

INTRODUZIONE

**IL DIRITTO COSTITUZIONALE DAVANTI  
A UN FUTURO OSCURO.  
LA CRISI DELLO STATO DEMOCRATICO**

SOMMARIO: 1. La compagnia ben sconclusionata in cui finisce per ritrovarsi un uomo, per poco che si dedichi alla riflessione. – 2. I concetti nelle scienze sociali. – 3. I concetti di cui abbiamo bisogno. – 4. La crisi dello Stato liberale tra Ottocento e Novecento e quella dello Stato democratico oggi, un secolo dopo. – 5. Il diritto costituzionale davanti a un futuro oscuro.

1. La compagnia ben sconclusionata in cui finisce per ritrovarsi un uomo, per poco che si dedichi alla riflessione

Lo studente che intraprenda lo studio del diritto costituzionale – come di qualunque scienza – non deve meravigliarsi del fatto che, anche nel linguaggio di coloro che si dedicano professionalmente a coltivarla, vi sia una forte incertezza nella definizione dei termini impiegati, e in particolare di quelli basilari (come, appunto, nel nostro caso, “costituzione”, o, nel caso delle scienze matematiche – addirittura, potrebbe apparire ben strano –, il concetto di “numero”). Né deve meravigliarsi del fatto che ciò crei confusione e che siano tuttora aperte polemiche plurisecolari – o anche plurimillennarie – sul significato da attribuire ad alcuni di essi (si pensi alla definizione della parola “giustizia”).

A sua consolazione lo studente potrà meditare su queste parole di Robert Musil tratte dal suo capolavoro, *L'uomo senza qualità*:

*«E allora l'acqua è un liquido incolore, azzurro solo se preso in grandi quantità, inodore e insapore, secondo una definizione così spesso ripetuta a scuola che non la si scorderà mai, quantunque per la fisiologia essa contenga anche batteri, sostanze vegetali, aria, ferro, solfato e bicarbonato di calcio, e in fondo, dal punto di vista fisico, il prototipo di tutti i liquidi non sia sempre un liquido, ma a seconda dei casi un corpo solido, un liquido o un gas. Alla fine tutto si dissolve in sistemi di formule, in qualche modo connessi fra loro, e nel vasto mondo ci sono solo poche decine di individui che, perfino di una cosa così semplice come l'acqua, diano la stessa defi-*

*nizione; tutti gli altri ne parlano usando linguaggi che risalgono a varie epoche comprese tra oggi e alcune migliaia di anni fa. Bisogna dunque riconoscere che un uomo, per poco che si dedichi alla riflessione, finisce per ritrovarsi in una compagnia ben sconclusionata!».*

Il primo compito che dobbiamo proporci nell'intraprendere la nostra riflessione (lo studio del diritto costituzionale) è dunque quello di chiarire il più precisamente possibile in quale significato – o in quali specifici significati – intenderemo i termini “costituzione” (dal quale sostantivo deriva, ovviamente, l'aggettivo “costituzionale”) e “diritto”, essendo la costituzione la più alta manifestazione del diritto.

Ma attenzione: le domande cui cercheremo di rispondere non sono: “che cosa è il diritