totalitarismo: alcune persistenti confusioni concettuali*, in «Teoria politica», II, 1986, pp. 43-67; D. Fisichella, *Totalitarismo*, NIS, Roma 1994; G. Rocco, L. Scuccimarra, *Il concetto di totalitarismo e la ricerca storica*, in «Storica», II, 1996, pp. 120-59; B. Bongiovanni, *Revisionismo e totalitarismo. Storie e significati*, in «Teoria politica», XIII, 1997, pp. 23-54; «Filosofia politica», XI, 1997, pp. 5-79 (ivi saggi di V. Dini, C. Galli, M. Tarchi); W. Wippermann, *Totalitarismustheorien: die Entwicklung der Diskussion von den Anfängen bis heute*, Primus, Darmstadt 1997; A. Söllner, R. Walkenhaus, K. Wieland (a cura di), *Totalitarismus. Eine Ideengeschichte des 20. Jahrhunderts*, Akademie Verlag, Berlin 1997; L. Schulz, *Totalitarismus, politische Religion und politische Theologie. Anmerkungen zu einem Forschungsprogramm*, in «Rechtshistorisches Journal», 17, 1998, pp. 79-101; E. Traverso, *Il totalitarismo. Storia di un dibattito*, Bruno Mondadori, Milano 2002; S. Forti, *Il totalitarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2003; S. Forti (a cura di), *La filosofia di fronte all'estremo: totalitarismo e riflessione filosofica*, Einaudi, Torino 2004; B. Bongiovanni, *L'antistalinismo socialista nell'età di Orwell*, in M. Ceretta (a cura di), *George Orwell*, cit., pp. 55-68.

²³ F. Borkenau, *The Totalitarian Enemy*, Faber and Faber, London 1940, repr. AMS Press, New York s.d., pp. 151-52.

²⁴ Ivi, p. 198.

convergenze strutturali di regimi apparentemente opposti (e peraltro il patto russo-tedesco, cui Orwell non manca di richiamarsi, sembra una conferma puntuale della diagnosi).

Anche con il mutare dello scenario internazionale, comunque, l'analisi di Borkenau mantiene intatta, agli occhi di Orwell, la sua validità. Lo scrittore inglese viene anzi mettendo a punto i diversi tasselli del quadro 'totalitario', fino a comporre un 'modello' dai tratti elementari ma sufficientemente precisi. Un contributo importante gli viene offerto dagli scritti di James Burnham, che egli non manca di segnalare e di discutere in diverse occasioni.

Burnham aveva rotto con il marxismo e con l'ambiente trotskista di cui aveva fatto parte e aveva pubblicato nel 1940 un libro – *The Managerial Revolution* – destinato a un notevole successo²⁵. Per Burnham, una nuova élite dominava in Germania, in Russia e (in qualche misura) negli Stati Uniti: la classe dei *managers*, un'élite tecnocratica sottratta a ogni forma di controllo democratico e interessata unicamente alla perpetuazione del proprio potere. Nascono le «dittature totalitarie» e si affermano in «quelle nazioni – Russia, Germania e Italia – che più si sono spinte verso la struttura di una società di tecnici»²⁶.

Orwell non aderisce senza riserve al quadro dipinto da Burnham, ma tiene anzi a sottolineare, di contro al fatalismo dell'autore americano, la capacità reattiva della democrazia: Burnham sbaglia nel considerare il totalitarismo una necessità piuttosto che una possibilità, ma occorre pur sempre riconoscere che «la classe 'manageriale' *potrebbe* prendere il controllo della nostra società»²⁷.

In realtà, non sempre Orwell si manterrà coerente con questa dichiarazione di fiducia nelle risorse inesauribili della democrazia, ma ciò che lo colpisce (al di là delle prestazioni predittive – effettivamente modeste – del teorico della *managerial revolution*) è la possibilità di individuare, a partire da un nucleo comune, omologie strutturali fra regimi diversi; e il nucleo comune è in sostanza il fenomeno del

²⁵ J. Burnham, *La rivoluzione dei tecnici*, Mondadori, Milano 1947² (1946). Su Burnham cfr G. Borgognone, *James Burnham. Totalitarismo, managerialismo e teoria delle élites*, Stylos, Aosta 2000. Una tesi analoga era stata sostenuta, con qualche anticipo su Burnham, da Bruno Rizzi (cfr. B. Rizzi, *La burocratizzazione del mondo* (1939), a cura di Paolo Sensini, Colibrì, Paterno Dugnano (Mi) 2002). Su Rizzi cfr. B. Bongiovanni, *Il destino della burocrazia e la dissoluzione del marxismo*, in *Il marxismo. Da pensiero radicale a pensiero istituzionale*, La Salamandra, Milano 1979, vol. II, pp. 221-39; P. Sensini, *Introduzione*, in B. Rizzi, *La burocratizzazione del mondo*, cit.

²⁶ J. Burnham, *La rivoluzione dei tecnici*, cit., p. 175.

²⁷ G. Orwell, *As I Please*, 7 [«Tribune», 14 January 1944], in Id., *The Complete Works*, vol. 16, *I Have Tried to Tell the Truth, 1943-1944*, cit., p. 61.

«collettivismo oligarchico»²⁸. Un siffatto fenomeno, messo in evidenza da Borkenau, trovava conferma nella teoria burnhamiana dell'élite tecnocratica e si rispecchiava anche nella critica hayekiana alla burocrazia dirigista: una burocrazia che, per l'autore di *The Road to Serfdom*, già nella 'democratica' Germania weimariana aveva minato le basi della libertà individuale aprendo la strada al dispotismo nazionalsocialista²⁹. Certo, Orwell contesta la *pars construens* del libro di Hayek e ritiene che la sfrenata, 'spontanea' libertà del mercato sia non meno oppressiva, nei confronti delle classi subalterne, di una qualsiasi dittatura politica, ma concorda con la *pars destruens*: con la critica di un potere burocratico e oligarchico che finisce per attribuire «a una minoranza tirannica poteri tali che gli inquisitori spagnoli non si sono mai sognati di possedere»³⁰.

Diviso dai conservatori per la sua fede in una rivoluzione socialista, sensibile all'egualitarismo anarchico e alle suggestioni troskiste, ma non al punto da identificarsi in essi, Orwell non è disposto a fare sconti ai difensori del comunismo sovietico: nemmeno a Harold Laski, di cui pur apprezza il temperamento liberale. Non è possibile imputare l'autoritarismo sovietico, come vorrebbe Laski, alle difficoltà della giovane Repubblica, dal momento che è proprio con il suo rafforzamento che sono iniziate le 'purghe' staliniane³¹. Occorre al contrario denunciare le deviazioni di un socialismo che, ponendo tutto il potere «nelle mani di un piccolo gruppo», ha in sé fin dall'inizio le potenzialità di trasformarsi in un «dispotismo fondato sul potere»³². Le pratiche liberticide del comunismo sovietico appaiono a Orwell non già un incidente di percorso, il frutto di una malaugurata congiuntura storica, bensì l'epifenomeno della sua intrinseca struttura totalitaria; una struttura che sembra condivisa da regimi in apparenza diversi od opposti.

²⁸ L'espressione è già impiegata nell'ambiente trotskista americano dello *Workers Party* e in particolare da Dwight Macdonald: cfr. J. Newsinger, *Orwell's Politics*, Palgrave, Houndmills, Basingstoke, and New York 1999, p. 125.

²⁹ F.A. von Hayek, *The Road to Serfdom* (1944), Routledge, London 1991. Cfr. le osservazioni di M. Quirico, *La mutazione genetica del linguaggio e del pensiero nel totalitarismo: la denuncia liberale*, in M. Ceretta (a cura di), *George Orwell*, cit., pp. 205 sgg.

³⁰ G. Orwell, *Review of The Road to Serfdom by F.A. Hayek; The Mirror of the Past by K. Zilliacus* [«The Observer», 9 April 1944], in Id., *The Complete Works*, vol. 16, *I Have Tried to Tell the Truth, 1943-1944*, cit., p. 149.

³¹ G. Orwell, *Review of Reflections on the Revolution of Our time by Harold J. Laski* [«The Observer», 10 October 1943], in Id., *The complete works*, vol. 15, *Two Wasted Years, 1943*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, pp. 270-72

³² G. Orwell, *Review of Faith, Reason and Civilization by Harold J. Laski* [«Manchester Evening News», submitted 13 March 1944], in Id., *The Complete Works*, vol. 16, *I Have Tried to Tell the Truth, 1943-1944*, cit., p. 123.

Non basta allora sconfiggere i fascismi per venire a capo dell'incubo totalitario. Certo, Orwell non esita ad aderire alla guerra antifascista, a riscoprire il patriottismo, a polemizzare contro chiunque si opponga (in nome del pacifismo o della 'vera' rivoluzione) alla mobilitazione generale. Occorre difendere senza sofismi e attendismi la democrazia (e, con la democrazia, la patria) perché la minaccia più grave proviene dall'aggressione nazionalsocialista³³. E anche dopo che questo pericolo è stato scongiurato con il bagno di sangue della seconda guerra mondiale, le ombre della guerra e dell'oppressione, per Orwell, non si sono comunque dissipate.

Non mancano certo radici 'biografiche' al pessimismo orwelliano. Esso trova comunque un supporto 'oggettivo' in un'analisi centrata appunto sul concetto di 'totalitarismo'. Non è peraltro solo Burnham il suo punto di riferimento. Orwell passa in rassegna numerosi autori (da Frederick Augustus Voigt a Peter Drucker, da Michael Polanyi a Bertrand Russell³⁴) mostrando diffidenza per la loro deriva 'conservatrice', ma al contempo raccogliendo da essi l'idea di una «età totalitaria»³⁵ e di un tipo di regime – il regime 'totalitario' – che è qualitativamente diverso dai dispotismi del passato, non si identifica con gli ormai sconfitti fascismi e si presenta come il *presente* del 'socialismo realizzato' e come un *futuro* possibile per il mondo intero all'indomani della seconda guerra mondiale.

Con Burnham Orwell fa conclusivamente i conti in un intervento del maggio 1946. Le sue predizioni – osserva Orwell – si sono rivelate errate: la Germania non ha vinto né il dominio mondiale è stato spartito fra Germania, Giappone e Stati Uniti, come Burnham supposeva. Anche la sua filosofia elitistica³⁶ della storia (già criticata da Orwell in una precedente recensione³⁷) si risolve in una banale consacrazione del fatto compiuto. Alcune sue tesi però devono essere prese sul serio. È esatto, per Orwell, considerare l'Unione Sovietica come un regime totalitario a partire dalle sue origini leniniste; è possibile che si diffonda una nuova ('totalitaria') forma di Stato,

³³ G. Orwell, *My Country Right or Left* [«Folios of New Writing, No. 2, Autumn 1940], in Id., *The complete works*, vol. 12, *A Patriot after All 1940-1941*, cit., pp. 269-72.

³⁴ Su Polanyi, Hayek e in generale sulla formazione di una critica 'anti-totalitaria' cfr. M. Quirico, *Collettivismo e totalitarismo: F.A. von Hayek e Michael Polanyi (1930-1950)*, FrancoAngeli, Milano 2004. Su Frederick Augustus Voigt cfr. M. Huttner, *Totalitarismus und säkulare Religionen*, Bouvier, Bonn 1999.

³⁵ G. Orwell, 1. *The Intellectual Revolt* [«Manchester Evening News», 24 January 1946], in Id., *The Complete Works*, vol. 18, *Smothered Under Journalism, 1946*, cit., p. 59.

³⁶ Cfr. J. Burnham, *I machiavelliani. Critica della mentalità ideologica* (1943), Prefazione di L. Pellicani, DUNOD, Milano 1997.

³⁷ G. Orwell, *Review of The Machiavellians by James Burnham* [«Manchester Evening News», 20 January 1944], in Id., *The Complete Works*, vol. 16, *I Have Tried to Tell the Truth, 1943-1944*, cit., pp. 72-74.

egemonizzata da una élite burocratica che si sottrae a ogni controllo e governa dispoticamente una massa ridotta in stato di semi-schiavitù; è infine plausibile il quadro geopolitico delineato da Burnham, secondo il quale pochi super-Stati (gerarchici all'interno e aggressivi in politica estera) si impegneranno in una lotta senza quartiere per il dominio mondiale.

Desiderio del potere per il potere; ossessiva identificazione con la propria entità di appartenenza, con il proprio «gruppo di potere»; indifferenza alla realtà; relativismo dei valori (tanto che un'azione, se compiuta dal nemico, è esecrabile ed è invece giusta se compiuta dai 'nostri'); indifferenza nei confronti della verità; manipolazione del passato: sono questi i tratti, non solo politici, ma anche etico-antropologici, che Orwell imputa al 'modello totalitario', ma ritrova, più in generale, in ogni atteggiamento etichettabile come «nazionalismo»; intendendo con questa (peraltro non perspicua) espressione «la consuetudine di identificarsi con una singola nazione o un qualsiasi gruppo collocandolo al di là del bene e del male e riconoscendo come unico ed esclusivo dovere la promozione dei suoi interessi»³⁸.

Che il totalitarismo giunga ad essere la forma politica dominante nel futuro resta per Orwell non una predizione, ma una possibilità; una possibilità concreta, però, contro la quale non valgono argomenti consolatori (che peraltro egli stesso aveva rivolto in passato contro Burnham) quali le risorse della democrazia e la naturale sete di libertà degli esseri umani: la straordinaria efficacia dei moderni mezzi di comunicazione di massa basta a tenerle in scacco³⁹; e peraltro milioni di schiavi hanno popolato, senza lasciar traccia, il mondo antico e milioni di uomini oggi sono condannati al lavoro coatto⁴⁰.

Niente ci immunizza da un futuro 'totalitario'. Orwell è dominato dal pessimismo della ragione, ma non per questo si considera dispensato dal coltivare l'etica dell'impegno. Per Orwell è anzi la fede nel paradiso prossimo venturo a generare disillusione e inerzia, come egli rimprovera a Koestler, imputandogli un'etica edonistica che si attende dal futuro la felicità. Dal futuro possiamo aspettarci, per Orwell, solo piccoli miglioramenti, a patto però di guadagnarseli con una dedizione

³⁸ G. Orwell, *Notes on Nationalism* [«Polemic: A Magazine of Philosophy, Psychology & Aesthetics, No. 1», October 45], in Id., *The Complete Works*, vol. 17, cit., pp. 141-42, 145-47.

³⁹ G. Orwell, *Review of Russia under Soviet Rule by N. de Basily* [«New English Weekly», 12 January 1939], in Id., *The complete works*, vol. 11, *Facing Unpleasant Facts 1937-1939*, cit., pp. 315-17; G. Orwell, *Review of Power: A New Social Analysis by Bertrand Russell* [«The Adelphi», January 1939], in Id., *The complete works*, vol. 11, *Facing Unpleasant Facts 1937-1939*, cit., pp. 311-312

⁴⁰ G. Orwell, *Looking back on the Spanish War* [1942?], in Id., *The complete works*, vol. 13, *All Propaganda is Lies 1941-1942*, cit., pp. 504-505.

che può dirsi religiosa pur nella piena accettazione dell'insuperabilità della morte. «[...] Forse lo scopo del socialismo è rendere il mondo non già perfetto ma migliore. Tutte le rivoluzioni sono fallimenti, ma non sono tutte il medesimo fallimento»⁴¹.

4. La 'rivoluzione tradita' e l'incubo totalitario: Animal Farm e Nineteen Eighty-Four

La critica del comunismo sovietico, in Orwell, si alimenta, a partire dall'esperienza spagnola, di motivi molteplici. Il primo fra questi è la contraddizione, flagrante agli occhi di Orwell, fra il regime staliniano e la rivoluzione socialista di cui egli in Spagna aveva verificato le potenzialità emancipatrici.

Non è in questione per Orwell l'astratta scelta fra l'una o l'altra forma di governo. È in gioco piuttosto la grande scommessa dell'eguaglianza: l'abbattimento delle gerarchie sociali, la rimozione del privilegio, l'instaurazione di rapporti diretti e solidali. Il socialismo non è per Orwell separabile dall'eguaglianza e questa è uno dei valori cardine che rendono la vita degna di essere vissuta.

È la rivoluzione dell'eguaglianza l'obiettivo che Orwell continua a perseguire negli anni della guerra, convinto che lo sforzo patriottico debba coniugarsi con una radicale trasformazione dei rapporti sociali⁴² e che a sua volta la rivoluzione debba preservare lo Stato di diritto, la libertà e la democrazia⁴³. Certo, a guerra conclusa, Orwell non potrà evitare di dichiarare pubblicamente, con la sua consueta onestà intellettuale, che le sue previsioni sull'imminenza di una rivoluzione in Inghilterra erano in realtà un mero *wishful thinking*⁴⁴. Ciò non toglie però che la rivoluzione egualitaria continui ad essere una stella fissa del suo firmamento, cui egli guarda sorretto, più che da una fredda analisi politica dei rapporti di forza, da un'irreversibile scelta esistenziale e morale.

⁴¹ G. Orwell, *Arthur Koestler* [11 September 1944; published in *Focus, Critical Essays*, 1946], in Id., *The Complete Works*, vol. 16, *I Have Tried to Tell the Truth, 1943-1944*, cit., pp. 399-400.

⁴² Cfr. G. Orwell, *The Lion and the Unicorn: Socialism and the English genius* [19 February 1941], in Id., *The complete works*, vol. 12, *A Patriot after All 1940-1941*, cit., pp. 413 sgg.; G. Orwell, *Our Opportunity* [«The Left News», No. 55, January 1941], in Id., *The complete works*, vol. 12, *A Patriot after All 1940-1941*, cit., pp. 343-50.

⁴³ G. Orwell, *Fascism and Democracy* [«The Left News», February 1941], in Id., *The complete works*, vol. 12, *A Patriot after All 1940-1941*, cit., pp. 376-82; G. Orwell, *Culture and Democracy* [22 November 1941], in Id., *The complete works*, vol. 13, *All Propaganda is Lies 1941-1942*, cit., pp. 67-79.

⁴⁴ Cfr. G. Orwell, *London Letter* [«Partisan Review», Winter 1944-45], in Id., *The Complete Works*, vol. 16, *I Have Tried to Tell the Truth, 1943-1944*, cit., pp. 411-16

Il comunismo sovietico ha tradito la rivoluzione perché ha tradito l'eguaglianza. Esso però ha rivelato anche altri aspetti persino più inquietanti, dispiegando un'inusitata potenza aggressiva nei confronti degli individui. Entra in gioco, da questo punto di vista, la libertà, l'altro grande valore di riferimento di quella tradizione liberal-democratica che Orwell (anche su questo punto in polemica con numerosi compagni di strada del comunismo sovietico) non intende affatto affossare. La complicazione del quadro nasce però dalla consapevolezza che la repressione sovietica delle libertà non ha molto a che fare con i dispotismi del passato, ma è l'espressione di un regime nuovo e originale, definibile come 'totalitario'.

La rivoluzione tradita e la formazione di un universo totalitario: sono questi i due temi di fondo che attraversano la pubblicistica orwelliana e trovano la loro traduzione e sublimazione nei due più celebri romanzi dello scrittore inglese: *Animal Farm* e *Nineteen Eighty-Four*.

Un'analisi ravvicinata di questi romanzi (che richiederebbe di mettere a fuoco le loro strutture narrative non meno dei contenuti ideologici) non può essere svolta, come è facile comprendere, nel breve spazio di questo saggio. Dovrò quindi limitarmi ad una scarna elencazione di 'temi', con l'unico scopo di indicare la continuità ideale fra la pubblicistica politica di Orwell e la sua ultima produzione narrativa.

Vorrei dire, con una qualche semplificazione, che *Animal Farm* è la trasparente allegoria della rivoluzione tradita, mentre *Nineteen Eighty-Four* è la compiuta elaborazione (nella forma del romanzo utopico o distopico) del modello totalitario.

Animal Farm allude a una puntuale corrispondenza fra la rivolta degli animali al dominio degli esseri umani e l'attacco sferrato dal comunismo allo sfruttamento capitalistico e, sviluppando questa traccia, delinea la tragica parabola della rivoluzione: la formazione di una 'coscienza rivoluzionaria', grazie all'insegnamento del Vecchio Maggiore (Marx), poi la rivoluzione in atto, guidata dagli animali più intelligenti e attivi, i maiali, e dai loro leaders – Napoleon (Stalin) e Palla di Neve (Troickij) – e infine il processo involutivo e l'implosione dello slancio rivoluzionario.

Il motore della rivoluzione è l'eguaglianza (il settimo e decisivo dei comandamenti dichiara che «tutti gli animali sono eguali»⁴⁵), mentre il graduale pervertimento degli ideali rivoluzionari coincide con la crescente differenziazione fra gli animali e con la reintroduzione dei privilegi: i maiali – il ceto dirigente –

⁴⁵ G. Orwell, *La fattoria degli animali*, Mondadori, Milano 1967, p. 58.

cominciano con l'assicurarsi una dieta speciale (ricca di latte e di mele), giustificandola con la necessità di conservarsi in buona salute per il bene della rivoluzione⁴⁶, e procedono estendendo la rosa delle 'eccezioni' a proprio vantaggio (quali una residenza particolare, l'impiego dei letti, l'uso degli alcolici).

All'aumento dei privilegi si accompagna la concentrazione del potere: viene creata una polizia speciale (i cani alle dirette dipendenze del 'capo', Napoleon-Stalin), divampa il conflitto interno all'élite (fra Napoleon-Stalin e Palla di Neve-Trockij), l'assemblea viene completamente esautorata, Palla di Neve è costretto alla fuga e ogni potestà decisionale viene monopolizzata dal gruppo dirigente⁴⁷.

Impadronitisi del potere, il 'capo' e i suoi seguaci rafforzano la loro posizione con la provvida strategia dell' 'invenzione del nemico': lo sconfitto Palla di Neve diviene il nemico invisibile e onnipresente cui imputare disastri e fallimenti⁴⁸, mentre inizia la caccia ai traditori, costretti a confessare segreti sabotaggi e perverse alleanze⁴⁹. Ogni forma di dissenso viene cancellata e resta solo l'appoggio indiscriminato alle iniziative del vertice manifestato dalle pecore indottrinate; indottrinate al punto da approvare rumorosamente l'estremo tradimento della rivoluzione – la decisione dei maiali di deambulare su due arti, anziché su quattro – al grido «Quattro gambe, buono; due gambe, *meglio!*»⁵⁰.

La sconfitta della rivoluzione è appunto il trionfo della disuguaglianza e la formazione di due classi di soggetti radicalmente ('ontologicamente') contrapposti: tanto che, nelle ultime battute del libro, gli animali che, dall'esterno, assistono all'incontro fra i maiali e gli esseri umani (fra i dirigenti della rivoluzione e gli esponenti degli Stati capitalistici) «guardavano dal maiale all'uomo, dall'uomo al maiale e ancora dal maiale all'uomo: ma già era loro impossibile distinguere fra i due»⁵¹. L'eguaglianza era finita e, per salvare la legittimità di una rivoluzione tradita, bastava un suo camuffamento ideologico: «Tutti gli animali sono eguali ma alcuni animali sono più eguali degli altri»⁵².

È dunque un preciso processo politico-sociale – la rivoluzione sovietica – che *Animal Farm* trasforma in allegoria per rivelare la logica profonda della sua parabola involutiva. Il rapporto con la concreta fenomenologia storica è invece più complesso

⁴⁶ Ivi, pp. 66-67.

⁴⁷ Ivi, pp. 79-82.

⁴⁸ Quali il crollo del mulino faticosamente costruito dagli animali (ivi, p. 92, p. 99).

⁴⁹ Ivi, pp. 101-102.

⁵⁰ Ivi, p. 137.

⁵¹ G. Orwell, *La fattoria degli animali*, cit., p. 142.

⁵² Ivi, p. 138.

nel caso di *Nineteen Eighty-Four*. Lo stalinismo è il principale, ma non l'unico, punto di riferimento. L'orizzonte del romanzo è offerto da una forma politica, anzi da una vera e propria 'forma di vita' – che Orwell aveva cominciato a mettere a fuoco discutendo di 'totalitarismo' – non tanto coincidente con una specifica formula ideologica quanto piuttosto soggiacente a regimi differenti e da essi condivisa (nelle sue determinazioni essenziali).

Nineteen Eighty-Four non è l'allegoria di un preciso regime né vuol essere una previsione o una profezia. Orwell non si è dimenticato di aver criticato a suo tempo Burnham e le sue ingenuie pretese predittive e mette in guardia, a pochi mesi dalla morte, i suoi lettori da un facile fraintendimento: quello di interpretare il romanzo come la descrizione di un futuro inevitabile, mentre esso vuol essere soltanto la rappresentazione di una (pur concreta) possibilità. Esiste per Orwell solo una morale da trarre dal libro: qualcosa di simile a quanto in esso narrato può effettivamente accadere; e quindi: «non permettere che accada. Dipende da te»⁵³.

Per intendere a fondo *Nineteen Eighty-Four* occorrerebbe prendere sul serio (ma dobbiamo limitarci a pochi cenni) il genere cui esso appartiene: quel romanzo utopico (o, se si preferisce, distopico) che aveva ormai alle spalle (e proprio in Gran Bretagna) una storia lunga e importante⁵⁴. È Orwell stesso che invita a collocare il suo romanzo in quella tradizione, mettendo in evidenza una frattura – la prima guerra mondiale – ed esplicitando differenze e affinità: a monte di questa linea divisoria si collocano, a suo avviso, romanzi – quali i romanzi di Wells – ancora lambiti dall'ottocentesca fede nel progresso, nella scienza e nella «permanente felicità» riservata all'umanità futura; a valle di essa si situano i romanzi, francamente 'distopici', di Huxley⁵⁵ (*Brave New World*) e di Zamyatin (*We*)⁵⁶.

Sono queste (pur diverse) distopie che Orwell sente in qualche modo a lui congeniali, almeno per la presenza di un tema, che percorre la sua intera produzione: il tema dell'individuo oppresso da entità ostili e dominanti e tuttavia impegnato in una resistenza tenace, ancorché votata allo scacco. Ciò che minaccia l'individuo è però profondamente diverse nei tre romanzi. Per Huxley, il pericolo proviene da una

⁵³ G. Orwell, *Statement on Nineteen Eighty-Four* [15 June 1949], in Id., *The Complete Works*, vol. 20, *Our Job is to Make Life Worth Living (1949-50)*, ed. by P. Davison, assisted by I. Angus and Sh. Davison, Secker & Warburg, London 1998, p. 134.

⁵⁴ Da More a Swift, da Morris a Wells, a Huxley.

⁵⁵ G. Orwell, *The Re-discovery of Europe* [*Literature between the Wars*, I, BBC Eastern Services, 10 March 1942], in Id., *The complete works*, vol. 13, *All Propaganda is Lies 1941-1942*, cit., pp. 209-221; G. Orwell, *Can Socialists be Happy?* [«Tribune», 24 December 1943], in Id., *The complete works*, vol. 15, *Two Wasted Years, 1943*, cit., pp. 37-45.

⁵⁶ G. Orwell, *Freedom and Happiness* [«Tribune», 4 January 1946], in Id., *The Complete Works*, vol. 18, *Smothered Under Journalism, 1946*, cit., pp. 13-16.

società pianificata, da una trionfante razionalità scientifica, impegnata con successo nel cancellare la sofferenza, la malattia, la vecchiaia in nome della felicità (una felicità coincidente con una tranquilla e asettica soddisfazione dei bisogni). Per l'autore di *We*, sono l'industrialismo, la meccanizzazione, la centralizzazione autoritaria e l'egualitarismo coattivo, caratteristici della rivoluzione sovietica ai suoi esordi (secondo un'immagine che potremmo dire in qualche modo 'futuristica', majakovskiana, della rivoluzione) a motivare la rivolta dell'individuo. In entrambi i casi, non è impossibile scorgere in filigrana le angosce dell'intellettuale di fronte all'impetuoso affermarsi della 'società di massa' (una sensibilità, peraltro, non estranea a Orwell, che non si nega momenti di nostalgia nei confronti del 'mondo perduto' dell'Inghilterra edoardiana).

A distinguere drasticamente l'incubo orwelliano dalle idiosincrasie huxleyane e zamyatiniane intervengono però importanti elementi tematici, che si nutrono delle preoccupazioni etiche e delle diagnosi teorico-politiche messe a punto da Orwell negli anni compresi fra la guerra di Spagna e la fine della seconda guerra mondiale.

L'individuo è in ogni caso oppresso da un'entità collettiva, ma questa assume in *Nineteen Eighty-Four* una forma originale e diversa dalle organizzazioni sociali descritte nelle precedenti distopie⁵⁷. Se in queste (e in particolare nel *Brave New World*) vigeva ancora il nesso (in sostanza tradizionale) fra potere e felicità, se insomma il potere traeva la sua legittimità da una sua destinazione funzionale, a essa 'esterna', nel mondo orwelliano il potere è un fenomeno che trova in se stesso la sua giustificazione e il suo fine. È questa la lezione che il 'Grande Inquisitore' O'Brien impartisce a Winston: ciò che interessa al partito non è la felicità, il bene, la vita, bensì «il potere, il potere puro». Comunisti e nazisti, continua O'Brien, si sono avvicinati a questo livello, ma non lo hanno raggiunto e hanno addirittura favoleggiato di un futuro paradiso di libertà ed eguaglianza, dimenticando che la dittatura non è il mezzo, ma è il fine della rivoluzione. «Il fine della persecuzione è la persecuzione. Il fine della tortura è la tortura. Il fine del potere è il potere»⁵⁸.

L'appagamento individuale e la stessa sessualità, che nel mondo huxleyano valevano come strumenti di quella felicità garantita dall'organizzazione sociale,

⁵⁷Sul rapporto fra le opera di Huxley, Zamyatin e Orwell cfr. J. Calder, *Huxley and Orwell: Brave New World and Nineteen Eighty-Four*, Edward Arnold, London 1976; St. Manferlotti, *Anti-utopia. Huxley, Orwell, Burgess*, Sellerio, Palermo 1984; E.J. Brown, *Brave New World, 1984, and We: An Essay on Anti-Utopia* (1976), in G. Kern (ed), *Zamyatin's We. A Collection of Critical Essay*, Ardis Publishers, Ann Arbor 1988, pp. 209-227; I. Meloni, *Aldous Huxley. Stagioni d'utopia*, ETS, Pisa 1989; K. Kumar, *Utopia e antiutopia*, Longo, Ravenna 1995.

⁵⁸G. Orwell, *1984*, Mondadori, Milano 1973, pp. 291-92.

nell'universo totalitario orwelliano divengono un momento di trasgressione e un'occasione (ancorché illusoria) di resistenza. Il potere non usa la sessualità come strumento di stabilizzazione e di ordine, ma al contrario ne persegue la repressione a conferma della propria onnipotenza. Il *telos* del potere, in quanto coincidente con l'assolutizzazione di se stesso e con la sua infinita capacità di autoriproduzione, si traduce in un simmetrico annichilimento dell'individuo. Se ancora in *Animal Farm* il gioco era aperto, il valore dell'eguaglianza era perseguito e solo alla fine della vicenda veniva retoricamente conservato e praticamente affossato, se insomma in quel romanzo la sconfitta compariva come l'atto finale della vicenda narrata, in *Nineteen Eighty-Four* la sconfitta appartiene al passato, è già consumata prima che la storia abbia inizio, e la stessa resistenza di Winston e Julia è, al contempo, soggettivamente autentica e oggettivamente inesistente, resa impossibile dalla panottica pervasività del potere.

L'autosufficienza del potere annichila l'individuo⁵⁹ nella misura in cui lo separa dalla realtà: dalla realtà delle semplici gratificazioni (quelle gratificazioni cui il pur abbruttito proletariato ha ancora in qualche misura accesso); dalla realtà dell'eros, che Winston e Julia tentano di conquistarsi trasgressivamente; dalla realtà del passato, dalla sua 'oggettiva', inalterabile consistenza, che Winston tenta di difendere dalle implacabili manipolazioni del potere. Tornano a presentarsi, amplificati dalle angosce totalitarie di *Nineteen Eighty-Four*, il tema del rapporto fra libertà e verità e la convinzione, da Orwell sempre conclamata, della loro irriducibilità alle pretese della 'ragione politica'. Il rovescio totalitario della libera ricerca della verità è appunto il «doublethinking» (il «bispensiero»), teorizzato e praticato nell'anno di grazia 1984⁶⁰.

Non è possibile credere, nel profondo della coscienza, che due e due facciano cinque. È questa la riserva mentale, la sicurezza irriducibile, cui Winston (e Orwell) continuano ad aggrapparsi; ed è questa sicurezza che O'Brien dimostra infondata. È possibile spazzar via ogni resistenza e impadronirsi della mente di chiunque: basta

⁵⁹ Cfr. le acute considerazioni di Gian Mario Bravo sull'idea di *unperson* (G.M. Bravo, *Orwell. Le contraddizioni politiche di un impolitico*, in M. Ceretta (a cura di), *George Orwell*, cit., pp. 69-88).

⁶⁰ Sull'importanza della ricerca della verità in Orwell cfr. A. Gleason, *Puritanism and Power Politics during the Cold War: George Orwell and Historical Objectivity*, in A. Gleason, J. Goldsmith, M. C. Nussbaum (eds.), *On Nineteen Eighty-Four. Orwell and our Future*, Princeton University Press, Princeton-Oxford 2005, pp. 73-85; sulla posizione di Rorty cfr. J. Conant, *Rorty and Orwell on Truth*, ivi, pp. 86-111. Sul nesso menzogna-totalitarismo cfr. anche le interessanti osservazioni di S. Forti, *L'ultimo uomo tra resistenza e resa: la filosofia politica di fronte a Nineteen Eighty-Four*, in M. Ceretta (a cura di), *George Orwell*, cit., pp. 143-59.

conoscerlo, scrutarne le debolezze, infliggere gradi crescenti di sofferenza per costringerlo all'estremo tradimento verso se stesso, per trasformare il suo odio nei confronti del partito in un amore sacrificale che coincide con l'annichilimento della sua personalità.

Nell'universo totalitario ogni piacere 'umano' è estinto, tranne uno: «sempre, a ogni momento, ci sarà il brivido della vittoria, la sensazione di vivido piacere che si ha nel calpestare un nemico disarmato. Se vuoi un simbolo figurato del futuro, immagina uno stivale che calpesta un volto umano... per sempre»⁶¹.

Nell'orizzonte geopolitico di un'incombente guerra atomica, le speranze egualitarie suscitate in Orwell dall'esperienza spagnola appaiono ormai sideralmente lontane, sostituite da un incubo totalitario che l'ottimismo della volontà intende combattere con ogni mezzo, ma che il pessimismo della ragione accredita come un futuro storicamente possibile.

⁶¹ G. Orwell, *1984*, cit., p. 296.

IL MOMENTO GIURIDICO

NELLA COSTRUZIONE DEL 'MODELLO' TOTALITARIO:
ERNST FRAENKEL, FRANZ NEUMANN, HANNAH ARENDT

1. *Cenni introduttivi*

L'espressione 'totalitarismo' è un neologismo del ventesimo secolo. La sua traiettoria semantica è ormai nota e ampiamente studiata. È nell'Italia degli anni Venti che alcuni oppositori del nascente fascismo prendono a far uso, se non ancora del sostantivo (il 'totalitarismo'), quanto meno dell'aggettivo ('totalitario'). In due articoli (del 12 maggio e del 28 giugno del 1923), comparsi nel quotidiano «Il mondo», Giovanni Amendola accusava il fascismo di essere un «sistema totalitario», intendendo denunciare lo «spadroneggiamento completo ed incontrollato nel campo della vita politica ed amministrativa» cui ambiva il fascismo. Analogamente, Luigi Sturzo dichiara, nel '25 (nel giornale di Gobetti, «La rivoluzione liberale») che è 'totalitaria' la violazione della costituzione vigente; e, nel medesimo giornale, Lelio Basso parla di 'totalitarismo' per riferirsi alla pretesa di fare degli organi dello Stato l'espressione della volontà del partito fascista (Petersen, 1975).

Impiegato dall'opposizione per denunciare il carattere illiberale del fascismo, il termine 'totalitario' viene accolto dalla cultura fascista come contrassegno 'positivo' del nuovo regime: che viene detto 'totalitario' perché capace di organizzare capillarmente la società e unificarla nell'adesione massiccia alla 'fede' fascista (Costa, 1999). Anche nella Germania nazionalsocialista l'impiego del lessico 'totalitario' è ampiamente presente. E tuttavia né in Italia né in Germania il campo semantico costruito intorno a 'totalitarismo' assume un'importanza tale da proporsi come il centro di gravitazione della retorica politico-giuridica. È, di nuovo, nel variegato fronte delle opposizioni che il lessico 'totalitario' prende a essere impiegato non già soltanto per indicare un profilo fra i tanti del regime analizzato, bensì per individuare il suo elemento caratterizzante. Assistiamo in sostanza al graduale formarsi di un 'modello' politologico centrato sul concetto di 'totalitarismo'. Certo, occorre attendere gli anni Cinquanta del Novecento perché appaia compiuta la costruzione di un vero e proprio 'modello' totalitario, di un

P. Costa, *Il momento giuridico nella costruzione del 'modello' totalitario: Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Hannah Arendt*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 353-382.

idealtipo caratterizzato da una coerente unitarietà. Già fra la fine degli anni Trenta e i primi anni Quaranta, tuttavia, si moltiplicano i tentativi di cogliere l'essenza dei regimi estranei e avversi alla tradizione liberal-democratica (il fascismo, il nazionalsocialismo, il bolscevismo) facendo leva sulle loro propensioni 'totalitarie': è appunto il carattere 'totalitario' di questi regimi l'elemento che dovrebbe permettere di cogliere la loro essenziale novità, la loro irriducibilità a forme politiche precedenti, nonostante qualche superficiale analogia con esse.

È soprattutto nella folta compagine dei fuoriusciti che si moltiplicano i tentativi di offrire una visione complessiva dei nuovi regimi totalitari: dagli esuli italiani (si pensi a Luigi Sturzo, che nel '26 suggerisce che il termine 'totalitarismo' possa applicarsi tanto al fascismo quanto al bolscevismo, accomunati dal ruolo onnipervasivo del potere politico, dall'ideologia del partito unico e dalla demolizione delle istituzioni liberal-democratiche) al vivace gruppo di comunisti dissidenti, trotskisti ed ex-trotskisti (da James Burnham – autore, nel 1940, di un libro di notevole impatto, *The Managerial Revolution* – a Victor Serge, a Franz Borkenau, studioso austriaco anch'egli in rotta di collisione con il comunismo sovietico, il cui libro – *The Totalitarian Enemy* – fu recensito nel 1940 da Eric Arthur Blair, a tutti noto con il *nom de plume* di George Orwell), ai tanti intellettuali ebrei fuggiti dalla Germania nazionalsocialista (da Ernst Fraenkel a Franz Neumann, a Hannah Arendt). E le sollecitazioni a mettere a fuoco i nuovi regimi attraverso la lente del 'totalitarismo' trovano credito anche negli ambienti accademici: si pensi alla voce *State* per la *International Encyclopedia of Social Sciences*, redatta da George Sabine (dove le dottrine e le pratiche politiche del fascismo, del nazionalsocialismo e del bolscevismo vengono ricondotte a una «totalitarian conception of the state») e al simposio interamente dedicato al 'totalitarismo' che avrà luogo negli Stati Uniti nel 1939 (Forti, 2001; Traverso, 2002; Forti, 2004).

La messa a punto di un modello 'totalitario', fra gli anni Trenta e gli anni Cinquanta, fa leva su una molteplicità di elementi appartenenti a numerosi ambiti di esperienza e deve quindi impiegare e armonizzare fra loro competenze disciplinari diverse: dalla sociologia all'economia, al diritto. Per ricostruire la storia della costruzione di un siffatto 'modello' occorre quindi tenere costantemente presente il suo carattere composito e necessariamente 'multidisciplinare'. Ciò non compromette tuttavia, a mio avviso, la possibilità di soffermarsi in particolare su una componente specifica (nel nostro caso, la componente politico-giuridica) fra le tante compresenti nella messa a punto del 'modello' totalitario. È in questa prospettiva che intendo

interrogare tre autori che all'elaborazione di questo 'modello' hanno dato un contributo di indubbio rilievo: Ernst Fraenkel, Franz Neumann e Hannah Arendt.

2. Ernst Fraenkel: la teoria dei 'due Stati'

Che Fraenkel e Neumann concentrino la loro attenzione sulla dimensione politico-giuridica del regime nazionalsocialista (pur tentandone una caratterizzazione il più possibile ampia e comprensiva) non stupisce, tenendo conto della loro formazione giuridica: sono entrambi allievi, nella Germania weimariana, di Hugo Sinzheimer (importante giuslavorista e influente membro dell'assemblea costituente del '19) e condividono, all'inizio, il medesimo studio legale, anche se presto le loro traiettorie biografiche saranno costrette a divergere. Nel maggio del 1933 i giuristi ebrei vengono esclusi dalla possibilità di rappresentare i loro clienti in tribunale. Neumann decide di espatriare, si reca a Londra e inizia un nuovo corso di studi alla *London School of Economics and Political Science*, mentre Fraenkel invoca il trattamento privilegiato riservato dal regime agli ebrei che avevano combattuto al fronte nella guerra mondiale. Continua quindi, con crescenti difficoltà, a esercitare la professione di avvocato (Morris, 2013) nella Germania nazionalsocialista fino all'autunno del 1938, quando, ormai nel mirino della Gestapo, è costretto a rifugiarsi prima in Inghilterra e poi negli Stati Uniti (Meierhenrich, 2018, p. 71). Ed è nel suo esilio americano che nel 1941 Fraenkel pubblica (elaborando saggi già redatti nel periodo precedente) il suo contributo a una «teoria della dittatura»: *The Dual State* (Fraenkel, 1941).

Uno Stato sdoppiato, uno Stato diviso fra due componenti essenzialmente incompatibili: il 'Massnahmen-Staat' e il 'Normen-Staat' (secondo le espressioni impiegate da Fraenkel nei saggi preparatori redatti prima dell'esilio (Meierhenrich, 2018, p. 163), tradotti, nella versione inglese, come 'Prerogative State' e 'Normative State').

By the Prerogative State we mean that governmental system which exercises unlimited arbitrariness and violence unchecked by any legal guarantees, and by the Normative State an administrative body endowed with elaborate powers for safeguarding the legal order as expressed in statutes, decisions of the courts, and activities of the administrative agencies (Fraenkel, 1941, p. xiii).

Fraenkel indica limpidamente, nelle pagine di apertura del suo libro, le ipotesi di fondo che egli intende sviluppare. Egli sottolinea l'esistenza di una tensione interna

alla compagine dello Stato moderno, la cui storia, lungi dall'essere caratterizzata da un progressivo contenimento del potere politico e dall'incremento degli spazi di libertà dei soggetti, è piuttosto segnata da spinte contraddittorie, dall'insofferenza del potere nei confronti di vincoli e limiti giuridici non meno che da insistiti tentativi di sottoporre il potere a norme generali e cogenti che ne rendano prevedibile il comportamento. È nell'orizzonte di questa ricorrente tensione che, secondo Fraenkel, occorre studiare il regime nazionalsocialista. Per connotarlo non basta ricorrere all'aggettivo 'totalitarian' («a word of many meanings too often inadequately defined») (Fraenkel, 194, p. xiii) né è di qualche aiuto la distinzione schmittiana fra lo 'Stato totale' in senso quantitativo e lo 'Stato totale' in senso qualitativo. In epoca weimariana Carl Schmitt aveva impiegato il termine «totaler Staat» per denunciare il venir meno della distinzione (classicamente liberale) fra Stato e società e il graduale asservimento del primo al pluralismo dei gruppi e dei partiti, ma successivamente aveva introdotto la distinzione fra lo Stato totale in senso quantitativo e lo Stato totale in senso qualitativo: se il primo si riferisce all'indebolimento dello Stato nell'ambito della 'pluralistica' costituzione weimariana, il secondo indica la nuova tendenza al rafforzamento dello Stato, sulla base della sua intima connessione con un'unitaria comunità popolare (Schmitt, 1931; Schmitt, 1933 b; Ramas San Miguel, 2019).

Fraenkel invita a lasciar da parte formule generiche o meramente suggestive e andare al cuore della questione: per intendere la peculiarità del nuovo regime occorre, a suo avviso, prendere in considerazione il particolare rapporto che il regime nazionalsocialista instaura fra i 'due Stati' (o fra le due anime o componenti dello Stato).

Da un lato, dunque, il *Normative State*: lo Stato di diritto, il potere *sub lege*, che sottopone l'azione di governo a un sistema di norme che la rende prevedibile e controllabile dai cittadini; dal lato opposto, il *Prerogative State*: un potere 'assoluto', arbitrario, imprevedibile, irresistibile. Fraenkel dichiara di avere trovato la più chiara tematizzazione di un siffatto 'dualismo' in un saggio di Emil Lederer, del 1915, che sottolinea l'antinomia fra la dimensione 'interna' dello Stato (costretto a fare i conti con l'autonomia dei soggetti) e la sua dimensione 'esterna', emblematicamente incarnata nell'esercito (per Lederer, vera e propria *Erscheinungsform* dello Stato, giunta al suo apogeo con la mobilitazione di massa provocata dalla Grande Guerra) (Lederer, 2004, pp. 127-29).

È alla luce dell'interna tensione fra un potere eccedente e assoluto e un potere limitato e 'normato' che Fraenkel ripercorre la storia politico-giuridico della modernità, senza trascurare un momento in qualche misura 'aurorale' di questa dialettica: ricordando proprio in Locke, tradizionalmente assunto come il momento di fondazione di una sovranità limitata dai (e funzionale ai) diritti fondamentali (naturali) dei soggetti, la presenza di un concetto – frequentemente trascurato dalla storiografia – che complica l'immagine troppo semplice di una sovranità ormai soggiogata: il concetto, per l'appunto, della «prerogative» del sovrano.

L'espressione «prerogative» figura addirittura nel titolo (*Of Prerogative*) del capitolo XIV del *Second Treatise on Government* di Locke, che si apre, da un lato, confermando la necessità di separare il potere legislativo dal potere esecutivo, ma, dall'altro lato, richiamando la necessità di attribuire a quest'ultimo la capacità decisionale necessaria per affrontare emergenze non previste dalle leggi vigenti (Locke, 2003, ch. xiv, § 159, p. 171). Ed è soprattutto nell'ambito della politica estera – soggiunge Locke – che occorre affidarsi alla prudente discrezionalità del detentore del potere. Resta fermo che le leggi, che non ammettono eccezioni, riducono la sfera della 'prerogative' sovrana, ma ciò non basta a cancellare «the domain of the irrational (i.e., the unpredictable) or the discretionary power capable to cope with it» (Pasquino, 1998, p. 202).

Fraenkel coglie acutamente la tensione o il 'dualismo' immanenti nell'intera traiettoria dello Stato di diritto fino dalle sue prime enunciazioni 'moderne', senza peraltro fare di ogni erba un fascio. In Locke la *prerogative* del sovrano non coincide con un potere irresistibile, dal momento che i soggetti hanno un rapporto 'fiduciario' con il sovrano e sono legittimati ad 'appellarsi al cielo' e a prendere le armi qualora il sovrano violi il patto e agisca contro il bene comune (Pasquino, 1998, p. 205), mentre la costruzione dello Stato di diritto, nella giuspubblicistica tedesca del secondo Ottocento, sembra mettere in parentesi la centralità dei soggetti e il loro diritto di resistenza. È comunque presente, anche nella dottrina giuridica ottonevicesca (Fraenkel fa riferimento principalmente a Otto Mayer e a Rudolf Smend), la distinzione fra un'attività di amministrazione giuridicamente regolata e un potere di governo cui riservare uno spazio decisionale impregiudicato (Fraenkel, 1941, p. 68).

È facile intendere (sulla base di questi pur rapidi cenni) quale sia la caratteristica peculiare dell'approccio di Fraenkel: il tentativo di 'storicizzare' il regime nazionalsocialista, di collocarlo entro una storia 'lunga' pur nella consapevolezza

delle sue dirompenti novità. Perché assumere il ‘*dual state*’ come la cifra caratterizzante del regime nazionalsocialista se il ‘dualismo’ (fra potere e norma, fra regola ed eccezione) è presente già nella tradizione politico-giuridica tedesca (e più in generale, pur se con modalità differenziate, nell’intera esperienza della ‘modernità’)? Perché proprio dall’attenta ‘misurazione’ delle due componenti, dalla comprensione della dialettica interna al regime nazionalsocialista Fraenkel si attende un doppio vantaggio: evitare una rappresentazione acritica del carattere ‘eccezionale’ di quel regime e al contempo coglierne le specifiche discontinuità rispetto al passato.

In questa prospettiva, Fraenkel non manca di sottolineare la permanenza di un solido apparato normativo e la continuazione del suo ‘funzionamento’ (soprattutto nei primi anni del regime). È la sua stessa attività di avvocato a mostrargli un preciso spaccato del ‘diritto vivente’ nella Germania nazionalsocialista: dove era crescente la difficoltà a ottenere qualche risultato nella difesa di imputati politicamente ‘sgraditi’ e tuttavia restava ancora qualche possibilità di servirsi degli appigli offerti dal *Normative State*. Nella sua analisi Fraenkel non manca di illustrare episodi di resistenza di alcune componenti della magistratura alle crescenti pressioni della politica nazionalsocialista, ma al contempo mostra come il sistema giuridico stesse perdendo qualsiasi capacità ‘garantistica’.

La spiegazione è riposta per Fraenkel nella peculiare dialettica cui il ‘dualismo’ va incontro in Germania a partire dalla radicale discontinuità impressa nell’ordinamento costituzionale dal *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* del 24 marzo 1933. Con questo provvedimento il paese entra in uno stato di permanente ‘eccezione’; ed è in questo orizzonte che il ‘dualismo’ fra il *Prerogative State* e il *Normative State* assume profili radicalmente nuovi, non riconducibili al ‘dualismo’ immanente alla traiettoria ottocentesca del *Rechtsstaat*. Per Fraenkel, non siamo di fronte a un semplice mutamento ‘quantitativo’, a un diverso ‘dosaggio’ degli elementi da tempo compresenti nel sistema politico-giuridico. Non viene semplicemente ampliata la sfera delle decisioni giuridicamente imprevedibili e incontrollabili, con il conseguente contenimento dello spazio regolato da norme generali e fisse. Siamo di fronte piuttosto a una ridefinizione ‘qualitativa’ dei rapporti fra il *Prerogative State* e il *Normative State*, fra la politica e il diritto.

Non esistono più forme di vita e ambiti di esperienza per definizione e ‘assolutamente’ sottratti alla dimensione politica. Una realtà che in un determinato momento viene considerata come meramente ‘privata’ può nel momento successivo

essere attratta nel gorgo di ciò che appare politicamente rilevante e venire di conseguenza sottratta alla disciplina giuridica 'ordinaria'. Il sistema normativo è ancora in piedi e ha le dimensioni e la sofisticazione caratteristiche di una moderna società complessa, ma è al contempo, nella sua interezza, attratto nell'orbita del *Prerogative State*, collocato nella sua ombra, situato in uno spazio affidato alla discrezionalità del potere. È il *Prerogative State* ad avere l'ultima parola. La sua competenza è illimitata. Nessun aspetto o momento della vita individuale e collettiva è al riparo da essa: «[...] the presumption of jurisdiction rests with the Normative State. The jurisdiction over jurisdiction rests with the Prerogative State» (Fraenkel, 1941, p. 57).

Certo, finché la politica non decide di intervenire sospendendo il sistema normativo vigente, tutto funziona secondo una logica apparentemente 'tradizionale': «normal life is ruled by legal norms» (Fraenkel, 1941, p. 57). Le norme giuridiche però hanno perduto la loro autonomia, la loro intrinseca legittimità e sono sospese alle decisioni di un potere che decide della regola e dell'eccezione e proprio per questa sua qualità (come afferma Fraenkel ricordando la famosa tesi di Schmitt, suo principale interlocutore, nonché bersaglio ricorrente della sua analisi) mostra di essere il detentore della sovranità. Al di là di un sistema normativo in apparente continuità con il passato si erge un potere la cui essenza consiste nel fatto che i suoi detentori «determine the permanent emergency» (Fraenkel, 1941, p. 57).

Proprio per questo il *Gesetz* del 24 marzo 1933, pur in assenza di un atto di formale abrogazione della costituzione del '19, viene indicato (da Fraenkel, ma anche dai giuristi nazionalsocialisti) come il decisivo momento di fondazione del nuovo regime. Come afferma icasticamente Fraenkel:

«The difference between a *Rechtsstaat* (Rule of Law state) and the third Reich may be summed up as follows: in the *Rechtsstaat* the courts control the executive branch of the government in the interest of legality. In the Third Reich the police power controls the courts in the interest of political expediency» (Fraenkel, 1941, p. 40).

Il *Normative State* è una pedina a disposizione del *Prerogative State*, ma è pur sempre una componente del sistema. Non è un caso che proprio nei primi anni del regime, nel periodo in cui Fraenkel pone le basi della sua teoria del *Dual State*, si sviluppi, entro la cultura di regime, un dibattito sulla sorte cui lo Stato di diritto deve andare incontro nella nuova Germania (Costa, 2006).

Apparentemente, la materia del contendere sembrerebbe inesistente, entro un regime che trova uno dei suoi tratti distintivi in una frontale contrapposizione alla

cultura liberale ottocentesca e alla liberal-democrazia weimariana. Alla generale presa di distanza da questa tradizione non si sottrae Otto Koellreutter che sottolinea la distanza fra il nuovo regime e la tradizione: se lo Stato di diritto otto-novecentesco era l'espressione dell'individualismo liberale, l'assetto politico della nuova Germania si fonda sul nesso fra il *Volk* (la 'comunità di sangue' di cui viene esaltata l'omogeneità 'razziale') e il *Führer*, che del *Volk* è l'espressione più alta e compiuta (Koellreutter, 1933 a, pp. 163-64). Il nuovo regime, dunque, è definibile non già come un *Rechtsstaat*, ma come un *Führerstaat*.

Se questa tesi è sottoscritta da tutti i giuristi nazionalsocialisti, l'espressione *Rechtsstaat* deve essere ormai messa al bando? Per Koellreutter, la risposta è negativa perché due aspetti dello Stato di diritto permangono anche nel Terzo Reich: la necessità di disporre di leggi generali e l'indipendenza dei giudici (Koellreutter, 1933 a, pp. 108-109; pp. 255-56). Al contempo, tuttavia, occorre sottolineare il carattere 'provvisorio' e 'relativo' di questi elementi, che sussistono finché lo 'stato di necessità' – quella logica dell'eccezione che trova nel *Gesetz* del 24 marzo 1933 la sua consacrazione – non ne imponga la sospensione (Koellreutter, 1933 b). Per Carl Schmitt, al contrario, è proprio il concetto di *Rechtsstaat*, in ogni suo aspetto, ad appartenere a un'epoca ormai trascorsa: se il nuovo regime è un *Führerstaat*, il suo elemento caratterizzante non è la dimensione formalistica e oggettiva della legge generale (ancora evocata dal concetto di *Rechtsstaat*), ma il contenuto sostanziale della 'giustizia': quella giustizia che trova nella comunità razzialmente omogenea il suo fondamento e fa del *Führer* il supremo giudice e il tramite ultimo della realizzazione del diritto (Schmitt, 1934 b; Schmitt, 1935).

Il dibattito può esser letto come un'espressione del permanente conflitto interno alle molteplici componenti del regime e presentato come un'effimera logomachia destinata a spengersi con il prosieguo dell'avventura nazionalsocialista (Stolleis, 1998). È però anche vero che il tema della discussione corrisponde alla domanda che sta al centro dell'analisi di Fraenkel: quali siano le sorti del sistema normativo (e delle pratiche interpretative e applicative con esso collegate) entro un regime la cui 'costituzione materiale' (per usare il termine mortatiano) è dominata dalla 'logica dell'eccezione'.

L'analisi di Fraenkel è in sostanza collimante con quanto poteva essere evinto dal dibattito svoltosi fra le fila dei giuristi di regime intorno allo Stato di diritto. Come affermava Koellreutter, restano le leggi generali, resiste un sistema di norme, che però è, per così dire, interamente risucchiato nel vortice dell'eccezione. Il regime

nazionalsocialista è appunto, come vuole Fraenkel, un *Dual State*: lo è nel senso che la partita viene giocata su due tavoli, ma le regole applicate in uno di essi dipendono interamente da quanto venga deciso nell'altro.

Perché, allora, nel nuovo *Führerstaat* si sente il bisogno (soprattutto nel primo quinquennio, che coincide con l'ultimo periodo di permanenza di Fraenkel in Germania prima dell'esilio) di ricorrere a leggi generali? La risposta di Fraenkel è lineare: è l'economia a volerlo. Il sistema economico della nuova Germania, per Fraenkel, ha ancora un carattere schiettamente capitalistico: la libertà di impresa non è stata abolita, le principali regole contrattuali sono conservate, come dimostrato dalla giurisprudenza delle corti (sempre tenuta presente da Fraenkel) (Fraenkel, 1941, pp. 71-77).

«The property system of Germany has not been transformed by the National-Socialist catchwords. Private property still enjoys the protection of the courts from official interference, except where political considerations are involved» (Fraenkel, 1941, p. 78).

La logica capitalistica dell'appropriazione privata ha bisogno di leggi generali e di giudici indipendenti per godere dell'autonomia funzionale al suo svolgimento, ma questa esigenza non può non entrare in rotta di collisione con un regime che trova nella purezza razziale del *Volk* la propria decisiva legittimazione. Ne è consapevole Fraenkel che indica il punto di crisi del *Dual State* nel '38, quando la politica di annientamento portata avanti contro gli ebrei tedeschi colpisce la già fragile autonomia del sistema normativo anche nella sua dimensione 'privatistica', funzionale alla logica economico-capitalistica: è quando un intero gruppo di soggetti viene escluso da qualsiasi garanzia giuridica che la sopravvivenza del *Normative State* diviene problematica (Fraenkel, 1941, pp. 94-95). Se nel 1920 il partito nazionalsocialista si limitava a chiedere che gli ebrei tedeschi fossero sottoposti alle leggi vigenti per gli stranieri, nel 1938 il regime nazionalsocialista espelle gli ebrei dall'ordine giuridico come tale: «They are outlawed, *hors la loi*» (Fraenkel, 1941, p. 96).

Nella nostra prospettiva, la cancellazione di un insieme di soggetti dalla condizione di 'persone titolari di diritti' sembra essere uno dei tratti decisivi (o forse il principale fra essi) del regime nazionalsocialista e ci aspetteremmo una più forte enfattizzazione da parte di Fraenkel, che invece affida la sua strategia di comprensione del regime e delle sue specifiche novità (in ipotesi, 'totalitarie') alla

messa a fuoco del ‘dualismo’ e della peculiare torsione cui esso va incontro nel Terzo Reich.

È coerente con questa impostazione, ma altrettanto singolare, l’analisi che Fraenkel dedica al rifiuto nazionalsocialista della tradizione giusnaturalistica (Morris, 2015). È stato Radbruch – scrive Fraenkel – a richiamare l’attenzione sul nesso genetico che l’idea moderna di ‘legge’ (con i suoi caratteri di generalità e inderogabilità) intrattiene con la sei-settecentesca filosofia del diritto naturale. Di contro, il nazionalsocialismo attacca frontalmente il diritto naturale e le sue pretese universalistiche finendo per ripetere, con Rosenberg, che la giustizia coincide con ciò che il popolo ariano ritiene giusto (Fraenkel, 1941, pp. 107-109). È con questa impostazione che è coerente la svalutazione nazionalsocialista del sistema normativo a vantaggio della logica dell’eccezione ed è quindi comprensibile che Fraenkel valorizzi il tentativo giusnaturalistico di enunciare prescrizioni ‘oggettivamente’, universalmente valide. È tuttavia singolare che Fraenkel guardi alla tradizione giusnaturalistica per trarre da essa un richiamo diretto alla ‘santità’ della norma e solo un riferimento indiretto alle aspettative dei soggetti, privilegiando tematicamente più la torsione cui viene sottoposto, nella Germania nazionalsocialista, il diritto (in senso oggettivo), che non la sistematica erosione dei diritti.

3. Franz Neumann: *l’eclissi del Leviatano*

Fraenkel tematizza il dualismo fra il *Normative State* e il *Prerogative State*, fra il diritto e il potere, fra la norma e l’eccezione e lo assume come la principale cifra esplicativa del regime nazionalsocialista. Egli sembra fare un passo indietro rispetto alla tendenza (che si sta sviluppando proprio in quegli anni) a far leva sul concetto di ‘totalitarismo’, ma, nella sostanza, fa un passo avanti, individuando un tratto essenziale del ‘modello’ totalitario: il rapido assorbimento del tradizionale ‘dualismo’ in una configurazione radicalmente nuova, ovvero l’ossimorica trasformazione dell’‘eccezione’ in una sorta di soggiacente e permanente struttura. Se dunque il contributo di Fraenkel alla messa a punto del carattere ‘totalitario’ del regime nazionalsocialista è tanto importante quanto indiretto, il libro pubblicato da Franz Neumann nel 1942 – *Behemoth* – (Neumann, 1942) va direttamente al punto ed enumera una serie di ‘indicatori’ destinati a essere presi in attenta considerazione

dalla cultura politologica che negli anni Cinquanta porterà a compimento la costruzione del modello 'totalitario' (Meierhenrich, 2018, p. 216).

Franz Neumann ripara precocemente in Inghilterra, nel 1933, mentre Fraenkel, come ricordiamo, sarà costretto all'espatrio cinque anni più tardi, nel 1938. A differenza di Fraenkel, Neumann deve quindi guardare alla Germania nazionalsocialista dal di fuori, di contro a quella sorta di 'ricerca sul campo' cui Fraenkel si era dedicato. Al contempo, è la stessa distanza dall'oggetto dell'indagine a stimolare il tentativo di una visione complessiva, di una definizione globale del fenomeno analizzato. È quanto il folto gruppo di intellettuali espatriati, vicini a Neumann (da Otto Kirchheimer a Herbert Marcuse) (Salvati, 2000 a), si attendono dall'opera cui Neumann sta lavorando intensamente e pubblicherà nel 1943 con il titolo di *Behemoth* (Neumann, 1942). Il libro riceve un'accoglienza trionfale ed esercita un notevole influsso sull'immagine del regime nazionalsocialista condivisa dai servizi segreti americani fra il '42 e il '45 e poi dai giudici del processo di Norimberga (Salvati 2000 b, p. 529; Meierhenrich, 2018, p. 29).

Nella caratterizzazione del regime nazionalsocialista il 'dualismo' fraenkeliano è esplicitamente rifiutato da Neumann:

It has been maintained that National Socialism is a dual state, that is, in fact, one state within which two systems are operating, one under normative law, the other under individual measures, one rational, the other the real of prerogative. We do not share this view because we believe that there is no realm of law in Germany, although there are thousands of technical rules that are calculable (Neumann, 1942, p. 468).

Certo, Neumann aggiunge una considerazione apparentemente contraddittoria con il rifiuto del 'dualismo' fraenkeliano:

« [...] hundreds of thousands, perhaps millions, of transactions in Germany are handled according to calculable and predictable rules. [...] These and thousands of other questions are dealt with rationally, even in the so called 'prerogative' state [...] » (Neumann, 1942, p. 468).

Neumann ammette dunque l'esistenza e l'effettiva rilevanza di norme 'calcolabili'. Perché allora rifiutare il 'dualismo' fraenkeliano e una qualche sopravvivenza del *Normative State* (pur se tenuto in ostaggio dal *Prerogative State*)? Perché, per Neumann, lo Stato di diritto (così come il carattere generale e astratto delle norme, l'eguaglianza giuridica, il principio di irretroattività della legge) erano strettamente connessi con (e funzionali a) un capitalismo caratterizzato dalla libera

competizione degli attori economici. Già negli anni della repubblica weimariana però il ruolo crescente delle imprese monopolistiche influiva sulla legislazione favorendo la logica del provvedimento ‘singolare’ ed ‘eccezionale’ (Neumann, 1931). E questo processo raggiunge la sua acme nella Germania nazionalsocialista: in essa è il capitalismo monopolistico a improntare di sé l’intera economia. Per Neumann, dunque, è l’ormai compiuta trasformazione monopolistica dell’economia capitalistica a rendere irrilevante la sopravvivenza del *Normative State* e a richiedere la ‘totalitarizzazione’ del potere politico.

Non è più il mercato, per Neumann, il centro della scena economico-produttiva, essendo stato soppiantato da un capitalismo che trova nel potere dei monopoli e nell’interventismo dello Stato il suo epicentro. È una lettura rigidamente ‘funzionalistica’ del *Rechtsstaat* (assunto come l’espressione di un ormai tramontato capitalismo concorrenziale) che induce Neumann a svalutare il fraenkeliano *Normative State*: le norme che lo compongono sono per Neumann regole meramente ‘tecniche’ (come, ad esempio, le regole che disciplinano il traffico stradale) e come tali non possono essere presentate come un elemento caratterizzante del regime.

Per Neumann, dunque, il totalitarismo deve essere pensato come la forma propria di un capitalismo monopolistico dominante nella Germania nazionalsocialista e non riconducibile, come vorrebbe Friedrich Pollock (Pollock, 1941), a un capitalismo di Stato controllato da una onnipervasiva burocrazia (Kelly, 2002, p. 489). Al contempo, però, Neumann è consapevole che la constatazione del legame funzionale del totalitarismo con il capitalismo monopolistico è un elemento necessario, ma non sufficiente per intendere le caratteristiche di una forma di potere di cui Neumann sottolinea la dirompente novità.

Su che cosa far leva, dunque, per intendere la specificità del totalitarismo? Non sullo Stato, secondo Neumann. Per cogliere l’originalità del nazionalsocialismo non dobbiamo pensare a fenomeni già ampiamente sperimentati nel corso della storia, quali l’incremento della forza coattiva dello Stato e una drastica accentuazione della sua componente autoritaria e repressiva (Neumann, 1942, p. 48). A svalutare il ruolo dello Stato sono gli stessi ideologi del nazionalsocialismo (che Neumann, come Fraenkel, studia attentamente), da Rosenberg a Schmitt, a Höhn (per non parlare dello stesso Hitler). Reinhard Höhn (che Neumann presenta come «the most advanced National Socialist’s lawyers») rifiuta come sostanzialmente compromesso con l’individualismo liberale il concetto stesso dello Stato e sottolinea il ruolo nuovo e determinante del leader, che non è un organo dello Stato, ma esprime l’essenza

della comunità razziale, di cui è una vera e propria personificazione (Neumann, 1942, p. 469).

Prima che allo Stato come organismo giuridicamente strutturato conviene quindi guardare all'estrema personalizzazione del potere, all'immagine del *Führer* come espressione della comunità razziale e incarnazione di un potere non riconducibile allo strutturato, tradizionale assetto dello Stato: è il leader carismatico –scrive Neumann – «the unifying link that joins state, party, and people» (Neumann, 1942, p. 83). Certo, la dimensione carismatica del potere ha una lunga storia, di cui Neumann è (weberianamente) consapevole. Egli è tuttavia convinto che, anche da questo punto di vista, il nazionalsocialismo introduca importanti discontinuità, legate al nesso che la 'personalizzazione' del potere intrattiene con altre componenti essenziali del nuovo regime: a partire dall'idea di una comunità razzialmente omogenea di cui il *Führer* è espressione.

Neumann dedica un intero capitolo (il capitolo IV) al concetto, centrale nella nuova Germania, del «racial people»: un concetto di 'popolo' che non ha più niente a che fare con l'idea ottocentesca di 'nazione' (l'immagine di una comunità forgiata da una storia immemorabile e assunta come il fondamento e la condizione di legittimità dello Stato) e raccoglie l'eredità di un 'discorso della razza' ampiamente diffuso nell'Europa tardo-ottocentesca. Neumann non manca di ricordare alcuni momenti dello sviluppo del discorso della razza in Germania: dalla *Gobineau renaissance*, favorita dal circolo antisemita stretto intorno a Richard Wagner, alla popolarissima opera di Houston Stewart Chamberlain (cui Neumann riserva il graffiante epiteto di «dilettante concoction») (Neumann, 1942, p. 107). È entro il 'discorso della razza' che l'antisemitismo (endemico, nella forma di antiebraismo di matrice teologica e religiosa, nell'Europa cristiana) trova nuove argomentazioni pseudo-scientifiche e una potente cassa di risonanza, fino a divenire una componente essenziale del nazionalsocialismo. Assunto come proprio elemento caratterizzante, il nazionalsocialismo imprime all'antisemitismo un vero e proprio salto di qualità, che Neumann indica con precisione: «National Socialism is the first Anti-Semitic movement to advocate the complete destruction of the Jews» (Neumann, 1942, p. 111).

Sembra dunque difficile imputare a Neumann la sottovalutazione dell'antisemitismo, la presentazione di esso come un mero strumento di 'propaganda' e non già di un elemento costitutivo del totalitarismo nazionalsocialista (Traverso, 2000, p. 527). Neumann offre uno spaccato (pur se inevitabilmente

sintetico, come egli stesso riconosce) dell'«arianizzazione» della Germania, della progressiva esclusione degli ebrei dalla società civile, dalla loro cancellazione come «soggetti di diritti» e coglie il nesso fra ideologia razziale, purificazione del «sangue» e totalitarismo nazionalsocialista. Ed è a questo nesso che Neumann correttamente riconduce anche la politica eugenetica del nazionalsocialismo. Certo, l'ebreo è anche il nemico su cui il regime può scaricare la responsabilità di ogni difficoltà o fallimento: un capro espiatorio ideale, che andrebbe perduto se si arrivasse a un completo sterminio degli ebrei (Neumann, 1942, p. 125). Con questa affermazione, però, Neumann non sta dimenticando le intenzioni genocidarie del nazionalsocialismo, ma sta indicando una possibile difficoltà (la perdita del nemico per eccellenza) cui il nazionalsocialismo sarebbe esposto qualora il suo obiettivo dichiarato – «the complete destruction of the Jews (Neumann, 1942, p. 111) – fosse effettivamente raggiunto.

Lungi dal sottovalutare l'importanza determinante dell'ideologia razziale (e, al suo interno, dell'antisemitismo), Neumann coglie, con notevole lucidità, l'«intreccio tra razzismo e imperialismo» (Salvati, 2000 b, p. 533), diffondendosi, fra l'altro, sul contributo che la teoria geopolitica del *Lebensraum* (elaborata da Friedrich Ratzel) offre (con la mediazione di Rudolf Kjellen e Karl Haushofer) alla causa dell'imperialismo nazionalsocialista.

È una comunità razzialmente purificata e quindi omogenea il fondamento di un *Führerprinzip* assunto come punto di equilibrio e motore del regime. Come descrivere le caratteristiche «reali» dell'immaginario soggetto collettivo costruito dall'ideologia nazionalsocialista? Neumann ha di fronte a sé una risposta, recente e importante, con la quale egli si confronta: la risposta offerta dall'ultima (incompleta e postuma) opera di Emil Lederer (una «sorta di testamento spirituale») (Salvati, 2004, p. xxvii): *State of the Masses*, pubblicata nel 1940 (Lederer, 1940).

Lederer (uno dei più brillanti e autorevoli membri della schiera di economisti e sociologi costretti all'esilio dall'avvento del nazionalsocialismo) affida al libro del '40 un'originale analisi del «totalitarismo» facendo leva sul concetto di «massa». Come osserva Mariuccia Salvati nella sua convincente ed esaustiva analisi di *State of the Masses*, il sociologo tedesco individua come tipici del «totalitarismo» alcuni tratti che la riflessione politologica e filosofico-politica degli anni Cinquanta (a partire da Hannah Arendt) avrebbe concordemente attribuito al «modello totalitario»: da un lato, la radicale innovatività del regime nazionalsocialista (e anche del regime sovietico), non riducibile a una semplice «dittatura» o a una mera intensificazione

(quantitativa) della violenza repressiva, e, dall'altro lato, il legame essenziale che il nuovo potere 'totalitario' intrattiene con una società che trova nella 'massa' la sua peculiare forma di esistenza (Salvati, 2004, pp. xlvi-xlix).

La 'massa', per Lederer, non è la 'folla' occasionale di Sighele o di Le Bon, ma è una nuova forma che la società assume in connessione con alcune caratteristiche (strettamente interconnesse) dei regimi 'totalitari': in essi, in primo luogo, viene sistematicamente cancellata quella straordinaria pluralità di gruppi sociali e formazioni politiche che era stata un tratto essenziale e costante delle società europee; in secondo luogo, e di conseguenza, gli individui perdono ogni legame 'orizzontale' e vengono ridotti ad 'atomi', a 'uomini-massa' privi di qualsiasi punto di appoggio intersoggettivo. Sono questi individui 'atomizzati' e 'massificati' che si prestano a essere presentati come cellule di un immaginario organismo da parte di una martellante propaganda che fa ricorso ai più recenti strumenti di comunicazione (dalla radio al cinema) per fare dei soggetti una docile massa di manovra nelle mani del leader.

L'estrema personalizzazione del potere ha come indispensabile controparte l'azzeramento della pluralità sociale e politica e la meccanica eguaglianza degli individui-massa. La massa cessa di essere un fenomeno occasionale, un momentaneo assembramento provocato da un determinato evento, per divenire una dimensione strutturale dei regimi totalitari: i loro leader

«hanno istituzionalizzato le masse facendone un rullo compressore politico e sociale, schiacciando i gruppi sociali di ogni tipo. In questa epoca le masse sono la base permanente di un sistema politico la cui natura è determinata da questo dato di fatto essenziale» (Lederer, 2004 a, p. 20).

Come reagisce Neumann alla tesi di Lederer? La reazione di Neumann sembra includere un doppio contenuto che potremmo dire (se volessimo giocare con il lessico psicanalitico) 'manifesto' e 'latente'. Manifesto è il suo rifiuto della tesi di Lederer: lungi dall'essere dissolta o risolta nelle 'masse', la società tedesca continua a essere organizzata intorno alla dicotomia fra classi dominanti e classi subalterne. Se così non fosse, aggiunge Neumann, il capitalismo avrebbe cessato di esistere e l'analisi fin qui condotta sarebbe erronea. È però vero il contrario: resta in piedi la struttura di classe, anche se essa non deve essere fatta coincidere con la differenziazione sociale. «A society may be divided into classes and yet not be socially differentiated in any other way» (Neumann, 1942, p. 366).

Indubbiamente, Neumann, a differenza di Lederer, non intende rinunciare al concetto di ‘classe sociale’ e alla sua efficacia esplicativa. È però anche vero che egli, ammettendo il carattere ‘indifferenziato’ della società tedesca, reintroduce dalla finestra non poche suggestioni che aveva gettato fuori dalla porta: dall’importanza – per la caratterizzazione della Germania nazionalsocialista – della cancellazione della pluralità dei gruppi politici e sociali e dell’esautoramento dell’autonomia del singolo, ridotto a ‘uomo-massa’, alla diffusione delle «prescribed totalitarian organizations» deputate alla capillare organizzazione della vita dei soggetti, al ruolo della propaganda e degli strumenti di comunicazione sociale (Neumann, 1942, p. 400, pp. 436-39).

Che cosa dunque, conclusivamente, caratterizza per Neumann il regime nazionalsocialista? Nella sua brillante e originale analisi Neumann raccoglie molteplici indicatori sottolineandone la stretta complementarità: l’azzeramento violento delle formazioni sociali e politiche e il cancellamento dell’autonomia individuale, una massa di soggetti ‘atomizzati’ stretti intorno a un leader ‘carismatico’, molteplici apparati burocratici capaci di un’azione capillare e pervasiva, un’ideologia razziale e antisemita imposta dalla propaganda e assunta come volano di una politica aggressiva tesa all’espansione del *Lebensraum* della razza dominante.

Tutti questi elementi, indicati da Neumann come tratti caratteristici della nuova Germania, saranno messi a frutto nella costruzione del ‘modello totalitario’ portata avanti nel decennio successivo alla pubblicazione di *Behemoth*. È però al contempo singolare che quest’opera, che dà un contributo sostanziale al concetto di ‘totalitarismo’, da un lato, non si impegni in una sua complessiva tematizzazione e, dall’altro lato, contesti l’opportunità di impiegare il concetto di ‘Stato’ per cogliere la peculiare struttura del regime nazionalsocialista.

Certo, Neumann (come Fraenkel) non omette di ricordare il concetto schmittiano di Stato totale in senso qualitativo – uno Stato che aspira al controllo completo della società, ma lascia impregiudicata la sfera dei rapporti privatistico-proprietari – e addirittura intitola un intero capitolo a «The Totalitarian State» (Neumann, 1942, p. 41), dando accuratamente conto del progressivo accentramento dei poteri, a partire dal decreto del 24 marzo 1933, assunto come atto di fondazione del nuovo ordine. Al contempo, tuttavia, la torsione ‘totalitaria’ dello Stato in Germania appare a Neumann situata in un rapporto di continuità o almeno di compatibilità con una

tradizione politico-costituzionale europea che non esclude affatto una forte concentrazione di poteri nello Stato.

In realtà, né l'ideologia del nazionalsocialismo né la sua prassi di governo possono essere ricondotte allo stereotipo dello 'Stato forte'. Dallo Stato i teorici del nazionalsocialismo cominciano assai presto a prendere le distanze, spostando l'accento dallo Stato al partito e dal partito alla comunità razzialmente omogenea e al movimento, come mostra, con la consueta tempestività e lucidità, Carl Schmitt, nel 1933, in un'opera dedicata a *Staat, Bewegung, Volk* (Schmitt, 1933 a). Schmitt stesso, peraltro, ha difficoltà a indicare un momento di sintesi e di stabilizzazione di un processo che, secondo Neumann, si regge su un perpetuo conflitto fra diverse componenti del regime trovando semmai nel *Führerprinzip* l'unico possibile punto di mediazione e di provvisorio equilibrio.

L'esito ultimo dell'analisi neumanniana ha un carattere in qualche modo paradossale: siamo di fronte a un regime che mostra una capacità di controllo e di assoggettamento della società senza precedenti e tuttavia appare sprovvisto di un unico centro propulsore. L'*arcanum imperii* nasconde non già la volontà irresistibile di un potere unitario, ma la conflittualità permanente dispiegata in uno spazio 'anarchico':

«Under National Socialism, however, the whole of the society is organized in four solid, centralized groups, each operating under the leadership principle, each with a legislative, administrative, and judicial power of its own. [...] There is no need of a state standing above all groups [...]. It is thus impossible to detect in the framework of the National Socialist political system any one organ which monopolizes political power» (Neumann 1942, pp. 468-69).

Il nazionalsocialismo è dunque una poliarchia, uno spazio conflittuale dove l'esercito, le élites economiche, il partito e la burocrazia statale lottano senza quartiere senza dar luogo a una stabile configurazione. «German constitutional life is characterised by its utter shapelessness» (Kelly, 2002, p. 493). In Germania il potente Leviatano è scomparso, sostituito da un altro mostro biblico anch'esso reso celebre da Hobbes: Behemoth. Se il Leviatano era il simbolo e il tramite dell'ordine indispensabile, Behemoth è la figura della distruttiva guerra civile. Assumere Behemoth come il simbolo del regime nazionalsocialista sottolinea il radicale rovesciamento della tradizione europea che Neumann riscontra in esso: se l'ordine 'tradizionale' si stringeva intorno al potere unificante dello Stato, il nazionalsocialismo trova il suo baricentro in una conflittuale poliarchia.

Neumann aveva respinto il ‘dualismo’ fraenkeliano e aveva percorso strade diverse da quelle inaugurate dal suo antico amico e collega. È però forse possibile cogliere, nelle loro analisi, un punto di convergenza nella denuncia dell’intrinseca paradossalità del regime nazionalsocialista: se per Fraenkel esso procedeva verso un’ossimorica ‘normalizzazione’ dell’eccezione, per Neumann esso trovava il suo precario equilibrio in una altrettanto ossimorica ‘stabilizzazione’ del disordine.

4. Hannah Arendt: l’ordine del terrore

Il momento politico-giuridico (le trasformazioni cui le istituzioni di governo e il complessivo sistema normativo erano andati incontro con l’avvento del nazionalsocialismo) era importante sia per Fraenkel che per Neumann: entrambi sensibili (se non altro per la loro rigorosa formazione giuridica) a cogliere nella dimensione giuridico-statuale un indicatore delle specificità del nuovo regime, anche quando, di quella dimensione, si denunci (è il caso di Neumann) non già la presenza ma l’assenza, sostenendo che un tratto caratteristico della Germania nazionalsocialista è non la creazione di una qualche nuova forma politico-giuridica, ma la radicale assenza di qualsiasi forma ordinante.

A influenzare la cultura degli anni Cinquanta e l’elaborazione del ‘modello’ totalitario non sarà tanto il fraenkeliano *Dual State* (che resta ai margini del dibattito negli anni del secondo dopoguerra), quanto l’opera di Neumann, che gode subito di un notevole successo e continua a incidere sulla pubblicistica del decennio successivo: a partire dall’opera di Hannah Arendt, la cui importanza nella messa a punto e nella diffusione del concetto di ‘totalitarismo’ è a tutti nota. Non sarà possibile una ricostruzione ravvicinata della sua opera capitale – *The Origins of Totalitarianism* – che vede la luce nel 1951 e sarà integrata da un importante capitolo nella seconda edizione del 1958 (Arendt, 1958). Mi limiterò a sottolineare, da un lato, la ripresa di temi ‘neumanniani’ e, dall’altro lato, la rilevanza del momento giuridico nell’orchestrazione del suo *magnum opus*.

Che il diritto sia importante per la visione arendtiana del totalitarismo (e in generale per la sua riflessione filosofico-politica) è un dato tanto innegabile, quanto curiosamente sottovalutato per lungo tempo dalla storiografia, che solo in anni relativamente recenti lo ha messo debitamente in luce (Goldoni, McCorkindale 2012), giungendo ad affermare che «[Arendt’s] discussion of law pervades *The Origins of Totalitarianism* (Goldoni, McCorkindale 2012, p. 6): e la pervade a partire

dal confronto (implicito ed esplicito) che l'autrice instaura fra la tradizione costituzionale ottocentesca (con il suo forse più ambizioso prodotto: l'idea di uno Stato sottoposto al diritto e limitato nella sua potenza sovrana) e la svolta 'totalitaria'.

Pur con sensibilità e analisi nettamente diverse, resta centrale (nella riflessione di Arendt, come di Fraenkel e di Neumann) il tema della rottura che il regime nazionalsocialista (e, più in generale, il 'modello' totalitario) impone alla tradizionale visione e pratica della sovranità: tanto Arendt quanto Fraenkel e Neumann sono convinti della necessità di situare il nuovo regime all'interno di una storia europea di cui esso non può non essere espressione e al contempo sono concordi nel sottolineare la sua radicale novità. Arendt in particolare (nelle prime parti dell'opera) dedica una pionieristica indagine al 'discorso della razza' e all'imperialismo coloniale otto-novecenteschi, consapevole della loro seminale rilevanza. È tuttavia al contempo singolare che Arendt, che pure ricorda il fraenkeliano 'dualismo' fra norma ed eccezione (Arendt, 1958, p. 395), non veda come proprio quel dualismo potrebbe mettere a fuoco una caratteristica essenziale del *Rechtsstaat* otto-novecentesco, se osservato nell'orizzonte della colonizzazione: uno Stato di diritto rispettoso dei vincoli normativi e dei diritti dei soggetti, nella metropoli, ma pronto a recuperare, nel governo delle colonie, la 'logica dell'eccezione' e l'assolutezza del potere (Costa, 2007; Nuzzo, 2010). In una siffatta prospettiva, il totalitarismo apparirebbe non tanto come un potere che colpisce lo Stato (lo Stato della tradizione ottocentesca) dall'esterno, quanto come l'assolutizzazione di un «executive State power» che diviene esso stesso «'antipolitical', and hence destroys the State from *within*» (Brunkhorst, 2012, p. 221).

Resta ferma comunque, per Arendt, l'esistenza di tendenze, che, profondamente radicate nella storia europea e tuttavia per lungo tempo relegate, per così dire, nella sua periferia, improvvisamente (ma non inspiegabilmente) prendono il sopravvento e dominano la scena: «the subterranean stream of Western history has finally come to the surface and usurped the dignity of our tradition» (Arendt, 1958, p. xi). Emerge il fenomeno 'totalitario' che, se, da un lato, appare come un momento della storia europea, dall'altro lato esprime una valenza radicalmente innovativa.

Anche per Arendt il substrato del 'totalitarismo' è non tanto la struttura 'classista' della società, la sua differenziazione e stratificazione, quanto l'esistenza di una massa socialmente disgregata. È la massa che Lederer aveva indicato come il terreno d'incubazione del 'totalitarismo'. Di Lederer *The origins of totalitarianism* non fa

mai menzione, ma le considerazioni di Arendt sono ‘oggettivamente’ vicine alle considerazioni svolte in *State of the masses*. D'altronde Neumann (ampiamente citato da Arendt) aveva, sì, criticato, *apertis verbis*, la posizione di Lederer, ma nella sostanza (come ricordiamo) aveva anche accolto e in parte utilizzato le sue suggestioni. Il risultato è che tanto Neumann quanto Arendt assumono come un primo, essenziale tratto di un regime ‘totalitario’ l'esistenza di una massa indifferenziata, composta da individui strappati alle loro appartenenze plurali, ‘atomizzati’, privi di legami e di sostegni (non dimentichiamo che proprio nel 1950, pur guardando agli Stati Uniti e non all'Europa, David Riesman aveva scritto *The Lonely Crowd*, insistendo sul carattere ‘eterodiretto’ dei suoi componenti) (Riesman, 1950).

What prepares men for totalitarian domination in the non-totalitarian world is the fact that loneliness, once a borderline experience usually suffered in certain marginal social conditions like old age, has become an everyday experience of the evergrowing masses of our century (Arendt, 1958, p.478).

Priva di specifiche e condizionanti connotazioni di classe, incapace di individuare e di perseguire un obiettivo determinato, refrattaria a qualsiasi organizzazione partitica o professionale, la massa è pronta a riconoscersi in un leader («carismatico», come diceva Neumann) cui essere fedele senza riserve. «Totalitarian movements are mass organizations of atomized, isolated individuals» e proprio per questo sono capaci di un lealismo assoluto e illimitato perché indipendente da specifici e vincolanti contenuti. La «total loyalty» è la base indispensabile per una «total domination».

Such loyalty can be expected only from the completely isolated human being who, without any other social ties to family, friends, comrades, or even mere acquaintance derives his sense of having a place in the world only from his belonging to a movement [...] (Arendt, 1958, pp. 323-24).

A una massa leale e disponibile ad assumere qualsiasi credenza come contenuto della propria ‘fede’ il leader offre a essa quei punti di riferimento che la strappano alla sua intollerabile ‘solitudine’: non tanto perché la indirizzano verso obiettivi politicamente apprezzabili e ‘realistici’, quanto perché la inducono a muoversi secondo le coordinate di un mondo puramente immaginario. Per numerose ed efficienti che siano le organizzazioni totalitarie, la loro assoluta novità consiste infatti non già nel facilitare la ‘gerarchizzazione’ della società e la trasmissione dei

comandi dal vertice alla base, ma nel trasformare le menzogne propagandistiche (quali la cospirazione degli ebrei o dei trotskisti) «into a functioning reality» in modo da costruire una società i cui membri «act and react according to the rules of a fictitious world» (Arendt, 1958, p. 364).

Il totalitarismo non si limita a organizzare gerarchicamente la realtà esistente, ma si proietta verso un mondo radicalmente 'altro'. Proprio per questo Arendt sottolinea (con una forza anche maggiore di Fraenkel e di Neumann) il carattere eversivo dei regimi totalitari e la necessità di distinguerli rigorosamente dalle tante varianti storicamente assunte da una mera organizzazione politica 'autoritaria' o 'dispotica'. In particolare, occorre evitare di accreditare come 'totalitario' il regime fascista, spesso indebitamente accostato al nazionalsocialismo e presentato come 'totalitario' non solo da una nutrita serie di giuristi, ma anche da Mussolini, «who was so fond of the term "totalitarian state"» (Arendt, 1958, p. 308).

Per Arendt, 'totalitari' possono dirsi soltanto il regime nazionalsocialista e il regime sovietico staliniano. La tendenza a connotare come 'totalitario' il regime fascista nasce dalla constatazione che in ciascuno di questi regimi la pluralità dei partiti politici è stata cancellata a vantaggio di un partito unico, che, guidato da un leader 'carismatico', ha conquistato il potere e ha imposto la sua ideologia. Queste analogie però, se pure innegabili, restano alla superficie dei fenomeni e perdono di vista le differenze essenziali che separano il fascismo (e i regimi con esso apparentabili) dal 'totalitarismo' (nazionalsocialista e staliniano). Di queste differenze era orgogliosamente consapevole la stessa pubblicistica nazionalsocialista, che denunciava in più occasioni i difetti del fascismo, mentre non nascondeva la sua «genuine admiration for the Bolshevik regime in Russia» (Arendt, 1958, p. 309).

L'obiettivo della 'rivoluzione' fascista è, per Arendt, limitato e trasparente: la conquista del potere e l'instaurazione di un governo capace di realizzare un controllo capillare del territorio impiegando a questo scopo la macchina repressiva dello Stato. Al di là del frasario altisonante, il fascismo non si distacca essenzialmente da un tradizionale governo 'dispotico'. Al contrario, tanto il nazionalsocialismo quanto il bolscevismo hanno, sì, impiegato la violenza per la conquista dello Stato, ma la presa del potere, lungi dall'essere il fine, è stato soltanto un mezzo, sia pure indispensabile, in vista di uno scopo che trascendeva la semplice 'occupazione' delle istituzioni di governo e coincideva con la perpetua 'movimentazione' della massa: la loro idea di dominio è legata a un «movement that is constantly kept in motion» e rende possibile

«the permanent domination of each single individual in each and every sphere of life» (Arendt, 1958, p. 326).

Non lo ‘Stato’, per quanto autoritario o ‘dispotico’, ma il ‘movimento’ è il contrassegno di un regime totalitario (Canovan, 2004). Questa differenza (uno dei luoghi più frequentati della pubblicistica fascista e nazionalsocialista degli anni Trenta) diviene, per Arendt, il fossato che divide il totalitarismo (sovietico e nazionalsocialista) dal mero autoritarismo fascista e permette di indicare nel ‘movimento’ la direzione di senso dell’esperienza totalitaria: un movimento che la stessa retorica nazionalsocialista privilegia come il vero motore del regime.

Per intendere la specificità del ‘totalitarismo’ occorre quindi entrare in una logica diversa da quella che tradizionalmente regola l’azione politica e rendersi conto che in esso «is hidden an entirely new and unprecedented concept of power, just as behind their Realpolitik lies an entirely new and unprecedented concept of reality»: operano nel totalitarismo non la *libido dominandi* o il calcolo utilitario, ma la fede «in an ideological fictitious world (Arendt, 1958, p. 416). Cambia di conseguenza il concetto stesso di nemico: che soltanto in prima approssimazione è l’avversario politico, ma in realtà assume un’identità fluida e cangiante, che cambia a seconda delle circostanze e, lungi dall’essere determinata dalla posizione che egli assume nei confronti del governo, è definita unilateralmente sulla base delle mutevoli esigenze del movimento, «whose advance constantly meets with new obstacles that have to be eliminated» (Arendt, 1958, p. 425).

Se il ‘movimento’ è tutto, lo Stato, con la sua complessa e strutturata organizzazione, è, più che una risorsa, un problema: conquistarla è indispensabile, ma al contempo genera il rischio che il movimento si sclerotizzi, si arresti, «“ossified” by taking over the state machine and frozen into a form of absolute government» (Arendt, 1958, p. 389). Siamo di fronte a una tensione caratteristica dei regimi totalitari: che, dominati dalla loro «perpetual-motion mania», non possono restare in vita se non in quanto «they keep moving and set everything around them in motion» (Arendt, 1958, p. 305), venendosi fatalmente a scontrare con ogni velleità di stabilizzazione e di ‘confinamento’.

È una dialettica che, di nuovo, evoca lo schmittiano *Staat, Bewegung, Volk*, del 1933 (già tenuto presente, come ricordiamo, da Franz Neumann): un’opera che, se pure aspira alla quadratura del cerchio tentando di dimostrare la connessione dialettica fra la comunità, il movimento (che trova nel partito la sua punta di diamante) e lo Stato (come insieme di apparati e di poteri gerarchicamente

strutturati), al contempo non può non assumere il partito come *primum movens* e ridimensionare di conseguenza il ruolo dello Stato-apparato. Siamo di fronte, anche in questo caso, a un tema ricorrente nel non facile dialogo fra la cultura fascista e la cultura nazionalsocialista: il tema del rapporto fra il 'partito' (e il 'movimento') e lo Stato. In questo vero e proprio *locus classicus* nel dibattito degli anni Trenta è ricorrente l'indicazione di una differenza speculare fra il nazionalsocialismo e il fascismo, in ragione al ruolo primario attribuito, rispettivamente, al partito o allo Stato. In questo contesto, è plausibile ipotizzare che sia proprio la schmittiana 'relativizzazione' dello Stato il principale ostacolo alla recezione del giurista di Plettenberg nell'Italia fascista (Stolzi, 2021).

Se il movimento è decisivo, se la sopravvivenza del modello totalitario sta e cade con il continuo fluire delle forme, è proprio lo Stato (con l'inevitabile fissità e astrattezza dei ruoli, delle procedure, degli apparati istituzionali e normativi) a essere un elemento di contraddizione:

One should not forget that only a building can have a structure, but that a movement [...] can have only a direction, and that any form of legal or governmental structure can be only a handicap to a movement which is being propelled with increasing speed in a certain direction (Arendt, 1958, p. 398).

È la struttura giuridico-istituzionale e giuridico-normativa che il totalitarismo, in quanto movimento inarrestabile, deve tenere sotto controllo e tendenzialmente azzerare. Anche Neumann era giunto a indicare, come caratteristica del regime nazionalsocialista, non tanto un 'pieno' quanto un 'vuoto': il cuore del regime era uno spazio giuridicamente non regolato, un non-diritto (non Leviathan, ma Behemoth). Anche per Arendt è il non-diritto un tratto del totalitarismo: il diritto, infatti, è il polo opposizionale del 'movimento', che vede nel momento giuridico-statuale la pietra d'inciampo, lo *skàndalon* che occorre trascendere e tendenzialmente travolgere.

At this point the fundamental difference between the totalitarian and all other concepts of law comes to light. Totalitarian policy does not replace one set of laws with another, does not establish its own *consensus iuris*, does not create, by one revolution, a new form of legality. Its defiance of all, even its own positive laws implies that it believes it can do without any *consensus iuris* whatever, and still not resign itself to the tyrannical state of lawlessness, arbitrariness and fear (Arendt, 1958, p. 462).

Non è una semplice trasformazione dei contenuti del diritto che il nazionalsocialismo persegue: se così fosse, sarebbero stati sufficienti un mero

adeguamento delle strutture politico-giuridiche e del sistema normativo, una loro utilizzazione a sostegno del nuovo regime (come avviene, per Arendt, nei coevi regimi dispotici o dittatoriali, ma non genuinamente totalitari, come il fascismo). Nelle semplici ‘dittature’ mutano lo Stato e il diritto, ma non viene cancellato il senso profondo, la caratteristica essenziale degli apparati giuridici, che cambiano adattandosi alle nuove finalità, ma mantengono «a relative permanence as compared with the much more rapidly changing actions of men» e operano quindi come «stabilizing factors for the ever changing movements of men» (Arendt, 1958, p. 463).

È il diritto come tale a essere incompatibile con un ‘movimento’ insofferente di limiti e confini. Certo, anche il ‘movimento’ ha le sue leggi – le leggi della natura o della storia di cui esso pretende di essere espressione – ma le regole cui obbedisce non hanno a che fare con le leggi positive, nemmeno con le norme create dal regime totalitario: che diffida di tutte le norme positive, anche di quelle da esso stesso varate («as in the case of the Soviet Constitution of 1936, to quote only the most outstanding example») (Arendt, 1958, p. 461). Anche il totalitarismo ha una sua «lawfulness»: essa però non ha niente da spartire con le norme vigenti e anzi trae senso dalla sua contrapposizione alla «legality» e dalla pretesa che la sorregge; la pretesa «to establish the direct reign of justice on earth» (Arendt, 1958, p. 462).

Ancora una volta, Carl Schmitt aveva tempestivamente colto il punto già nel '32, contrapponendo, nel momento conclusivo dell'esperienza weimariana, la ‘legalità’ alla ‘legittimità’: la prima rinvia al formalismo del *Gesetzgebungsstaat* e al gioco parlamentaristico della maggioranza e della minoranza; la seconda, lungi dall'essere assorbita e realizzata nella prima, come vorrebbe la cultura giuridica liberale, emerge, nel momento della crisi, in tutta la sua urgenza, evoca un nuovo soggetto ‘plebiscitario’, un popolo unitario, capace di dire compattamente di sì o di no e di scegliere, contro il formalismo parlamentaristico, un nuovo, «substanthaften Ordnung» (Schmitt 1932, p. 97). Ed è appunto nel nuovo ordine nazionalsocialista che Schmitt saluta l'avvento di un *Führerstaat* che cancella il vecchio ‘Stato legislativo’, cessa di far coincidere il rispetto formalistico della norma con la ‘legittimità’ e trasforma lo ‘Stato di diritto’ in uno ‘Stato di giustizia’ che trova nel *Führer* (che realizza il diritto inteso come “ordine concreto” del popolo) la sua suprema espressione (Schmitt, 1934 b, pp. 200-201).

Il ‘movimento’ cancella la ‘legalità’ e realizza la ‘giustizia’: la rappresentazione del nazionalsocialismo dal suo interno coincide con l'interpretazione di chi,

dall'esterno, indica proprio nella destrutturazione non di *un* assetto giuridico, ma del diritto come tale un tratto decisivo del modello 'totalitario'. È l'azzeramento del diritto che rende possibile, congiuntamente, la 'stabilizzazione' dell'incertezza (come già rilevato da Fraenkel e da Neumann), la dilatazione del terrore (anch'esso un momento essenziale del dominio totalitario) (Arendt, 1958, p. 464) e l'illimitatezza del dominio.

L'estensione del dominio al di là di ogni vincolo e regola è una diretta conseguenza, per Arendt, della cancellazione del diritto come tale: a venir meno non è solo la certezza del *diritto* (la prevedibilità del comportamento dell'autorità di fronte alla trasgressione), ma è anche e soprattutto la certezza dei *diritti*: «the first essential step on the road to total domination is to kill the juridical person in man» (Arendt, 1958, 447). Prima ancora dell'attacco al patrimonio dei diritti faticosamente riconosciuti nel corso della storia moderna, il nazionalsocialismo si segnala per la sua campagna contro il concetto stesso di 'diritto soggettivo': occorre respingere l'idea di una persona cui riconoscere, in virtù della sua semplice esistenza, la capacità giuridica, il 'diritto ad avere diritti' – per usare l'efficace e fortunata espressione impiegata da Arendt (Arendt, 1958, p. 296, p. 298) – e dedurre lo status giuridico del soggetto dalla sua identità razziale. Per Karl Larenz (un importante esponente della cultura giuridica nazionalsocialista) esiste non già il 'soggetto di diritti' come tale, ma soltanto il *Volksgenosse*, il membro di una comunità razzialmente omogenea, che dall'appartenenza al popolo tedesco trae il suo *status* giuridico (Larenz, 1935, pp. 238-40).

Arendt è lucidamente consapevole che il progetto genocidario del nazionalsocialismo è inseparabile dalla decisione di disconoscere il diritto di ciascuno ad avere diritti: se i tempi e le modalità di attuazione di quel progetto potevano essere influenzati (ritardati o accelerati) dal gioco degli eventi e dall'affollarsi di circostanze non sempre prevedibili, la sua condizione di possibilità, anzi di pensabilità, coincideva con l'azzeramento della proiezione giuridica della persona come tale.

The aim of an arbitrary system is to destroy the civil rights of the whole population, who ultimately become just as outlawed in their own country as the stateless and homeless. The destruction of a man's rights, the killing of the juridical person in him, is a prerequisite for dominating him entirely (Arendt, 1958, p. 451).

La distruzione della dimensione giuridica e morale dell'individuo e l'illimitatezza del dominio trovano la loro compiuta realizzazione nell'universo concentrazionario,

che quindi, per Arendt, è la realizzazione e la rivelazione del progetto totalitario: «the concentration and extermination camps of totalitarian regimes serve as the laboratories in which the fundamental belief of totalitarianism that everything is possible is being verified» (Arendt, 1958, p. 437).

Il *Lager* è il presente e il futuro del progetto totalitario. Si ripete e si esaspera nel microcosmo concentrazionario un fenomeno caratteristico del macrocosmo politico-sociale: le norme, sprovviste di qualsiasi autonoma legittimità, vengono attratte nel vortice dell'eccezione e, lungi dal garantire la certezza rendendo prevedibile il comportamento delle autorità, producono l'effetto contrario esponendo i soggetti a decisioni imprevedibili e incontrollabili. Nell'ordine del terrore, come scrive Wolfgang Sofsky, il potere libera la violenza «da tutti gli impedimenti» e realizza «un universo di incertezza assoluta» rompendo «il nesso tra infrazione della norma e sanzione» (Sofsky, 1995, pp. 27-28).

Se il diritto riusciva a offrire una qualche stabilità all'esistenza politico-sociale garantendo «la pre-existence of a common world», fissando limiti che trascendono la vita di una singola generazione (Arendt, 1958, p. 465), la sua sospensione è congruente con lo scopo ultimo del progetto totalitario: che non è semplicemente «the revolutionizing transmutation of society, but the transformation of human nature itself. The concentration camps are the laboratories where changes in human nature are tested [...]» (Arendt, 1958, p. 458).

5. *Cenni conclusivi*

Per Fraenkel, conviene intendere il regime nazionalsocialista facendo leva su una tensione – la tensione fra potere e diritto, fra eccezione e norma – che, ricorrente nella traiettoria della sovranità, subisce una peculiare evoluzione nella Germania nazionalsocialista: è lungo la faglia della crescente contrazione del *Normative State* e della corrispettiva dilatazione del *Prerogative State* che per Fraenkel ha luogo il terremoto che trasforma alla radice la società tedesca. La coppia opposizionale dei 'due Stati' sta a indicare non tanto una 'struttura', quanto la direzione di un processo che sta traumaticamente separando la Germania dalla tradizione costituzionale europea.

Se Fraenkel studia un processo che, una volta compiuto, condurrà a un tipo di regime radicalmente nuovo, Neumann individua un complesso di elementi, che, se pure tipici della Germania nazionalsocialista, al contempo si prestano a essere

assunti come contrassegni di un 'modello' – il modello 'totalitario' – di portata più generale. Gli indicatori di questo modello sono molteplici, ma forse il principale (tanto da suggerire il titolo dell'opera) è l'inesistenza di un unitario apparato potestativo giuridicamente organizzato. La Germania nazionalsocialista è 'totalitaria' non perché ha rafforzato il vecchio Leviatano, ma perché lo ha abbattuto a vantaggio del suo contrario: il Behemoth, che Hobbes aveva assunto a simbolo della distruttiva guerra civile. Il cuore dell'esperimento totalitario è uno spazio giuridicamente vuoto, occupato da una conflittuale poliarchia che trova un contingente punto di equilibrio nella figura del *Führer*.

Che al centro del modello totalitario vi sia uno spazio giuridicamente vuoto non è un evento contingente, ma è, per Arendt, una conseguenza obbligata: il totalitarismo è un fenomeno radicalmente nuovo e qualitativamente distinto dalle dittature del passato e del presente proprio perché, lungi dal far leva sul 'vecchio' Stato e sulla sua macchina repressiva, lo relativizza, lo destruttura, lo travolge presentandosi come l'espressione di un 'movimento' che non si limita a 'disciplinare' i soggetti, ma persegue il dominio assoluto e la trasformazione della stessa natura umana.

Le vie battute dai tre esuli per capire i tratti caratteristici della nuova Germania sono diverse e tuttavia convergono nel fare della dimensione giuridico-statuale un indicatore decisivo: per tutti, la prima vittima del nazionalsocialismo è lo Stato, che, nel corso dell'Otto-Novecento, era stato pensato e in parte realizzato nella forma dello 'Stato di diritto'. La tesi della radicale discontinuità che i tre autori ravvisano nel regime nazionalsocialista (e, per estensione, nel regime bolscevico), pur sostenuta (soprattutto in Neumann e ancor più in Arendt) da un'analisi complessiva dei nuovi regimi, trova un'eloquente conferma nell'illustrazione dell'affossamento della tradizione giuridico-costituzionale europea realizzato da entrambi i regimi.

Certo, non mancano le divergenze. Mentre Neumann non ammette alcuna 'gradazione' intermedia fra 'Stato' e 'non Stato' e denuncia il 'vuoto giuridico' come essenza del regime nazionalsocialista, Fraenkel descrive un processo dove norma ed eccezione, 'Stato' e 'non Stato', non si elidono, ma coesistono in una continua e sempre mobile tensione (che sfocia in una crescente e drammatica contrazione dell'autonomia della sfera giuridico-normativa): «where Neumann [...] saw only black and white – law or lawlessness – Fraenkel noticed shades of gray» (Meierhenrich, 2018, p. 35).

Ancora diversa è la posizione di Arendt. In *The Origins of Totalitarianism* non soltanto è ormai maturo il tentativo di costruire il ‘totalitarismo’ come modello applicabile a regimi ideologicamente e storicamente diversi (la Germania nazionalsocialista, la Russia bolscevica), ma è anche più ricca e complessa l’analisi degli elementi che rendono il modello ‘totalitario’ radicalmente nuovo e diverso dai tradizionali ‘dispotismi’. Anche per Arendt è lo ‘Stato di diritto’ l’ostacolo che il totalitarismo nazionalsocialista deve travolgere in modo che il ‘movimento’ di cui esso si vuole espressione domini e plasmi i soggetti senza alcun limite e vincolo. L’idea di ‘Stato di diritto’ cui Arendt si riferisce è però più articolata e complessa di quanto suggerito dalla semplice immagine di uno Stato *sub lege*, disposto ad agire nei limiti di un sistema normativo vincolante anche per i suoi organi. Potremmo dire (facendo un uso, in qualche misura anacronistico, di una distinzione oggi corrente) che Arendt ha in mente non tanto o non soltanto un’idea ‘formalistica’, quanto piuttosto un’idea ‘sostanzialistica’ e ‘funzionalistica’ di Stato di diritto (Craig, 1995): un’idea che non soltanto guarda alla ‘formale’ corrispondenza dell’operato del governo alle prescrizioni normative, ma sottolinea anche il ruolo protettivo del diritto nei confronti dei soggetti e traduce questa ‘protezione’ nell’attribuzione ai soggetti di precisi e inderogabili diritti.

Per questa via, nell’analisi arendtiana del modello ‘totalitario’ acquisisce un risalto assai maggiore che non nei lavori di Fraenkel e di Neumann la figura del soggetto in quanto titolare di diritti. Sono i diritti una componente essenziale di quella tradizione costituzionale europea dalla quale il ‘totalitarismo’ si distacca traumaticamente. E il futuro distopico che esso annuncia e persegue, l’estensione illimitata del dominio, presuppone proprio l’azzeramento dei diritti (e del ‘diritto ad avere diritti’) che, in quanto tramite del riconoscimento dei soggetti, è la fragile (ma simbolicamente decisiva) barriera che separa un mondo ancora ‘umano’ dal distopico ordine del terrore.

Riferimenti bibliografici

- Arendt, H. (1958). *The Origins of Totalitarianism* (1951), The World Publishing Company.
- Brunkhorst, H. (2012). Power and the Rule of Law in Arendt’s Thought. In M. Goldoni, Ch. McCorkindale (eds.), *Hannah Arendt and the Law* (pp. 215-228). Hart.
- Canovan, M. (2004). The Leader and the Masses. Hannah Arendt on Totalitarianism and Dictatorship. In P. Baehr, M. Richter (eds.), *Dictatorship in History and Theory* (pp. 241-60). Cambridge University Press.
- Cattaneo, M.A. (1998). *Terrorismo e arbitrio: il problema giuridico nel totalitarismo*. Cedam.

- Costa, P. (1999). Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo. *Quaderni fiorentini*, 18, 285-399.
- Costa, P. (2006). Estado de Direito: uma introdução histórica. In P. Costa e D. Zolo (orgs.), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica* (pp. 95-198). Martins Fontes.
- Costa, P. (2007). Classi pericolose' e 'razze inferiori': la sovranità e le sue strategie di assoggettamento. In F. Benigno, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari in Europa tra XVI e XX secolo* (pp. 239-257). Viella.
- Craig, P. (1995). Formal and substantive conceptions of the rule of law. *Diritto pubblico*, 8, 35-55.
- Forti, S. (2001). *Il totalitarismo*. Laterza.
- Forti, S. (2004). *La filosofia di fronte all'estremo. Totalitarismo e riflessione filosofica*. Einaudi.
- Fraenkel, E. (1941). *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Oxford University Press.
- Goldoni, M., McCorkindale (2012). Introduction. In M. Goldoni, Ch. McCorkindale (eds.), *Hannah Arendt and the Law* (pp. 1-11). Hart.
- Kelly, D. (2002). Rethinking Franz Neumann's Route to Behemoth. *History of Political Thought*, 23 (3), 458-96.
- Koellreutter, O. (1933 a). *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*. Mohr (Paul Siebeck).
- Koellreutter, O. (1933 b). Der nationale Rechtsstaat. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 38, 517-24
- La Torre, M. (2013). Hannah Arendt and the Concept of Law. Against the Tradition. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 99 (3), 400-416.
- Larenz, K. (1935). Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. In K. Larenz (ed.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (pp. 225-60). Junker und Dünhaupt Verlag.
- Lederer, E. (1940). *State of the Masses. The Threat of the Classless Society*. W.W. Norton.
- Lederer, E. (2004 a). *Lo Stato delle masse. La minaccia della società di massa*. Bruno Mondadori.
- Lederer, E. (2004 b). Zur Soziologie des Weltkrieges (1915). In E. Lederer, *Kapitalismus, Klassenstruktur und Probleme der Demokratie in Deutschland 1910-1945* (pp. 119-144). Vandenhoeck & Ruprecht.
- Locke, J. (2003). The second Treatise of government. In J. Locke, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (pp. 100-209). Yale University Press.
- Lustig, D. (2011). The Nature of the Nazi State and the Question of International Criminal Responsibility of Corporate Officials at Nuremberg: Revisiting Franz Neumann's Concept of Behemoth at the Industrialist Trials. *ILLJ Working Paper (History and Theory of International Law Series)*, 2, 966-1040.
- Meierhenrich, J. (2018). *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*. Oxford University Press.
- Morris, D. G. (2013). The Dual State Reframed: Ernst Fraenkel's Political Clients and his Theory of the Nazi Legal System. *Leo Baeck Institute Year Book*, 58, 5-21.
- Morris, D. G. (2015). Write and Resist: Ernst Fraenkel and Franz Neumann on the Role of Natural Law in Fighting Nazi Tyranny. *New German Critique*, 42 (3), 297-230.
- Neumann, F. (1931). On the Preconditions and the Legal Concept of an Economic Constitution. In K. Tribe (ed.), *Social Democracy and the Rule of Law: Otto Kirchheimer and Franz L. Neumann* (pp. 44-65). Allen & Unwin.
- Neumann, F. (1942). *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*. Victor Gollancs.
- Nuzzo, L. (2010). La colonia come eccezione. *Rechtsgeschichte*, 16, 259-273.

- Pasquino, P. (1998). Locke on King's Prerogative. *Political Theory*, 26 (2), 198-208.
- Petersen, J. (1975). La nascita del concetto di "Stato totalitario" in Italia. *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 1, 143-68.
- Pollock, F. (1941). Is National Socialism a New Order?. *Studies in Philosophy and Social Science*, 9, 440-55.
- Ramas San Miguel, Cl. (2019). El Estado total en Carl Schmitt: desbordamiento de lo político y decisión totalitaria: una reconstrucción teórico-doctrinal. *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 22 (1), 141-56.
- Ramos, D. (2012). Franz Neumann e o nazismo como a destruição do estado. *Ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy*, 11 (3), 299-327.
- Riesman, D. (1959). *The Lonely Crowd. A Study of the Changing American Character*. Yale University Press.
- Salvati, M. (2000 a). *Da Berlino a New York. Crisi della classe media e futuro della democrazia nelle scienze sociali degli anni trenta*. Bruno Mondadori.
- Salvati, M. (2000 b). La generazione di Franz Neumann nell'esilio degli Stati Uniti. Discussione su "Behemoth" di F. Neumann. *Contemporanea*, 3, 528-536.
- Salvati, M. (2004). Emil Lederer (1882-1939). Un intellettuale europeo tra socialismo e totalitarismo. In E. Lederer, *Lo Stato delle masse. La minaccia della società di massa* (pp. ix-lx). Bruno Mondadori.
- Schmitt, C. (1931). Die Wendung zum totalen Staat. In C. Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939* (pp. 166-178). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1932). *Legalität und Legitimität*. Duncker und Humblot.
- Schmitt, C. (1933 a). *Staat, Bewegung, Volk*. Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt, C. (1933 b). Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland. In C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (pp. 359-365). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1934 a). Nationalsozialismus und Rechtsstaat. *Juristische Wochenschrift*, 63, 716-18
- Schmitt, C. (1934 b). Der Führer schützt das Recht. In C. Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939* (pp. 199-203) Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1935). Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'? *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 95 (2), 189-20
- Sofsky, W. (1995). *L'ordine del terrore. Il campo di concentramento*. Laterza.
- Stolleis, M. (1998), *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*. University of Chicago Press.
- Stolzi, I. (2021). Schmitt e il fascismo italiano. Di prossima pubblicazione.
- Suntrup, J.Ch. (2020). Between prerogative power and legality – reading Ernst Fraenkel's The Dual State as an analytical tool for present authoritarian rule. *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, 11 (3), 335-359.
- Traverso, E. (2000). Behemoth. Note sulla rilettura di un classico. Discussione su "Behemoth" di F. Neumann. *Contemporanea*, 3, 523-28.
- Traverso, E. (2002). *Il totalitarismo. Storia di un dibattito*. Bruno Mondadori.
- Tsao, R.T. (2002). The Three Phases of Arendt's Theory of Totalitarianism. *Social Research*, 69 (2), 579-619.
- Volk, Ch. (2010). From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order. *Leiden Journal of International Law*, 23, 759-779.

IL REGIME FASCISTA FRA 'DIRITTO' E 'POLITICA':
UN CASO DI 'DUAL STATE'?

1. *Cenni introduttivi*

Quali caratteristiche assume il diritto nel regime fascista? Come viene concepito e realizzato il rapporto fra l'ordine giuridico e le decisioni politiche? Queste domande, che la storiografia ha proposto con crescente incisività a proposito del fascismo, erano in sostanza le stesse che Ernst Fraenkel si poneva nel tentativo di individuare le peculiarità del regime nazionalsocialista. Il giovane allievo di Hugo Sinzheimer non era un osservatore esterno: pur essendo ebreo, poteva infatti continuare ad esercitare la professione di avvocato (avendo combattuto al fronte nella guerra mondiale). Solo nel 1938 è costretto a fuggire prima in Inghilterra e poi negli Stati Uniti; ed è nell'esilio che egli porta a compimento un'analisi (avviata negli anni precedenti) che assume come cifra del regime nazionalsocialista una peculiare 'dualità', la compresenza di due distinte modalità di organizzazione politico-giuridica, che egli chiama il '*Prerogative State*' e il '*Normative State*':

By the Prerogative State we mean that governmental system which exercises unlimited arbitrariness and violence unchecked by any legal guarantees, and by the Normative State an administrative body endowed with elaborate powers for safeguarding the legal order as expressed in statutes, decisions of the courts, and activities of the administrative agencies¹.

Non mancano nella Germania nazionalsocialista complessi e articolati sistemi normativi: le norme però, secondo Fraenkel, pur continuando a svolgere una funzione non trascurabile nella disciplina della quotidianità economico-sociale, sono, per così dire, risucchiate nel vortice di uno stato d'eccezione che ne può sospendere imperscrutabilmente l'applicazione.

¹ E. Fraenkel, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford, Oxford University Press, 1941, p. xiii.

P. Costa, *Il regime fascista fra 'diritto' e 'politica': un caso di 'dual State'?*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*. VI. *Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_07, pp. 383-414.

Era venuto a esistenza, e quali forme aveva assunto, un *'dual State'* anche in Italia?² Si dava, in Italia, una tensione, scoperta o sotterranea, fra la *'politica'* e il *'diritto'*, fra le aspirazioni totalitarie del regime e gli assetti normativi? Per rispondere a questa domanda servirebbe un lungo lavoro di scavo, sorretto dalla consapevolezza che il rapporto fra la *'politica'* e il *'diritto'* deve essere studiato facendo leva su molteplici indicatori³. Un lavoro siffatto non può essere svolto nei limiti di un breve saggio. È però anche vero che disponiamo di una ricca messe di lavori storiografici che offrono un'analisi approfondita e penetrante del diritto e della cultura giuridica nell'Italia fascista⁴. Mi limiterò quindi a un *'parassitario'* sfruttamento dei risultati già raggiunti e a una semplice rassegna dei temi più direttamente riconducibili al rapporto fra la *'politica'* e il *'diritto'*.

2. La *'restaurazione'* dell'*'autorità'* e la *'fascistizzazione'* della nazione

Quando Fraenkel si interrogava sull'instaurazione del regime nazionalsocialista in Germania non aveva dubbi nell'indicare come decisivo punto di rottura nei confronti del regime precedente il decreto del 28 febbraio 1933 (la *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, varata a seguito dell'incendio del *Reichstag*), con il quale vengono cancellati, in nome dell'emergenza, i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. In Italia, per assistere al varo di provvedimenti per molti aspetti analoghi occorre attendere il famoso discorso mussoliniano del 3 gennaio 1925 e le cosiddette *'leggi fascistissime'* che ne seguirono. Nei tre anni precedenti, il governo affidato da Vittorio Emanuele III a Mussolini era nato, sì, a seguito dell'eversiva *'marcia su Roma'*⁵, ma conservava una formale continuità con la tradizione liberal-parlamentare.

² È discutibile – osserva Stephen Skinner – se e come «this concept of duality worked in other systems, and the extent to which the distinction between law and prerogative was clear-cut» (S. Skinner, *Introduction: Fascism and Criminal Law, 'One of the Greatest Attributes of Sovereignty'*, in S. Skinner (ed.), *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, Oxford and Portland, Hart, 2015, p. 6).

³ Una penetrante analisi del *'diritto'* all'interno dei regimi *'totalitari'* è offerta da S. Martín, *El derecho en los tiempos del totalitarismo*, in «*História do direito*», 2, 2021, pp. 202-238.

⁴ Cfr. A. Mazzacane, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in A. Mazzacane (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden Baden, Nomos, pp. 1-20; I. Stolzi, *Fascismo e cultura giuridica*, in «*Studi storici*», 1, 2014, pp. 139-54; I. Stolzi, *Un'irriducibile complessità? Il fascismo fra immagini e realtà (a proposito di alcuni recenti volumi)*, in «*Quaderni Fiorentini*», 48, 2019, pp. 767-784.

⁵ Cfr. E. Gentile, *E fu subito regime. Il fascismo e la marcia su Roma*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

Che la svolta annunciata nel discorso del 3 gennaio sia rilevante e che la vera e propria costruzione giuridica del regime inizi con le leggi del '26 è indubbio, ma sarebbe indebito trarre da ciò la conseguenza che ciò che vorrei chiamare il processo 'costituente' del fascismo inizi in quel momento. Questo processo è già in corso negli anni precedenti e si avvale di alcune parole d'ordine che non solo sono retoricamente efficaci, ma anche compendiano un progetto che, se pure mantiene relativamente vaghe le proprie credenziali 'dottrinarie', è anche in grado di far leva su pochi, ma decisivi punti di forza.

In primo luogo, il fascismo indica come propria missione la salvezza dello Stato. A questo scopo occorre mettere in contrasto l'essenza dello Stato con la sua concreta, attuale esistenza, contrapporre lo Stato come 'dovrebbe essere' allo Stato come 'è divenuto', a causa delle ferite a esso inferte dal parlamentarismo liberal-democratico. È urgente tornare alle origini della statualità, purgandola dalle incrostazioni individualistiche, edonistiche, conflittualistiche provocate dalla tabe democratica.

In secondo luogo, della rigenerazione dello Stato una componente essenziale è la violenza. La violenza contro gli avversari politici (una violenza che, presente nel movimento fascista fino dalle sue origini, continua a essere praticata anche durante la sedicente normalizzazione 'legalitaria') non è soltanto un coefficiente indispensabile del successo politico del fascismo, ma è anche parte integrante di una mitologia di fondazione che si appropria delle aspettative salvifiche e palingenetiche ereditate dalla Grande Guerra.

Il fascismo non persegue un semplice 'ritorno allo Statuto' o un mero rafforzamento della funzione repressiva dello Stato contro il pericolo rosso, come illusoriamente si attendevano non pochi esponenti della politica *d'antan*. Il fascismo non ha intenzioni meramente restauratrici, ma trae dal passato (recente e meno recente), senza preoccuparsi di costruire un discorso 'dottrinariamente' coerente, i materiali e le suggestioni utili per stringere tutti i soggetti intorno al nuovo Stato. Per raggiungere questo scopo la violenza è indispensabile perché è dalla sua capacità 'educativa' che nasce un'autorità rigenerata: «tutte le forze e le violenze – scrive Panunzio – [...] non sono che un impiego di mezzi pedagogici a educarci internamente», a ricondurci tutti a «un solo organismo spirituale»⁶. La violenza delle 'squadre' non ha niente a che fare con l'azione disgregatrice dei sindacati e dei partiti di sinistra, ma sprigiona una provvidenziale forza rigeneratrice e instauratrice

⁶ S. Panunzio, *Diritto, forza e violenza. Lineamenti di una teoria della violenza*, Bologna, Cappelli, 1921, p. 209.

dell'autorità: «il manganello dello squadristo fascista voleva essere e fu la forza vindice dello Stato disconosciuto e denegato dagli stessi organi centrali de' suoi poteri costituiti»⁷.

In terzo luogo, la rifondazione fascista dello Stato è inseparabile da una ridefinizione della nazione, assunta (in continuità con una lunga tradizione ottocentesca) come l'indispensabile, sostanziale substrato dello Stato stesso.

Nella rappresentazione dello Stato il fascismo attinge a piene mani al passato, proponendo una lettura selettiva e teleologica della giuspubblicistica tardo-ottocentesca. Da essa viene recepita l'idea di una sovranità 'assoluta', priva di qualsiasi vincolo estrinseco (dove la famosa teoria dell' 'autolimitazione' dello Stato come unico possibile fondamento della sottoposizione dello Stato al diritto), portatrice di una 'volontà' che si esprime nella forma della legge, esclusiva fonte del diritto e quindi unico fondamento dei diritti. La celebrazione dell'onnipotenza statuale, già caratteristica della tradizione giuspubblicistica, trova ulteriori conferme nel ricongiungimento ideale del fascismo con dottrine politiche anche eterogenee, ma confluenti nell'esaltare la potenza dello Stato, nel descriverlo come un 'organismo' irriducibile alle sue parti componenti, nel sottolineare la sua originaria vocazione alla guerra, nel celebrare la vocazione sacrificale dei soggetti⁸.

Analogo è il *modus procedendi* del fascismo nella rappresentazione della 'nazione'. Anche in questo caso il fascismo si accredita come l'erede del nazionalismo risorgimentale, facendo però al contempo tesoro della torsione imposta a esso dalla pubblicistica otto-novecentesca di Rocco e di Corradini: che esaltano il nesso (pur in qualche misura già presente nella tradizione risorgimentale) fra la nazione e la guerra, sottolineano la vocazione della nazione all'espansione economica e militare (pena la sua implosione e decadenza) ed esaltano le forze vitali del 'sangue', della 'stirpe', della 'razza', attribuendo a queste espressioni, pure non ignote al risorgimentale 'discorso della nazione'⁹, una visibilità e una centralità inedite.

⁷ G. Gentile, *Il fascismo e la Sicilia* (1924), in G. Gentile, *Politica e cultura*, vol. I, a cura di H. A. Cavallera, *Opere complete*, XLV, Firenze, Le Lettere, 1990, p. 48.

⁸ È un fronte dottrinario vario e composito: dal liberalismo autoritario di Treitschke alla teoria sociopolitica di Gumplowicz, dal nazionalismo maurrasiano e corradiniano a suggestioni nietzscheane.

⁹ È imprescindibile il riferimento ad Alberto Mario Banti: cfr. A. M. Banti, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell'Italia unita*, Torino, Einaudi, 2000; A. M. Banti, *Sublime madre nostra: la nazione italiana dal Risorgimento al fascismo*, Roma, Laterza, 2011. Cfr. anche, sul 'discorso della razza' nell'Ottocento italiano, S. Rigione, *Sulle tracce di una mitografia italiana della razza nella rincorsa coloniale*, Pisa, ETS, 2020.

Il fascismo, se pure trae dal passato l'idea di un nesso biunivoco fra lo Stato e la nazione, interviene ridisegnando i profili della nazione stessa con un procedimento *ad excludendum*. Certo, è caratteristica della definizione di 'nazione' una valenza non solo inclusiva, ma anche esclusiva. Alla vigilia della Rivoluzione francese la nazione era stata ridefinita da Sieyès facendo leva sull'esclusione dei soggetti 'privilegiati' da una comunità che poteva dirsi 'nazionale' solo in quanto composta di soggetti giuridicamente eguali. Con il fascismo, il criterio di esclusione è radicalmente diverso e riposa su una narrazione e un'argomentazione centrate su alcuni passaggi elementari: la guerra è stata l'evento purificatore e rigeneratore della nazione; della nazione risorta con la guerra il fascismo è l'interprete esclusivo (potremmo dire il rappresentante 'oggettivo'); la nazione rinnovata coincide dunque con il fascismo (con il movimento e poi con il partito fascista), che esprime – come scriveva Giovanni Gentile – «la forza di uno Stato virtuale che tende a realizzarsi»¹⁰.

Temprata dalla guerra, la nazione risorge liberandosi dei nemici: dei nemici esterni e dei nemici interni. Anche in questo caso, il fascismo assorbe e metabolizza l'esperienza degli anni di guerra, quando lo Stato aveva assunto un ruolo protagonista (sul terreno economico e sociale) e aveva sprigionato tutta la sua forza repressiva: occorre non soltanto combattere al fronte, ma anche controllare le opinioni, censurare il 'disfattismo', stanare il nemico 'interno'¹¹ e ricorrere a nuovi e devastanti strumenti 'concentrazionari'¹². Con la fine della guerra non finiscono né il culto della violenza (la 'brutalizzazione' dei rapporti intersoggettivi di cui parlava George Mosse) né il bisogno di individuare i nemici e neutralizzarli. I nemici, allora come oggi, sono i nemici della nazione. La nazione però è ora 'oggettivamente' rappresentata dal fascismo e coincide virtualmente con esso: i nemici della nazione sono i nemici del fascismo (e viceversa).

La nazione che fonda (o più esattamente rifonda) lo Stato è assunta come coestensiva al fascismo e implica la neutralizzazione e l'esclusione di individui e di comportamenti difformi e disomogenei. Era l'identificazione fra nazione, Stato e fascismo che faceva del fascismo un fenomeno originale e virtualmente eversivo: sta nascendo – come osserva Luigi Salvatorelli nel '23 – un regime di tipo nuovo che si contrappone alla tradizione liberale proprio perché si basa sulla «identificazione del

¹⁰ G. Gentile, *Il Partito e lo Stato* (1930), in Gentile, *Politica e cultura*, vol. I, cit., p. 394.

¹¹ Cfr. A. Ventrone, *La seduzione totalitaria. Guerra, modernità, violenza politica (1914-1918)*, Roma, Donzelli, 2003.

¹² Cfr. G. Procacci, *La limitazione dei diritti di libertà nello Stato liberale: il piano di difesa (1904-1935), l'internamento dei cittadini nemici e la lotta ai 'nemici interni' (1915-1918)*, in «Quaderni Fiorentini», 38, 2009 (*I diritti dei nemici*), I, pp. 601-52.

fascismo con lo Stato e con la nazione», trasformando di conseguenza i dissenzienti in nemici e il dissenso in un crimine penalmente perseguibile¹³. E di lì a due anni Gustavo Ingrassia avrebbe denunciato, come esito conclusivo di questo processo, l'«immedesimazione definitiva, piena e totale dello Stato italiano nel partito fascista»¹⁴.

3. 'Diritto' e 'politica': una mappa delle loro interazioni

Lo Stato-nazione – il principale mitologema della pubblicistica fascista – è, al contempo, lo Stato dello statualismo e del nazionalismo ottocenteschi e lo Stato del fascismo, lo Stato ridefinito attraverso l'identificazione della nazione con il fascismo e con le sue espressioni organizzative. Nasce da qui la complessità che assume il rapporto fra 'Stato', 'diritto' e 'politica' nel regime fascista.

Al centro della sua attenzione la storiografia ha comprensibilmente posto la legge, assumendola come uno dei principali indicatori dell'atteggiamento del regime nei confronti della dimensione giuridica complessivamente considerata, e ha sottolineato non solo la sua perdurante importanza, ma anche le continuità che collegano gli apparati normativi del fascismo con il passato: «la legislazione del ventennio fascista – scrive Sabino Cassese – non sostituì [...] la legislazione precedente, ma la integrò, vi si insinuò, modificò quanto era necessario»¹⁵.

La valorizzazione della legge come strumento di governo è coerente con l'assunzione dello Stato come suprema istanza ordinante¹⁶ e si traduce in impegnative scelte di politica legislativa: a partire dalla redazione dei codici, che si snoda in tutto l'arco del ventennio. E il codice – il codice come strumento di organizzazione giuridica della società – è l'emblema stesso del legicentrismo e dello statualismo ottocenteschi. Il fascismo intende governare attraverso le leggi, che continuano a essere le principali cinghie di trasmissione della volontà dello Stato. Lo Stato, cui il fascismo ha restituito tutta la sua centralità facendo di esso l'alfa e l'omega dell'ordine collettivo, è uno Stato che trova nella forma della legge e negli

¹³ L. Salvatorelli, *Nazionalfascismo* (1923), Torino, Einaudi, 1977, p. 103.

¹⁴ G. Ingrassia, *La crisi dello Stato* (1925), Napoli, Jovene, 1945², p. 177. Cfr. anche pp. 97 ss.

¹⁵ S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 14. Sottolinea le discontinuità L. Carlassare, *Esiste una continuità tra l'ordinamento Statutario e il regime fascista?*, in M. D'Amico, A. De Francesco, C. Siccardi (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche*, Milano, FrancoAngeli, 2019, pp. 35-42.

¹⁶ Cfr. G.P. Trifone, *Dallo Stato di diritto al diritto dello Stato. Giusformalismo e fascismo*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 84 ss.

impianti codicistici la sua inconfondibile espressione giuridico-normativa. Il fascismo, nella misura in cui si propone come 'restauratore' dello Stato, non può non celebrare la maestà del diritto e l'insostituibile ruolo della legge.

La rifondazione dell'autorità statale è però solo un momento del processo 'costituente': il *recto* di una pagina il cui *verso* è occupato dall'identificazione della nazione con il fascismo e con la conseguente (necessaria, strutturale) fascistizzazione dello Stato. È la compresenza dei due elementi nel formarsi e nello strutturarsi del regime fascista a produrre effetti sempre rilevanti, ma in certi casi evidenti e in altri più nascosti.

Esempi dove l'impatto della 'politica' è conclamato sono offerti dalle leggi che modificano in profondità l'assetto costituzionale dello Stato. Si pensi all'attribuzione al potere esecutivo di emanare norme giuridiche. Certo, non mancano precedenti legati alla guerra e alla 'logica dell'eccezione' prevalente in quel contesto¹⁷. La legge del '26 trasforma però una misura contingente in una forma politica che non ha niente di 'provvisorio', ma è il portato necessario del processo 'costituente' in corso: cambia, con essa, il baricentro del sistema politico nella misura in cui è il governo a presentarsi come il vero e proprio motore dell'intera 'macchina'. Panunzio, infatti, presenterà la «Legge sul Primo Ministro» come «la legge più rivoluzionaria del Regime, che dà la qualifica a tutto il nuovo sistema». Lo stesso Panunzio però si affretta ad aggiungere che questa legge non può essere compresa se non in quanto messa in connessione con tutte le altre leggi costituzionali e soprattutto con la legge sul Gran Consiglio «che è come il tetto che copre e chiude l'edificio»¹⁸. E Panunzio ha, di nuovo, ragione nel sottolineare l'importanza, per così dire, conclusiva della cosiddetta costituzionalizzazione del Gran Consiglio: essa, infatti, immettendo i vertici del Partito fascista nella compagine statale di cui divengono parte integrante, traduce in una precisa forma politico-istituzionale quella sovrapposizione fra nazione e fascismo che era uno dei due poli del processo 'costituente' fascista.

Il partito e lo Stato, la 'politica' e il 'diritto': improvvisamente, due mondi che la giuspubblicistica tardo-ottocentesca presentava come nettamente distinti vengono non semplicemente avvicinati, ma strutturalmente integrati. Certo, si apre, a partire

¹⁷ Guido Melis ricorda che già durante l'emergenza bellica «con la L. 22 maggio 1915, n. 671, erano stati conferiti poteri straordinari al governo "in caso di guerra e durante la guerra", sicché il Parlamento italiano ("solo tra i parlamenti del mondo", come ebbe a notare Tommaso Tittoni) si era spogliato delle sue principali prerogative, consentendo al governo di autoristrutturarsi per semplici decreti» (G. Melis, *La macchina imperfetta (Immagine e realtà dello Stato fascista)*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 17).

¹⁸ S. Panunzio, *Leggi costituzionali del regime* (1932), ora in S. Panunzio, *Il fondamento giuridico del fascismo*, a cura e con Introduzione di F. Perfetti, Roma, Bonacci, 1987, p. 219.

da questa inedita simbiosi, un dibattito che occupa l'intero ventennio, stimola il confronto fra 'tradizionalisti' e 'innovatori' (valga, esemplificativamente, il riferimento, da un lato, a Ranelletti, che vuole il partito come semplice «istituzione di diritto pubblico»¹⁹ e, dall'altro lato, a Perticone, che parla di Stato-partito²⁰) e diviene, negli anni Trenta, l'occasione migliore per sottolineare la distanza fra la Germania e l'Italia, fra il fascismo e nazionalsocialismo, rispettivamente votati alla celebrazione dello Stato (restando ferma, ovviamente, la sua simbiotica connessione con il partito) oppure alla supremazia del 'movimento' sulla 'struttura'²¹. Al di là (o al di sotto) di questo interessante intreccio contrappuntistico, resta fermo comunque un dato strutturale e decisivo: il cortocircuito fra politica e diritto, fatto scattare da una legge che immetteva scopertamente la politica nel cuore dello Stato.

Siamo di fronte a una novità che, da sola, impedisce di confondere il fascismo con una generica 'restaurazione' illiberale. In altri ambiti dell'esperienza giuridica, però, l'intreccio fra 'diritto' e 'politica', fra l'immagine di uno Stato che si vuole ricondotto alla sua originaria, metapolitica, *auctoritas* e la celebrazione di uno Stato intimamente trasformato dal fascismo (lo Stato-Partito di cui parlava Perticone), è più complesso e tortuoso.

Esemplare, da questo punto di vista, è la strategia adottata dal fascismo nei confronti di uno dei problemi più discussi fra Otto e Novecento: il ruolo dello Stato nel processo economico e sociale, in una realtà che veniva rapidamente mutando con la comparsa dei primi 'partiti di massa', l'espansione delle organizzazioni sindacali e la crescente rilevanza delle formazioni collettive. Non solo in Italia, ma anche in altri paesi europei, la cultura giuridica era chiamata a prendere posizione di fronte a un'alternativa: se restare fedeli all'idea (dominante nella giuspubblicistica ottocentesca) di uno Stato dalla cui volontà legiferante dipende l'ordine giuridico della società oppure far leva sulle forze spontanee di una società plurale e creativa, che proprio attraverso la molteplicità conflittuale degli interessi e dei valori

¹⁹ O. Ranelletti, *Il partito nazionale fascista nello Stato italiano*, in «Rivista di diritto pubblico», XXVIII, 1936, p. 24.

²⁰ G. Perticone, *Teoria del diritto e dello Stato*, Milano, Bompiani, 1937, p. 221.

²¹ Sul rapporto fra la cultura fascista e nazionalsocialista cfr. A. Somma, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005. Sulla prassi e sulla teoria del partito fascista sono obbligati i riferimenti a P. Pombeni, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Bologna, il Mulino, 1984; E. Gentile, *Storia del partito fascista, 1919-1922. Movimento e milizia*, Roma-Bari, Laterza, 1989; M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013; M. Gregorio, *Parte totale. Vincenzo Zangara e le teorie del partito politico negli anni Trenta*, in «Nomos», 3, 2018, pp. 1-13.

riconduce a se stessa lo Stato e lo trasforma, da motore immobile dell'ordine, in una delle sue componenti.

Sono gli anni in cui numerose ed eterogenee teorie (da Gierke a Hauriou, da Duguit a Leroy, da Figgis a Cole) convergono nell'auspicare una rifondazione 'dal basso' dell'ordine giuridico. Harold Laski, uno dei più brillanti critici della tradizione statualistica, introduce un neologismo – il 'pluralismo' – per indicare una prospettiva che contrappone la viva esperienza della pluralità (degli interessi, delle opinioni, delle organizzazioni confliggenti) alla mitologia dell'Uno, dell'unico, onnipervasivo centro statale²². Di contro, ciò che i 'pluralisti' presentano come un momento di necessaria e provvida trasformazione dello Stato appare ai principali esponenti della tradizione giuspubblicistica una temibile crisi: una crisi che minaccia di compromettere l'essenza stessa dell'*auctoritas* statale, destinata a svolgere l'insostituibile funzione di vertice e sintesi dell'intero processo sociale.

Lo Stato è in crisi (la 'crisi dello Stato' diviene un vero e proprio *topos* del dibattito politico-giuridico agli inizi del Novecento²³) perché sono aumentati a dismisura, in numero e importanza, gli attori sociali che si muovono al di fuori e contro i binari predisposti dallo Stato. Occorre quindi reagire alla deriva 'pluralistica' della società confermando e rafforzando la funzione ordinante dello Stato, ritrovando e rinnovando il primato dell'«Uno» contro la marea montante dei «molti».

In questa prospettiva, sottrarre lo Stato alla crisi viene presentato come l'espressione e la conferma di una visione, al contempo, rigorosamente giuridica dello Stato e integralmente statualistica del diritto: una visione che riposa sull'intrinseca, oggettiva ('scientificamente' accertabile) struttura dell'ordine e lascia la 'politica' fuori della porta. In realtà, la dilatazione della capacità d'intervento dello Stato nel processo economico-sociale aveva una precisa valenza politica. Le classi dirigenti in Europa si stavano orientando infatti, fra Otto e Novecento, a una strategia di governo, che, da un lato, manteneva intatta la centralità e l'autonomia della sfera proprietaria e contrattuale, ma, dall'altro lato, mirava al contenimento del conflitto e al varo di provvedimenti a sostegno delle classi

²² Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in «Quaderni Fiorentini», 50, 2021 (*Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*), I, pp. 29-118.

²³ Cfr. A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986; M. Nardoza, *Il problema della 'crisi dello stato': Giuseppe Capograssi e la cultura giuridica italiana del Novecento*, in «Diritto e società», 3, 1997, pp. 357-402.

subalterne. Per i giuristi fedeli alla tradizione statualistica, però, la necessità di mutare le strategie di governo di fronte alle nuove urgenze sociali non implicava e non richiedeva una ‘ridefinizione’ dello Stato e tanto meno la rinuncia a una visione rigorosamente ‘giuridica’ dello Stato stesso. Occorreva soltanto prendere sul serio il suo ruolo ordinante e la sua forza centripeta e trarne tutte le conseguenze.

È in sostanza la comune iscrizione a una siffatta tradizione disciplinare che faceva sì che un giurista politicamente ‘militante’ come Alfredo Rocco e un giurista ‘puro’ come Santi Romano non dessero risposte radicalmente diverse alla ‘crisi’ dello Stato. Per Rocco lo Stato era chiamato a esercitare la sua potestà d’imperio ordinando giuridicamente le forze sociali che, lasciate a loro stesse, sfibravano la comunità nazionale in un’inarristabile e disgregante conflittualità²⁴. E non era incompatibile con questa prospettiva la tesi – sostenuta da Santi Romano nella sua famosa prolusione pisana del 1909 – che lo Stato è il «vero principio di vita», la «sintesi delle varie forze sociali»²⁵ ed è tenuto a darsi una struttura «che unisca, contemperì e armonizzi le organizzazioni minori»²⁶.

Non sorprende allora che Rocco, divenuto legislatore, si muova in questa direzione, contribuendo alla messa a punto della legge n. 563 del 3 aprile del 1926, che pone i capisaldi di una nuova regolamentazione delle realtà sindacali e produttive: dal riconoscimento giuridico delle associazioni sindacali (a patto che i loro dirigenti «diano garanzia di moralità e di sicura fede nazionale»), come precisato all’art. 1) alla disciplina dei contratti collettivi, al divieto di sciopero e serrata, all’istituzione della magistratura del lavoro per la risoluzione delle «controversie relative alla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro» (art. 13).

In prima approssimazione, la legge Rocco sembra porsi in continuità con aspettative già diffuse nella cultura giuridica prefascista. Fra Otto e Novecento la nascente cultura giuslavoristica aveva cominciato a confrontarsi con lo ‘splendido isolamento’ del diritto civile e a conoscere tensioni che la sollecitavano a muoversi «*contro* e, nello stesso tempo, [...] *dentro* il diritto comune civilistico»²⁷: valga il

²⁴ Cfr. F. Lanchester, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, in E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini (a cura di), *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Roma, Carocci, 2007, pp. 15-38; I. Stolzi, *Alfredo Rocco: lo Stato autoritario di masse*, in G. Vacca, M. Bray (a cura di), *Architetti dello Stato nuovo. Fascismo e modernità*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Treccani, 2018, pp. 53-84.

²⁵ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi (1909-10)*, in S. Romano, *Scritti minori, I, Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 324.

²⁶ Ivi, pp. 312-13

²⁷ G. Cazzetta, *Entangled histories. Diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*, in «História do Direito», II, 2, 2021, p. 121. Cfr. anche

riferimento a un famoso intervento di Francesco Carnelutti, che, nel 1911, auspicava il riconoscimento delle associazioni, il blocco del conflitto e l'intervento dello Stato nelle controversie fra capitale e lavoro²⁸. La legge del '26 si presenta come una risposta complessiva alla 'crisi dello Stato' denunciata agli inizi del secolo: lo Stato esce dalla crisi che lo minaccia rafforzando la sua 'essenza', attraendo nella sua orbita settori 'in-disciplinati', sostituendo una cooperazione giuridicamente ordinata a un anarchico e disgregante conflitto. È il 'vecchio' Stato cui il processo 'costituente' del fascismo affida il compito di ordinare giuridicamente la dinamica sociale.

In realtà, la situazione è più complessa. Anche in questo caso emerge la 'duplicità' caratteristica di un processo 'costituente' che incrocia costantemente il tema della centralità dello Stato (e del diritto che da esso promana) con la celebrazione della nuova identità collettiva cementata dal fascismo. Da un lato, infatti, si provvede, con l'azzeramento del pluralismo sindacale (con il prosciugamento di concrete alternative al sindacato fascista), a predisporre un importante tassello nella costruzione di una società fascisticamente omogenea, mentre, dall'altro lato, vengono poste le basi di un progetto ambizioso: un progetto che ha la sua cellula germinale nelle 'corporazioni' (adombrate nella legge Rocco, all'art. 3, proclamate nella Carta del lavoro del 1927, all'art. VI, e istituite nel 1934 come organismi composti da rappresentanti dei datori di lavoro, dei lavoratori e del Partito fascista) e punta a fare di una vasta rete di istituzioni 'corporative' lo strumento per una riorganizzazione complessiva del processo socio-economico.

Alla riorganizzazione 'corporativa' dello Stato si accompagna lo sviluppo di una debordante letteratura²⁹ di non facile decifrazione storiografica, ma certo non riducibile a una sterile logomachia o alla trascrizione cifrata di meri conflitti di potere (pur essendo presenti in essa entrambi questi aspetti), dal momento che tra le righe (spesso farraginose) della dottrina corporativistica è possibile scorgere in filigrana il «problema centrale della politica moderna» che il fascismo non può non

G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007.

²⁸ F. Carnelutti, *Le nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi del lavoro*, in «Rivista di diritto pubblico», III, 1911, pp. 406-413. Cfr. U. Romagnoli, *Sindacati e diritto. Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia*, in «Studi storici», XIV, 1, 1973, pp. 3-60; Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., pp. 161 ss.

²⁹ Ne offre una convincente ricostruzione I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

affrontare: come conciliare la pluralità degli interessi con l'unità di comando dello Stato³⁰.

A questo problema il fascismo dà una risposta, di nuovo, duplice. È universalmente condivisa la convinzione che lo Stato debba intervenire sul processo sociale per scioglierne i nodi principali 'normalizzando' territori troppo a lungo abbandonati a loro stessi, in modo da bloccarne le potenzialità 'destabilizzanti' e attrarli nella propria orbita per mezzo del diritto (che è la forma necessaria della volizione sovrana). I 'corporativisti' non dubitano che al disordine di una società anarchicamente 'pluralista' sia urgente contrapporre la forza giuridicamente ordinante dello Stato. Per tutti loro, però, è essenziale anche l'altra faccia della medaglia: il 'corporativizzarsi' dello Stato è rappresentato non come un'autonoma articolazione della sua funzione di comando, ma come l'esito obbligato di una 'decisione' politica che ha permesso di unire 'fascisticamente' la società nazionale impedendone la pluralità e la disgregazione. La celebrazione dell'ordine giuridico-statuale è inseparabile dall'immedesimazione fra fascismo e società nazionale, dalla decisione 'costituente' di assumere il fascismo non come 'parte', ma come 'tutto'³¹.

È lungo questo doppio binario che procede il corporativismo, pur nelle vivaci controversie che lo attraversano. Mi limito a ricordare (fra i tanti episodi cui sarebbe possibile far riferimento) la vivace contesa fra Sergio Panunzio e Carlo Costamagna: il primo, che proviene da una (ormai lontana) esperienza 'sindacalistica', vede nel corporativismo il processo (dal 'basso' verso l'alto) con il quale i gruppi sociali vengono attratti nell'orbita statale; di contro, Costamagna celebra lo Stato come momento di unificazione di «tutti i fenomeni aggregativi e di tutti i cittadini corporativamente organizzati»³². Resta ferma però per tutti i 'corporativisti' la convinzione che solo una società fascisticamente omogenea e disciplinata possa condurre lo Stato oltre la 'crisi' che lo affliggeva³³. Non è, al fondo, diversa la logica che governa la rappresentazione del rapporto fra il partito (fascista) e lo Stato. Fervono i dibattiti sulla natura giuridica del partito e sulla sua collocazione nel sistema del diritto pubblico, ma è condivisa la convinzione che sia il partito, espressione e tramite di una nazione integralmente fascistizzata, a saldare in un

³⁰ A. Gagliardi, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. ix. Cfr. anche Melis, *La macchina imperfetta*, pp. 412 ss.

³¹ Cfr. I. Stolzi, *Lavoro e corporativismo. La riflessione giuridica nell'Italia fascista*, in «Filosofia politica», 21, 3, 2021, p. 457.

³² C. Costamagna, *Stato corporativo (a proposito del neo-sindacalismo di Stato)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VI, 1926, p. 420.

³³ Stolzi, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 25 ss.

nuovo e più stretto vincolo lo Stato alla società. In ogni caso, l'ordine giuridico-statuale viene raggiunto e vivificato da un movimento che trova nella 'politica' il suo centro di irradiazione.

È la 'politica', dunque, che sospinge nell'orbita del 'vecchio' ordine giuridico-statuale le più diverse formazioni sociali, sollecitando lo Stato a potenziare la sua capacità di intervento. Nel momento però in cui la 'politica' raggiunge l'ordine giuridico-statuale si apre un fronte ulteriore: che riguarda il rapporto che lo Stato intrattiene non con i gruppi sociali (l'epicentro della famigerata 'crisi'), ma con gli individui *uti singuli*. Era infatti parte integrante della statualità ottocentesca la distinzione fra lo Stato e la 'società civile' (fra la sfera pubblica e lo spazio della proprietà, dei contratti, della produzione)³⁴: lo Stato, con la legge, con il Codice (con il Codice civile, in qualche modo il codice per antonomasia), costruiva una solida recinzione a difesa dei rapporti privati (propriari, contrattuali), pur confermando, al contempo, l'integrale dipendenza del diritto dalla sua potestà di impero.

L'ordine giuridico-statuale 'restaurato' dal fascismo non può non includere questa sua essenziale, direi costitutiva, determinazione e sembra quindi ragionevole attendersi che l'incontro fra il 'diritto' e la 'politica' non abbia luogo su questo terreno (e non a caso è proprio il diritto privato che Fraenkel indica come il settore giuridico-normativo più resistente alle onde sismiche del *Prerogative State*).

A conferma della difficoltà di questo incontro potremmo ricordare lo scandalo provocato da Arnaldo Volpicelli con la famigerata tesi da lui sostenuta in un convegno ferrarese del '32. Adepto del neoidealismo gentiliano, Volpicelli esortava a vedere nel corporativismo non un nuovo modo di mettere in rapporto lo Stato e i gruppi, ma il superamento del rapporto stesso e la fine delle consolidate distinzioni: fra individuo e formazioni sociali, fra gruppi sociali e Stato, fra Stato e individuo, infine, fra «diritto pubblico e diritto privato», entrambi riducibili a «posizioni istituzionali dell'ente»³⁵. La tesi di Volpicelli però si scontra con un muro di autorevoli dissensi, che trovano forse la loro principale ragion d'essere nel motto di spirito cui ricorre Santi Romano: se Volpicelli avesse ragione – osserva Romano – i contraenti di una compravendita potrebbero essere presentati come organi dello Stato³⁶. Che è come dire: la sollecitazione 'politica' (politico-ideologica) dell'ordine

³⁴ Cfr. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

³⁵ A. Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo Convegno di Studi sindacali e corporativi*, Roma, Tipografia del Senato, 1932, I, p. 144.

³⁶ S. Romano, *Intervento*, in *Atti del secondo Convegno di Studi sindacali e corporativi*, cit., vol. III, p. 97.

giuridico-statuale non può essere spinta al punto da travolgere una delle sue essenziali determinazioni (o forse la sua vera e propria struttura portante).

La 'politica' non travolge lo steccato eretto dall'ordine giuridico-statuale a difesa dello spazio proprietario-contrattuale. Ciò non significa però che non lo raggiunga modificandone in qualche misura la conformazione. Torna in gioco, di nuovo, la ridefinizione fascista della nazione: un organismo omogeneo che obbedisce all'impulso (e al dovere) di affermarsi economicamente e militarmente. La sfera dell'economia, lo spazio della proprietà e del contratto, allora, continuano, sì, a essere protetti dalla barriera eretta dall'ordine giuridico-statuale, ma non possono essere legittimati soltanto in nome di un impolitico *enrichissez-vous*, bensì devono proporsi anche come un volano della potenza della nazione.

Si forma non tanto un campo di tensione quanto un gioco delle parti: l'ordine giuridico-statuale (che si vuole 'puro' e impolitico) entra non in collisione, ma in sinergia con la cinetica iperpolitica del fascismo. Certo, questa sinergia necessita di continui aggiustamenti e mediazioni: se pure resta in piedi il recinto che difende lo spazio privato, occorre anche che, da un lato, la proprietà (pure valorizzata dal fascismo in funzione antibolscevica) si dia una nuova fondazione (dove la necessità di sottolinearne la 'funzione sociale'³⁷) e che, dall'altro lato, l'impresa acquisisca una nuova centralità.

È nello spazio compreso fra questi due poli che si svolge un intenso dibattito all'interno del fascismo: si pensi (esemplarmente) a Widar Cesarini Sforza, alla sua «recinzione autoritaria della privatezza», per usare l'efficace espressione di Irene Stolzi³⁸, alla sua negazione di un 'ponte', di un passaggio fra il pubblico e il privato³⁹ e, di contro, a Lorenzo Mossa, che vorrebbe ripensare l'intero assetto del diritto privato a partire dall'impresa, per favorire un processo che conduca «dal singolare al collettivo, dall'individuale al sociale»⁴⁰. Anche in questo caso restano comunque fermi i due poli dell'asse portante del regime: il tradizionale, 'impolitico' ordine giuridico-statuale (da cui dipende il perpetuarsi del recinto che racchiude e difende i

³⁷ Significative testimonianze sono offerte da una raccolta di saggi, di vari autori: *La concezione fascista della proprietà*, Roma, Ed. Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura, 1939.

³⁸ Stolzi, *L'ordine corporativo*, cit., p. 359.

³⁹ Cfr. i saggi raccolti in W. Cesarini Sforza, *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942.

⁴⁰ L. Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, Sansoni, 1935, pp. 93-95. Cfr. P. Grossi, *Itinerari dell'impresa*, in «Quaderni Fiorentini», 28, 1999, pp. 999-1038; Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., pp. 209 ss. e *passim*; Stolzi, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 406 ss.

rapporti privati) e, non tanto in conflitto quanto in connessione con esso, la ridefinizione fascista dell'identità collettiva.

Una conferma di questa 'duplicità' è offerta dalla convincente analisi condotta sull'operato della Cassazione da Orazio Abbamonte⁴¹. Sembra emergere infatti una sorta di doppio registro nella prassi giurisprudenziale: che da un lato si mostra sensibile alle suggestioni e alle pressioni del regime⁴², ma, dall'altro lato, oppone un prudente 'conservatorismo' alle più 'avveniristiche' sollecitazioni dell'ideologia fascista, quando queste finiscano per mettere a rischio i capisaldi di un consolidato assetto economico-giuridico. Pur sensibili ai mutamenti e alle esigenze del mondo produttivo, i giudici non erano inclini a ripensare a fondo la logica del diritto privato alla luce della 'funzione sociale' della proprietà, celebrata dalla cultura giuridica fascista, e restavano cauti «nei confronti d'iniziative che mettessero troppo alla prova il rassicurante impianto proprietario»⁴³: non tanto per rivendicare la propria 'autonomia di ceto', quanto per continuare a tutelare «quel nocciolo duro di rapporti, intorno ai quali gravitava anche l'orditura sociale dell'Italia fascista»⁴⁴. Con apparente paradosso, infatti, il fascismo – come scrive Guido Melis – se pure si era presentato «sulla scena del dopoguerra come l'alfiere della modernizzazione, persino con accenti di spregiudicatezza futurista, ripiegava in definitiva sul patrimonio di equilibri antichi [...]»⁴⁵.

Si prolunga dunque, anche sul terreno della pratica giurisprudenziale, un gioco di sponda fra istanze diverse ma complementari, che permette di non trascurare le sollecitazioni provenienti dalla 'rivoluzione' fascista e al contempo di risparmiare patemi e scossoni al sistema di interessi su cui continuava a reggersi l'equilibrio socioeconomico del regime.

Il 'vecchio' Stato e la nazione fascisticamente ridefinita entrano in connessione e operano non come un elemento di contraddizione, ma come un punto di equilibrio del regime: è quanto avviene (tanto per continuare in questa rapida e sommaria rassegna di aree 'sensibili') nella riorganizzazione e nello sviluppo delle istituzioni previdenziali. Nel metter mano a esse il fascismo attinge all'esperienza dello Stato tardo-ottocentesco, che si era già fatto carico di rilevanti interventi di carattere 'biopolitico'. Al contempo, l'impegno 'assistenziale' del regime è sollecitato e

⁴¹ O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴² Ivi, p. 25.

⁴³ Ivi, p. 311.

⁴⁴ Ivi, p. 335.

⁴⁵ Melis, *La macchina imperfetta*, cit., p. 236.

plasmato dalla ridefinizione fascista della nazione, incentrata sulla sua rigida omogeneità e sulla sua 'biologica' spinta all'espansione. Gli effetti sono duplici: i programmi di assistenza, da un lato, vengono usati in funzione di «una moderna ingegneria del controllo sociale» «disciplinando i beneficiari 'ammessi' a parteciparvi»⁴⁶ in modo da rafforzare, per questa, via l'omogeneità 'fascista' della società e, dall'altro lato, vengono valorizzati come strumento di tutela di una popolazione tanto più efficiente militarmente quanto più sana e numerosa⁴⁷.

Il 'vecchio' ordine giuridico-statuale e la 'nuova' nazione interagiscono costantemente, anche se gli effetti della loro mutua implicazione cambiano (in intensità e modalità) a seconda dei diversi ambiti di esperienza. Nell'ambito della repressione penale l'intreccio fra la ridefinizione dell'identità collettiva e la *maiestas* dello Stato è particolarmente pregnante, dal momento che l'identificazione della nazione con una società fascisticamente omogenea pone al centro del processo 'costituente' l'onere di individuare e sconfiggere gli elementi con essa incompatibili.

Lo Stato otto-novecentesco, peraltro, non aveva mostrato troppe remore nello sprigionare tutta la violenza necessaria al mantenimento dell'ordine: un ordine assunto come 'impolitico', ma modellato sui profili di una 'società di proprietari', che si sente minacciata, da un lato, dalla criminalità comune e, dall'altro lato, dalla sovversione anti-proprietaria. Lo *ius gladii* era un tratto antico e irrinunciabile della sovranità, che aveva trovato nella pena di morte la sua più formidabile espressione. Nel 1889, con il Codice penale Zanardelli, l'Italia aveva rinunciato alla pena capitale, ma non al ricorso a variegati strumenti repressivi nella lotta contro la criminalità comune e politica. Certo, nella civiltà giuridica tardo-ottocentesca, la volontà punitiva del sovrano assumeva la forma della legge. La legge, però, da un lato, si presentava come un binario obbligato per le pratiche repressive e come una garanzia per l'imputato, ma, dall'altro lato, era l'espressione formalizzata e razionalizzata di una sovranità concettualmente 'illimitabile'.

Discendono da una siffatta visione dello Stato due conseguenze. In primo luogo, la volontà sovrana trova nella legge il suo privilegiato, ma non esclusivo canale di espressione: accanto e oltre alla legge è sempre disponibile l'opzione per interventi

⁴⁶ C. Giorgi, *Le politiche sociali del fascismo*, in «Studi storici», 1, 2014, p. 99. Cfr. P. Corner, *Fascismo e controllo sociale*, in «Italia contemporanea», 228, 2002, pp. 381-405; C. Giorgi, I. Pavan, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2021, pp. 91-207.

⁴⁷ «Era insomma lo Stato che sceglieva come organizzare la propria presenza nella società» vedendo nella 'politica sociale' un mezzo «per affermare la sua nuova vocazione totale» (I. Stolzi, *Politica sociale e regime fascista: un'ipotesi di lettura*, in «Quaderni Fiorentini», 46, 2017 (*Giuristi e Stato sociale*), p. 270.

'eccezionali' imposti dallo 'stato di necessità'⁴⁸. In secondo luogo, anche là dove non si invochi lo 'stato di eccezione', la legge viene applicata sullo sfondo di una dicotomia che attiene alla fondazione stessa dell'ordine giuridico-statuale ottocentesco: la dicotomia fra proprietari e non proprietari, fra cittadini autonomi, responsabili e razionali e individui appartenenti alle 'classi pericolose' che occorre tenere a freno per evitare il collasso dell'ordine. A partire da questa dicotomia si sviluppa quella politica del 'doppio binario' che domina lo scenario del penale nell'Europa ottocentesca: la giustizia per i galantuomini, corredata delle dovute garanzie e indifferente ai profili soggettivi; e una diversa giustizia per le classi pericolose, che occorre governare facendo ricorso, quando necessario, a strumenti di controllo il più possibile liberi da impacci formali⁴⁹.

Il 'diritto penale del nemico' non è un'improvvisa invenzione tardonovecentesca (come potrebbero credere lettori frettolosi di Günther Jakobs), ma è una potenzialità iscritta nel 'tempo lungo' della repressione penale. Il fascismo la 'attualizza' in diretta connessione con un processo 'costituente' che trova il suo centro nella identificazione della nazione con il fascismo e implica l'esclusione degli elementi estranei e ostili. Un'icastica espressione di questa strategia di fondo è la cosiddetta 'legge sui fuoriusciti', che privava della cittadinanza gli antifascisti ancora attivi, all'estero, contro il regime: con questa legge «la narrazione della coincidenza tra italiani e fascismo – scrive Floriana Colao – ed il rifiuto di pensare gli antifascisti come figli della stessa nazione entravano nell'orizzonte della normalità»⁵⁰. E in questa chiave vanno letti i provvedimenti 'liberticidi' (che cancellano i diritti politici, il pluralismo delle opinioni e la pluralità dei partiti e dei sindacati), che non possono essere riduttivamente presentati come espressione di una generica 'dittatura'.

È dall'inedita identificazione fra nazione e fascismo che discende la necessità di espellere tutto ciò che, difforme dal fascismo, è incompatibile anche con la nazione. Da questo punto di vista, le leggi razziali del 1938 sembrano non già un'anomalia o

⁴⁸ Mario Sbriccoli parla in proposito di un 'tratto permanente' della storia penale dell'Italia unita: M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551. Cfr. C. Latini, *Governare l'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005; F. Colao, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», 36, 2007, pp. 679-742. Cfr. in generale M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, Eum, 2011.

⁴⁹ L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁵⁰ F. Colao, "Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia". I 'fuoriusciti' nel Novecento, in «Quaderni Fiorentini», 38, 2009 (*I diritti dei nemici*), I, p. 699.

una svolta, bensì una conferma e uno sviluppo delle premesse ‘costituenti’ del regime. Lo Stato governa attraverso leggi che poggiano sul terreno di un’identità nazionale fascisticamente determinata. Se ciò è vero, quando la nazione viene ridefinita dal fascismo sulla base dell’immagine ‘biologica’, deterministica, di ‘razza’, lo Stato, che della nazione è l’espressione e la strutturazione politico-giuridica, dovrà intervenire con gli strumenti di cui dispone: innanzitutto con la legge, modificando il sistema normativo in modo da favorire la cancellazione degli elementi razzialmente estranei. Quale che sia l’opinione sulla genesi del *Manifesto della razza* e sul suo rapporto (di continuità o di rottura) con il ‘discorso della nazione’ sviluppato dal fascismo⁵¹, resta fermo che le leggi razziali non sovvertono la consolidata strutturazione politico-giuridica del regime: esse, non diversamente dalle leggi ‘fascistissime’ del decennio precedente, traggono la loro legittimazione dall’endiadi nazione-Stato, che impone l’eliminazione dei nemici incompatibili con l’omogeneità della nazione (l’omogeneità, prima, ideologico-politica e poi, a partire dal ’38, anche ‘razziale’⁵²). Non cambia la logica di fondo, anche se si accentua drammaticamente, in questo tornante ‘estremo’ del fascismo, la radicalità delle strategie ‘espulsive’. Sarà addirittura il Codice civile, l’emblema stesso della legge come espressione della volontà statale, a dare forma giuridica al ‘razzismo di stato’, enunciando all’art. 1 la limitazione razziale della capacità giuridica e consacrando, come scrive Giuseppe Speciale, «al più alto livello l’irrompere del concetto di razza nell’ordinamento italiano»⁵³; e i giudici saranno costretti a decidere se usare le leggi razziali come un ariete per abbattere la relativa autonomia della sfera dei rapporti ‘privati’ oppure collocarle ai margini del sistema giuridico e tentare di circoscriverne l’impatto sostenendo la loro ‘politica’ eccezionalità, in modo da negare a esse – come scrive Giuseppe Speciale – «il potere di incidere sull’ordinamento e di caratterizzarlo»⁵⁴.

⁵¹ Cfr. I. Pavan, *Fascismo, antisemitismo, razzismo. Un dibattito aperto*, in D. Menozzi, A. Mariuzzo (a cura di), *A settant’anni dalle leggi razziali. Profili culturali, giuridici e istituzionali dell’antisemitismo*, Roma, Carocci, 2010, pp. 31-52

⁵² Cfr. A. Burgio (a cura di), *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d’Italia 1870-1945*, Bologna, il Mulino, 1999. Più in generale cfr. A. Burgio, *Critica della ragione razzista*, Roma, DeriveApprodi, 2020.

⁵³ G. Speciale, *La giustizia della razza*, in L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell’Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2015, p. 255. Cfr. anche N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003; F. Treggiari, *Legislazione razziale e codice civile: un’indagine stratigrafica*, in G. Speciale (a cura di), *Le leggi antebraiche nell’ordinamento italiano. Razza diritto esperienze*, Bologna, Pàtron, 2013, pp. 105-22.

⁵⁴ G. Speciale, *Giudici e razza nell’Italia fascista*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 60. In questa stessa direzione procede l’interpretazione giudiziale dell’art. 26 del decreto 1728 del 1938,

Le leggi razziali del '38 cambiano il contenuto e l'estensione della categoria del 'nemico', ma confermano la logica caratteristica dell'intera parabola del regime: il rapporto di coimplicazione fra la nazione 'fascistizzata' e l'ordine giuridico-statuale; un rapporto di coimplicazione che trova nella criminalizzazione (neutralizzazione, espulsione) del nemico una sua immediata esplicazione e si traduce nella messa a punto di numerosi e diversificati strumenti di intervento.

Uno strumento primario e ineludibile è, ancora una volta, la legge: è alla legge (che trova nel Codice la sua più alta espressione) che deve essere affidato il compito di reprimere i comportamenti trasgressivi. Non è un caso che il primo Codice realizzato dal fascismo sia il Codice penale (insieme al Codice di procedura penale): un Codice che si incentra «sulla tutela della personalità dello Stato» e sulla prevalenza degli «interessi pubblicistici» «sugli interessi individuali della persona umana»⁵⁵, allarga la nozione del 'reato politico' e prevede per esso sanzioni particolarmente severe.

Il nuovo Codice penale, insomma, potenzia la terrificata autorità dello Stato proponendosi di difendere «non la società in quanto tale, o i singoli cittadini, ma *se stesso*»⁵⁶ e assimilando il criminale al nemico e il nemico al criminale⁵⁷. Certo, il Codice (come ogni legge) produce effetti solo in quanto interpretato e applicato. Perché il Codice raggiunga i suoi scopi, però, non c'è bisogno che i giudici abbandonino la tradizione ermeneutica (di solida ispirazione formalistico-

che sulle questioni relative all'applicazione del decreto stesso affida la decisione al Ministro per l'interno escludendo qualsiasi ricorso in via amministrativa e giurisdizionale. Cfr. Speciale, *Giudici e razza*, cit., pp. 65 ss.; Speciale, *La giustizia della razza*, cit., pp. 249-78. Sulle leggi razziali cfr. E. De Cristofaro, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008; L. Garlati, T. Vettor (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto: a 70 anni dalle leggi razziali*, Milano, Giuffrè, 2009; S. Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, il Mulino, 2011; S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, Giappichelli, 2013; M. Sarfatti, *Le leggi antiebraiche: la prospettiva storica* in D'Amico, De Francesco, Siccardi (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., pp. 155-62; P. Caretti, *Il razzismo del regime fascista: dalla legislazione coloniale alle leggi antiebraiche alla repubblica sociale*, in D'Amico, De Francesco, Siccardi (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., pp. 163-66; P. Passaniti, *Lo schermo infranto dell'eguaglianza. Le premesse della legislazione antiebraica tra svolta antisemita e progressione razzista*, in M. Perini (a cura di), *L'Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche e a 70 dalla Costituzione*, Pisa, Pacini, 2019, pp. 161-90.

⁵⁵ G. Neppi Modona, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in «Quaderni Fiorentini», 36, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale. Per Mario Sbriccoli*), p. 992. Cfr. anche G. Neppi Modona, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in L. Lacché et al. (a cura di), *Penale, giustizia, potere. Metodi, ricerche, storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, Eum, 2007, pp. 341-78.

⁵⁶ M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1999, p. 821.

⁵⁷ Ivi, p. 822.

positivistica) nella quale si sono formati. La legge è legge e il fascismo ne difende la maestosa intangibilità. Per cautelarsi da brutte sorprese nella fase della sua applicazione basta solo qualche intervento ‘ai margini’: purgare il corpo, complessivamente sano, della magistratura⁵⁸ dai suoi membri più turbolenti ricorrendo a provvedimenti di ‘epurazione’ (peraltro già sperimentati nella storia dell’Italia unita⁵⁹), far conto sull’ordinamento rigidamente gerarchico degli uffici giudiziari, moltiplicare i ‘suggerimenti’ affidati alle numerose ‘circolari’⁶⁰.

Il Codice è dunque un potente strumento: uno strumento necessario, ma non sufficiente per debellare i nemici. Servono nuove e più agili procedure, introdotte dalla legge del 25 novembre 1926, n. 2008, che istituisce il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. La novità è (apparentemente) relativa: anche nell’Italia postunitaria i ‘normali’ strumenti repressivi dello Stato sono stati spesso giudicati insufficienti di fronte a minacce eversive particolarmente severe. Non è quindi difficile per Rocco ricondurre alla ‘tradizionale’ tensione fra ‘norma’ ed ‘eccezione’ il nuovo Tribunale⁶¹. In realtà, il suo carattere ‘eccezionale’ doveva essere smentito non soltanto dalla sua ostinata permanenza, ma soprattutto dalle aspettative più diffuse, efficacemente espresse da Francesco Giunta (sottosegretario alla Presidenza del Consiglio), per il quale la sconfitta dei nemici del fascismo era la condizione indispensabile per avviare «la Nazione alla sua vera costituzione di Stato»⁶².

Il Tribunale speciale non è un provvisorio espediente politico, ma è il portato di un processo ‘costituente’ che trova uno dei suoi poli nell’identificazione della nazione con il fascismo e nel conseguente, imperativo mandato all’eliminazione dei soggetti con essa incompatibili. È la figura del nemico (dell’ordine giuridico-statuale e del fascismo) che fa scattare un cortocircuito fra la ‘politica’ e il ‘diritto’, fra il ‘vecchio’ Stato e il nuovo regime, di particolare evidenza ed incisività. Se la pubblicistica fascista, allo scopo di tranquillizzare l’opinione pubblica straniera, può occasionalmente minimizzare la portata del nuovo organo giudicante⁶³, in realtà il Tribunale speciale ha un’importante funzione strategica: esso non solo rafforza, sul

⁵⁸ Cfr. G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in G. Quazza (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Torino, Einaudi, 1973, pp.162-67; G. Focardi, *Magistratura e fascismo. L’amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Venezia, Marsilio, 2012.

⁵⁹ Cfr. P. Saraceno, *Le ‘epurazioni’ della magistratura in Italia. Dal regno di Sardegna alla repubblica: 1848-1951*, in «Clio», 29, 1993, pp. 505-23.

⁶⁰ Cfr. in generale A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 145-243.

⁶¹ L.P. D’Alessandro, *Per una storia del Tribunale speciale: linee di ricerca tra vecchie e nuove acquisizioni*, in Lacchè (a cura di), *Il diritto del Duce*, cit., p. 155.

⁶² Ivi, p. 157, il testo di Giunta.

⁶³ Ivi, p. 156.

piano della prassi, la repressione del dissenso⁶⁴, ma anche svolge un'importante ruolo «simbolico» mettendo in luce «la *natura politica e rivoluzionaria* del regime»⁶⁵.

Il 'simbolo' di cui il Tribunale si fa latore con la sua stessa esistenza (e con le modalità del suo funzionamento) è la violenza, che è parte essenziale del progetto e del processo 'costituente' del fascismo. La violenza interviene nella fase aurorale del fascismo con le azioni delle 'squadre' e trova una sua precoce formalizzazione con la creazione della Milizia⁶⁶. Sarebbe però un errore prospettico considerarla un fenomeno 'meramente' politico e collegarla soprattutto al fascismo *in statu nascenti*. La violenza è un segno che il processo 'costituente' imprime all'intera parabola del regime, contribuendo ad assottigliare la differenza fra i diversi organi deputati alla repressione: che presentano distinte e specifiche modalità di composizione e di azione, ma trovano il loro punto di congiunzione nel mandato 'costituzionale' di debellare il nemico con qualsiasi mezzo.

«La violenza di Stato – scrive Camilla Poesio – fu un elemento costante e caratterizzante una pluralità di strutture che facevano parte di un ramificato apparato repressivo»⁶⁷: era la violenza sprigionata dallo Stato nella 'assolutezza' del suo potere e incanalata nella forma della legge e del Codice, era la violenza del Tribunale speciale, era la micro-violenza dissimulata e invisibile affidata all'intervento della polizia e alla disciplina del confino⁶⁸. E ancora: era la violenza che si realizzava nell'universo concentrazionario e si manifestava nella madrepatria in ideale continuità con la violenza dispiegata nei possedimenti coloniali del regime⁶⁹. Forse proprio il variegato e capillare ricorso alla violenza è stato l'esito più impressionante

⁶⁴ Cfr. S. Vinci, *La politica giudiziaria del fascismo italiano nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato (1926-1943)*, in «Historia et ius», 10, 2016 (<http://www.historiaetius.eu/num-10.html>); I. C. S. Torrisi, *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna, Bononia University Press 2016.

⁶⁵ L. Lacchè, *Introduzione: Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, in Lacchè (a cura di), *Il diritto del Duce*, cit., p. xxvi.

⁶⁶ Cfr. E. Gentile, *Violenza e milizia nel fascismo alle origini del totalitarismo in Italia*, in Gentile, Lanchester, Tarquini (a cura di), *Alfredo Rocco*, cit., pp. 39-66.

⁶⁷ C. Poesio, *Violenza, repressione e apparati di controllo del regime fascista*, in «Studi storici», 1, 2014, p. 16.

⁶⁸ Cfr. C. Poesio, *Il confino fascista. L'arma silenziosa del regime*, Roma-Bari, Laterza, 2011; E. De Cristofaro (a cura di), *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Acireale-Roma, Bonanno, 2015. Cfr. anche Melis, *La macchina imperfetta*, cit., pp. 342 ss., pp. 370 ss.

⁶⁹ Poesio, *Violenza, repressione e apparati*, cit., pp. 18-19.

dell'incontro fra la 'pura', 'impolitica' autorità dell'ordine giuridico-statuale e la 'politica' identificazione della nazione con il fascismo⁷⁰.

4. Interpretazioni della 'dualità'

Da un lato, l'ordine giuridico-statuale, dall'altro lato, la nuova identità collettiva (la nazione 'fascistizzata'): sono questi i poli del complesso e variegato impianto 'costituente' del fascismo. La centralità della legge (e la rilevanza della 'forma-Codice') sono punti fermi dell'organizzazione giuridica del regime e al contempo si collegano con quella fascistizzazione integrale del paese che non è una velleitaria dichiarazione d'intenti, ma è la necessaria espressione dei miti di fondazione all'opera nel processo 'costituente' del fascismo. Il risultato – come scrive Italo Birocchi – fu attribuire al diritto il compito di «consolidare e sviluppare la società di massa» fornendo a essa un indispensabile «tessuto connettivo»⁷¹.

Alla luce dell'intrinseca 'duplicità' del regime conviene forse ripensare a una distinzione (da me stesso impiegata in passato) fra il 'giurista tecnico' (il 'giurista-giurista', devoto all'assunto dell' 'impoliticità' dell'ordine giuridico-statuale) e il giurista 'militante', impegnato nella promozione della 'rivoluzione' fascista. Questa distinzione può mantenere una sua utilità indicativa, ma deve aprirsi a ulteriori specificazioni e rischia comunque di suggerire, se non attentamente storicizzata, un'immagine insoddisfacente della dinamica politico-giuridica del regime.

Una prova eloquente dei pericoli cui un uso acritico di questa distinzione è esposto è offerta da una presa di posizione, molto diffusa nel secondo dopoguerra, nei confronti dei Codici emanati nel ventennio: Codici voluti, sì, dal fascismo, ma preservati da significative e inquinanti 'politicizzazioni' grazie alla partecipazione dei 'giuristi-giuristi' (dei 'tecnici' del diritto) all'opera codificatoria e alla barriera 'formalistica' da loro eretta. È questo il senso della «celebre formulazione pugliattiana (consonante con il noto giudizio crociano sul fascismo come 'parentesi'

⁷⁰ È impressionante come la valorizzazione della violenza (che si spinge fino alla legittimazione del linciaggio) sia presente nella parabola politico-intellettuale di un raffinato e originale studioso come Emilio Betti, come risulta dalla rigorosa indagine di M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, RomaTre-Press, 2015, pp. 63-102.

⁷¹ I. Birocchi, *L'integrazione dell'Università nello Stato totalitario: la politica e il diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza*, in Birocchi, Chiodi, Grondona (a cura di), *La costruzione della 'legalità' fascista*, cit., p. 36.

nella vita della nazione)»⁷². Ed è calzante la domanda proposta da Claudia Storti: se cioè la pretesa 'immunità' attribuita ai Codici dal loro impianto giuridico-formalistico «sia stato un alibi al quale si era fatto ricorso per 'giustificare' a posteriori la continuità legislativa agli occhi di una parte della pubblica opinione interna e internazionale e per sollevare il ceto giuridico dalle responsabilità politiche del regime»⁷³.

Se impieghiamo, senza ulteriori cautele, la distinzione fra i 'giuristi-giuristi' e i giuristi 'militanti', accettiamo, sì, l'idea di una 'duplicità' intrinseca al ventennio fascista, ma rischiamo di perderne di vista la logica specifica: che emerge non se registriamo la semplice compresenza di due 'mondi' (il 'puro' ordine giuridico-statuale e la 'politica' fascista), ma se mettiamo a fuoco la loro mutua implicazione.

È vero allora che il 'tecnico del diritto' impiega gli strumenti e le categorie disciplinarmente consolidate. Resta fermo però che l'ordine giuridico-statuale (e tutto ciò che ne rende possibile l'esistenza: dall'insegnamento del diritto⁷⁴ alla redazione, interpretazione e applicazione delle leggi e dei Codici, al funzionamento dell'amministrazione) è il polo di una relazione biunivoca che ha al suo estremo opposto il 'decisionismo' politico del fascismo⁷⁵. Naturalmente, il nesso dell'ordine giuridico-statuale con il processo 'costituente' fascista ha un carattere 'oggettivo' e funzionale e può dar luogo a rappresentazioni soggettive molto divergenti, di sostegno al fascismo oppure, al contrario, di presa di distanza o addirittura di opposizione, sia pure nicodemica. Variano le motivazioni soggettive, ma il punto decisivo (per chi guardi al regime nel suo 'oggettivo' e complessivo funzionamento) è non ciò che il giurista ritiene di fare, ma ciò che egli effettivamente fa, entro un sistema politico-giuridico che si regge sul mutuo rapporto fra i due poli.

⁷² P. Cappellini, *La forma-codice: metamorfosi e polemiche novecentesche*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 551. Cfr. anche P. Cappellini, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni Fiorentini», 28, 1999, pp. 175-292.

⁷³ C. Storti, *Ancora sulla legalità del fascismo*, in D'Amico, De Francesco, Siccardi (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., pp. 51-52. Cfr. anche E. De Cristofaro, *Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948)*, in «Laboratoire italien. Politique et société», 12, 2012 (*La vie intellectuelle entre fascisme et République*), pp. 63-80.

⁷⁴ Sulle Facoltà giuridiche cfr. M. Cavina (a cura di), *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Bologna, Clueb, 2014.

⁷⁵ «È la conferma della tesi, attorno a cui ruota il presente saggio – scrive Italo Birocchi – di un incontro tra il giurista e il fascismo, ovvero che per la costruzione, l'implemento e la pratica dell'ordinamento fascista ci sia stata la cooperazione attiva e cosciente del mondo dei giuristi: il regime ha avuto certo un motore politico, ma si è intessuto di modelli, tecniche e ideologie proprie di quel mondo [...] (I. Birocchi, *Il giurista intellettuale e il regime*, in Birocchi, Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime*, cit., p. 48.

Mentre il ‘puro’ giurista collabora (‘oggettivamente’) al funzionamento del sistema politico fascista concentrandosi sull’ordine giuridico-statuale, il giurista ‘militante’ fa leva sul polo opposto e assume il primato della politica come linea-guida. La ‘politica’ (fascisticamente definita) è il binario lungo il quale il giurista ‘militante’ raggiunge l’ordine giuridico-statuale sollecitandone un ‘aggiornamento’, una ‘modernizzazione’, ma non (nella maggior parte dei casi) uno scardinamento radicale. Certo, non mancano le prese di posizioni eversive: un celebre esempio è offerto da Giuseppe Maggiore, che non si limita a celebrare lo Stato come ‘totalità’, ma si spinge, in sintonia con gli orientamenti nazionalsocialisti, ad attaccare il ruolo della legge e a indicare nella volontà del Duce la suprema fonte del diritto⁷⁶. Se la filosofia di Maggiore esprimesse l’*opinio communis*, non vi sarebbe spazio per alcuna dualità. Non è però questo l’approccio dominante: nel ventennio fascista le posizioni ‘radicali’ restano, in sostanza, ai margini del discorso pubblico. La strategia prevalentemente adottata dai giuristi ‘militanti’ tiene ferma la mutua implicazione fra l’ordine giuridico-statuale e la ‘politica’ e mette a fuoco (in modi diversi e anche conflittuali) le modalità e le conseguenze dell’innesto della prima sul secondo.

In che modo avviene l’incontro fra la politica militante e la rappresentazione dell’ordine giuridico-statuale? Per rispondere a questa domanda ho suggerito (in anni lontani, e con scarsa fortuna) di ricorrere al concetto (mutuato dal lessico teorico della psicoanalisi freudiana) di ‘sovradeterminazione’: intendendo alludere con questo termine alla compresenza, entro un medesimo tessuto discorsivo, di due diverse, ma intrecciate e interagenti, strutture di significato. L’ordine giuridico-statuale ‘sovradeterminato’ politicamente è caratterizzato da un’intrinseca ‘duplicità’ che lo rende, al contempo, identico a se stesso e diverso da se stesso (e richiede di conseguenza non una semplice ‘interpretazione’ che appuri uno soltanto dei due strati di senso, ma una ‘sovrainterpretazione’ che li individui entrambi e ne colga l’interazione).

Ovviamente, affermare che tanto il giurista ‘tecnico’ quanto il giurista ‘militante’ agiscono all’interno di un processo essenzialmente ‘duale’ è indicare soltanto una linea tendenziale, che però dà luogo, nell’effettiva fenomenologia storica, a continue frammentazioni e torsioni. Le figure del giurista ‘tecnico’ e del giurista ‘militante’ hanno uno statuto puramente ‘idealtipico’, che si traduce, in concreto, non soltanto

⁷⁶ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale», XI, 1939, pp. 140-61.

(come è ovvio) in una pletora di irripetibili percorsi personali, ma anche in approcci 'oggettivamente' diversi.

Per quanto riguarda l'approccio 'militante', è diffusa, e appariscente, una 'sovradeterminazione' superficiale dell'ordine giuridico-statuale, sorretta non tanto da una creativa reinterpretazione delle singole tradizioni disciplinari, quanto dall'intenzione (non interessa se autentica od opportunistica) di allargare il consenso e rafforzare la legittimazione del regime. In questo caso, i due livelli di senso si intrecciano senza che dalla loro interazione nasca qualcosa di più di una (politicamente utile, ma superficiale) operazione retorica. In altri casi, invece, la 'sovradeterminazione' dell'ordine giuridico-statuale (la sinergia dei due piani di senso) suggerisce tematizzazioni in qualche misura originali di aspetti centrali dell'esperienza politico-giuridica.

Mi limito a richiamare due esempi.

Un primo esempio è suggerito dalla connessione che Bottai (e non solo Bottai) instaura fra il corporativismo fascista e la programmazione economica, attribuendo al fascismo il merito di aver risposto in modo originale a un problema centrale nel processo socioeconomico nell'Europa fra le due guerre: il problema «del raccordo fra organizzazioni sindacali, organizzazioni professionali e politica economica generale»⁷⁷. E una componente essenziale dell'impianto corporativistico è (dovrebbe essere) per Bottai la programmazione economica⁷⁸. È in questa prospettiva che Bottai cura e introduce una raccolta di scritti (dedicata all'economia corporativa) pubblicata nella collana della Scuola superiore di scienze corporative di Pisa⁷⁹ e promuove il confronto con coeve, e comparabili, esperienze straniere (che includono anche la pianificazione sovietica). Il tema della programmazione non è un fuoco di paglia. Bottai continua ad accennare alla necessità di un piano economico, nel secondo convegno corporativistico di Ferrara, nel '32, e continuerà a coltivare questa convinzione (o questa illusione, dal momento che il contributo delle istituzioni corporative all'intervento dello Stato fascista nell'economia resterà marginale) ancora negli anni Quaranta, insieme a Camillo Pellizzi⁸⁰, che, come direttore

⁷⁷ R. Faucci, *Dall' "economia programmatica" corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti*, in «Quaderni Fiorentini», 28, 1999 (*Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*), p. 21.

⁷⁸ Cfr. S. Cassese, *G. Bottai, un programmatore degli anni '30*, in «Politica del diritto», 3, 1970, pp. 404-44; Faucci, *Dall' "economia programmatica" corporativa alla programmazione economica*, cit., pp. 9-58.

⁷⁹ Cfr. F. Amore Bianco, *Il cantiere di Bottai. La scuola corporativa pisana e la formazione della classe dirigente fascista*, Pisa, Cantagalli, 2012.

⁸⁰ Su Pellizzi è fondamentale il contributo di M. Salvati, *Camillo Pellizzi. Un intellettuale nell'Europa del Novecento*, Bologna, il Mulino, 2021.

dell'Istituto nazionale di cultura fascista, dedica due sessioni di un Convegno, fra il '42 e il '43, al 'Piano economico'⁸¹.

Un secondo esempio è offerto dall'attenzione che il giovane Mortati riserva al tema del governo. Già numerosi giuristi 'militanti' (e fra questi Sergio Panunzio) avevano sottolineato la nuova centralità che il fascismo aveva attribuito al governo (a partire dalla legge del '26 sulla facoltà di emanare norme giuridiche da parte del potere esecutivo) ed è in questo alveo che si svolge la ricerca che Costantino Mortati (allievo di Panunzio) pubblica nel 1931. Lo Stato rimane, anche per Mortati, una sintesi superiore agli elementi che la compongono, ma ciò che contribuisce in modo determinante alla sua unità è l'operare in vista di un fine: il governo non svolge un compito di mera coordinazione fra i vari organi costituzionali, ma indirizza l'azione dello Stato verso l'attuazione di un «programma»; un programma che ha un inequivocabile contenuto «politico» perché «è ottenuto dalla sintesi delle varie esigenze collettive [...] che fonde e armonizza fra loro [...]»⁸².

L'enfatizzazione ideologica del governo, diffusa nella pubblicistica 'militante', diviene in Mortati l'occasione e lo stimolo per ripensare il rapporto fra l'azione politica e la presunta 'impoliticità' dell'ordine giuridico-statuale. Lo Stato resta un indispensabile punto di riferimento, ma il tema che Mortati ha cominciato (e continuerà) a esplorare è collocato 'oltre' lo Stato e attiene al rapporto che esso intrattiene con la società: è il tema che Mortati intitola alla 'costituzione' e sviluppa nella celebre opera – *La costituzione in senso materiale* – che vede la luce nel 1940⁸³. La società, per Mortati, è una rete di gruppi disposti secondo rapporti di dominio e di obbedienza, tenuti insieme dalla «formazione politica dominante»⁸⁴, e la dinamica politica che la caratterizza non si esaurisce in una zona 'esterna' allo Stato, ma penetra all'interno di quest'ultimo e ne determina il programma: la politica diviene una componente strutturale dell'assetto statale.

A sua volta, la politica trova nel partito la sua necessaria concrezione: è il partito che, facendo leva su un'idea politica generale, diviene la forza dominante nella società, la unifica e la immette nell'ordine giuridico-statuale⁸⁵. È il partito il tramite del collegamento fra la società e lo Stato, fra la politica e l'ordine giuridico. Il partito

⁸¹ Cfr. G. Melis (a cura di), *Fascismo e pianificazione: il convegno sul piano economico, 1942-43*, Roma, Fondazione Ugo Spirito, 1997; Melis, *La macchina imperfetta*, cit., pp. 442 ss.

⁸² C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000, p. 9.

⁸³ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998.

⁸⁴ Ivi, p. 73.

⁸⁵ Ivi, pp. 71 ss.

cui Mortati si riferisce è il partito fascista: il partito unico, attraverso il quale passa l'identità fra fascismo e società nazionale, il partito celebrato dai giuristi 'militanti'. Al contempo, tuttavia, il partito fascista è la realizzazione storica di una forma politico-giuridica che va al di là dell'esperienza fascista. Emerge una 'forma-partito' che, anche dopo il collasso del regime, nel clima 'pluralistico' del secondo dopoguerra, potrà essere riproposta da Mortati come un 'sistema', comprensivo, sì, delle nuove, e 'plurali', forze politico-sociali, ma pur sempre 'unitario' e chiamato ancora una volta a incidere sulla dinamica dell'ordinamento.

Sono dunque molteplici i percorsi che attraversano il regime contribuendo a determinarne la topografia⁸⁶. Non sembra però un'eccessiva forzatura assumerli come momenti di un processo che trova la sua unitarietà e la condizione del suo funzionamento nel peculiare *agencement* di due poli (apparentemente, e per molti versi, realmente) contrapposti: l'ordine giuridico-statuale, da un lato e, dall'altro lato, la politicizzazione-fascistizzazione della società nazionale.

Anche l'Italia fascista è allora un '*dual State*'? La mia ipotesi è che la risposta possa essere affermativa, se usiamo l'espressione fraenkeliana per sostenere che 'diritto' e 'politica' sono i poli della relazione lungo la quale si struttura il regime fascista. Occorre però subito aggiungere che la 'duplicità' caratteristica del fascismo sembra animata da una logica diversa da quella descritta dal giurista tedesco.

Fraenkel riconduce il 'dualismo' del regime nazionalsocialista alla dialettica fra 'norma' ed 'eccezione'. Questa dialettica appartiene all'intera parabola della statualità moderna (e Fraenkel ne sottolinea acutamente la presenza già nel concetto lockiano di '*prerogative*', solitamente trascurato dalla storiografia), ma sembra condannata a interrompersi nel regime nazionalsocialista, nella misura in cui la 'norma' continua, sì, a esistere, ma il suo effettivo funzionamento è sempre più dipendente da un'imprevedibile e incontrollabile decisione 'politica'. La 'norma' si avvia a essere inghiottita nel gorgo della 'politica'.

Fraenkel costruisce la sua visione del 'dualismo' mettendo a frutto la sua esperienza di avvocato attivo nella Germania nazionalsocialista (almeno fino al '38). E anche nell'Italia fascista è un giurista e avvocato che, nel corso di un lungo e sofferto itinerario, giunge a vedere nel regime l'espressione di una peculiare 'dualità' o 'duplicità': Piero Calamandrei.

⁸⁶ Si leggano le interessanti considerazioni sui temi della 'costituzione' e dei 'principi generali' sviluppate da C. Storti, *Una costituzione per il regime? 1940: lo scoppio della guerra e del conflitto tra partito fascista e scienza giuridica*, «Giornale di Storia Costituzionale», 39, 2020, pp. 143-72.

Il filo conduttore delle riflessioni di Calamandrei è il principio di legalità⁸⁷. Legalità implica per Calamandrei, congiuntamente, una teoria dell'ordine giuridico-statuale e una teoria dell'interpretazione giuridica, che egli raccoglie sostanzialmente dal *mainstream* giuspositivistico otto-novecentesco. Dal primo punto di vista, il diritto è l'espressione dell'impero statale, che si esprime nella forma della legge e fonda un ordine giuridico che da esso interamente dipende. Dal secondo punto di vista, il sistema normativo è concepito come un universo chiuso, privo di lacune, che vale per il giudice come la premessa maggiore di un 'sillogismo', di un'operazione puramente logica, avalutativa, da cui scaturisce la sentenza.

Nel vivace dibattito che nei primi lustri del Novecento, anche in Italia, vede l'intervento di importanti filosofi del diritto di ispirazione neoidealistica a sostegno del ruolo insostituibile e creativo della soggettività dell'interprete e del carattere 'astratto' della norma, Calamandrei prende posizione difendendo, contro il 'diritto libero', la «certezza» e la «precisione tecnica» caratteristiche della norma codificata e vedendo al più nella «formulazione giudiziaria» del diritto una «extrema ratio» cui ricorrere «nei periodi critici»⁸⁸ o una valvola di sicurezza di un sistema pressato da troppo vivaci istanze di trasformazione⁸⁹.

Sono queste le coordinate concettuali che Calamandrei mette alla prova nel ventennio fascista. La legalità (nel senso prima precisato) è la diga che egli tenta di costruire 'contro' il fascismo. È una diga fragile: all'ordine giuridico-statuale della tradizione giuspositivistica anche il fascismo aveva fatto riferimento, attribuendosi il compito di rafforzarne la compromessa autorità, che trovava nelle leggi e nei codici la sua più alta manifestazione. La salvaguardia della legalità, da parte di Calamandrei, dovette quindi concentrarsi sul versante ermeneutico e tradursi nella critica del 'diritto libero', nella difesa della consolidata gerarchia delle fonti, nel rifiuto di attribuire al giudice un ruolo 'creativo' e 'valutativo'. A sostenere questa scelta contribuiva la sua convinzione che l'ermeneutica antipositivistica fosse il

⁸⁷ Ne offre un'efficace ricostruzione F. Colao, "Le leggi sono leggi". *Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei*, in «Giornale di storia costituzionale», 35, 1, 2018, pp. 177-193. Cfr. anche F. Colao, *I giuristi tra le "leggi razziali ingiuste", "conformi alla legge e dunque giuridicamente giuste per definizione", Antigone e Porzia (1938-1955)*, in Perini (a cura di), *L'Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche*, cit., pp. 131-60; E. Bindi, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, in Perini (a cura di), *L'Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche*, cit., pp. 191-237. Sulla riflessione complessiva di Calamandrei cfr. P. Grossi, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in P. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 33-54.

⁸⁸ P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. III, Napoli, Morano, 1968, p. 48.

⁸⁹ Ivi, p. 50.

varco attraverso il quale la 'politica' sarebbe penetrata nell'ordine giuridico compromettendo definitivamente la residua funzione 'garantistica' della legge⁹⁰.

La difesa della legge è per Calamandrei la difesa del 'diritto' dalla 'politica' (e quindi, implicitamente, dal fascismo): una difesa che rivendica al diritto una sua specificità, contro la riduzione neoidealistica della legge «al concreto atto volitivo», che finisce per porre «sullo stesso piano l'attività di chi crea il diritto e l'attività di chi lo esegue e lo applica»⁹¹. L'indipendenza della «giustizia dalla politica» non è un retaggio dello Stato liberale, ma «è un postulato di qualsiasi ordinamento statale» fondato sul primato della legge: un postulato dello Stato moderno, disatteso soltanto dalla Russia bolscevica e dalla Germania nazionalsocialista⁹². Era verosimilmente in questa prospettiva che Calamandrei accoglieva l'invito del guardasigilli Grandi a collaborare alla redazione del nuovo Codice di procedura civile⁹³, nella speranza che «la concezione pubblicistica del processo» e «le misure di razionalizzazione fondate [...] sulla terzietà del giudice e sul principio di legalità formale»⁹⁴ servissero a fugare il pericolo della deriva giusliberista (e in sostanza nazionalsocialista) dell'ordinamento.

Convinto che «tenendo ferma l'esigenza di legalità, il 'politico' non sarebbe stato onnipotente»⁹⁵, Calamandrei esige che il giudice sia 'servo della legge' sempre e comunque, anche quando «il contenuto della legge gli fa orrore» e «moralmente gli ripugna»: anche in questo caso, infatti, è la rigorosa, eguale, applicazione della legge a dar forza a un «ideale di uguaglianza e di reciprocità umana»⁹⁶. «Nel principio

⁹⁰ Anche Arturo Carlo Jemolo sembra pensarla allo stesso modo: cfr. A.C. Jemolo, *Il nostro tempo e il diritto*, in «Archivio giuridico», XXIII, 1932, pp. 129-70.

⁹¹ P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. I, Napoli, Morano, 1965, p. 463. Conviene tenere presente quanto scrive Marco Pastorelli a proposito di Zanobini: M. Pastorelli, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in «Quaderni Fiorentini», 37, 2008, pp. 421-22.

⁹² P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. I, cit., pp. 407-408.

⁹³ Cfr. G. Cianferotti, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni d'equità della grande guerra al codice di procedura civile del 1940*, in «Quaderni fiorentini», 37, 2008, pp. 268 ss.; G. Melis, A. Meniconi, *Il professore e il ministro. Calamandrei, Grandi e il nuovo Codice*, in G. Alpa et al. (a cura di), *Piero Calamandrei e il nuovo codice di procedura civile (1940)*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 125-76. Cfr. anche A. Proto Pisani, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in «Quaderni Fiorentini», 28, 1999, pp. 713-47.

⁹⁴ Birocchi, *L'integrazione dell'Università nello Stato totalitario*, cit., p. 87.

⁹⁵ G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari, Laterza, 2998, p. 17.

⁹⁶ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 511.

della legalità – afferma Calamandrei in una conferenza alla FUCI, il 21 gennaio del 1940 – c'è il riconoscimento della dignità morale di tutti gli uomini [...]»⁹⁷.

Consapevole dell'importanza del rapporto fra il 'diritto' e la 'politica', Calamandrei identificava il fascismo con quest'ultima e affidava la sua nicodemica opposizione al regime alla difesa del 'diritto': alla difesa di un ordine giuridico-statuale che però del detestato regime era un'indispensabile risorsa. Anche in questo senso l'antifascismo di Calamandrei ha una dimensione tragica, nella misura in cui si scontra con un dilemma senza disporre degli strumenti che permettano di andare 'oltre' di esso. Calamandrei, infatti, da un lato, si muove all'ombra di una cultura ottocentesca che attrae il diritto (e i diritti) nell'orbita dell'assoluta volontà statale (e solo negli *Appunti sul concetto di legalità*, destinati a un corso di diritto costituzionale nella Firenze liberata, egli comincerà a mettere a fuoco una modulazione 'sostantiva', e non soltanto 'formale', del principio di legalità⁹⁸); e, dall'altro lato, coglie, sì, la tensione, interna al regime, fra 'diritto' e 'politica', ma la intende come una mera antitesi e non come una relazione dialettica fra i due poli.

È soprattutto in un testo (inedito) del 1944⁹⁹ che Calamandrei si sofferma tematicamente sulla 'duplicità' del regime, procedendo lungo una direttrice indicata icasticamente nel titolo del primo capitolo: «il regime della menzogna». La 'menzogna' è la caratteristica essenziale del regime fascista perché esso poggia «quasi arco su due colonne, da una parte sulla legalità ufficiale, dall'altra sull'illegalismo ufficioso: cioè da una parte sulle leggi e dall'altra sulla violazione delle medesime adoprata anch'essa, al par delle leggi, come strumento politico di governo»¹⁰⁰. La più strutturata espressione della dualità è offerta per Calamandrei dallo spaccato dello Stato e del partito: uno spaccato che mostra l'esistenza di una «doppia stratificazione di organi: una burocrazia di stato e una di partito», una burocrazia della «legalità» e una «burocrazia dell'illegalismo», fra le quali però non vi è conflitto, bensì sussiste «una segreta alleanza»¹⁰¹, confermata dal loro convergere «al vertice della piramide, ove lo Stato e il partito si fondevano nell'Uno [...]»¹⁰². La «legalità» si appoggia sull'illegalismo, ovvero un illegalismo non di

⁹⁷ Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., p. 105.

⁹⁸ P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, in Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. III, cit., pp. 51-126.

⁹⁹ P. Calamandrei, *Il Fascismo come regime della menzogna*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

¹⁰⁰ Ivi, p. 4

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Ivi, p. 46.

fatto ma *di diritto*»¹⁰³ ed è quindi possibile concludere che «il carattere in cui si riassumono le singolari qualità di questo regime è quello della *doppiezza*»¹⁰⁴.

Anche per Calamandrei, dunque, come per Fraenkel, la 'duplicità' (il rapporto fra il 'diritto' e la 'politica') appare il tratto saliente, rispettivamente, dell'Italia fascista e della Germania nazionalsocialista. Per Fraenkel, la dinamica del regime nazionalsocialista è caratterizzata dalla crescente subalternità delle 'norme' alle decisioni inappellabili di una politica 'assoluta'. Il '*Normative State*' dipende dal '*Prerogative State*': il 'diritto' è una variabile dipendente della 'decisione politica', l'eccezione è la condizione (paradossalmente 'permanente') dell'esistenza della 'norma'. Per Calamandrei, la duplicità è, sì, un tratto tipico del fascismo, ma il rapporto fra i due termini ha un carattere rigidamente opposizionale, che non può dar luogo a una qualche superiore unità.

Sfugge a Calamandrei la portata 'costituente' del 'dualismo' caratteristico del regime (e gli sfugge di conseguenza che la difesa 'legalitaria' dell'ordine giuridico-statuale è un'arma in qualche misura spuntata nei confronti del fascismo). Che il regime fascista trovi la sua unitarietà in una relazione fra 'estremi' è invece un paradosso che si rivela soltanto apparente non appena si colga la peculiarità della relazione stessa: che si risolve non in una mera contrapposizione dell'uno all'altro polo, ma in una loro mutua implicazione.

In questa prospettiva, è possibile ipotizzare che la duplicità caratteristica del regime fascista, lungi da metterne in crisi la stabilità, contribuisca alla sua tenuta operando secondo una modalità diversa da quella prospettata da Fraenkel per la Germania nazionalsocialista: una modalità che consiste non nel tendenziale assorbimento della dualità nell'unità (del '*Normative State*' nel '*Prerogative State*'), ma nella costante coimplicazione dei due poli della relazione. Ciascuno di essi mantiene la sua intrinseca configurazione e le sue peculiari caratteristiche e al contempo e proprio per questo interagisce con il polo opposto.

Perché il riconoscimento della 'duplicità' del regime possa essere impiegato come uno schema di comprensione della sua peculiare dinamica conviene insomma guardare alla relazione 'duale' cogliendone la portata *sistemica*: che rende interdipendenti i due poli e fa sì che i mutamenti che investono uno di essi agiscano (retroagiscano) sull'altro, secondo una logica non già causalistica ma circolare¹⁰⁵.

¹⁰³ Ivi, p. 5 (corsivo nel testo).

¹⁰⁴ Ivi, p. 7 (corsivo nel testo).

¹⁰⁵ Il riferimento obbligato è a L. von Bertalanffy, *General System Theory. Foundations, Development, Applications*, New York, Braziller, 1968.

È nello spazio che si apre fra i poli della relazione che si dispiegano i conflitti interni al regime e coabitano, in una singolare *concordia discors*, le sue diverse ‘anime’. Grazie alla circolarità di quella relazione il regime non soltanto può essere presentato (facendo leva, volta a volta, sull’uno o sull’altro polo) come ‘rivoluzione’ o piuttosto come ‘restaurazione’, come recupero della tradizione oppure come impeto di modernizzazione, ma può anche essere esaltato come il felice superamento di alternative insufficienti, come una provvida via ‘terza’ fra bolscevismo e liberalismo, fra capitalismo e comunismo, fra autorità e libertà.

La ‘politica’ e il ‘diritto’, l’ordine giuridico-statuale e la società fascisticamente omogenea, la celebrazione della legge e il costante dispiegarsi della violenza sono, sì, elementi in continua e aperta tensione, ma, lungi dal rendere debole e incerto il progetto e il processo ‘costituente’ del fascismo, interagiscono come elementi di un unitario sistema sociopolitico e cooperano nel fare del fascismo non una tradizionale ‘dittatura’ (o, peggio, una sgangherata tragicommedia), ma un regime compiutamente ‘totalitario’¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Come ha dimostrato, da tempo e con buoni argomenti, Emilio Gentile. Cfr. E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, Carocci, 2008.

SAGGI
ITINERARI
per la storia del
ARCHIVIO APERTO



ArchiviO
APERTO
saggi-itinerari

Rhiannon Naddaf des.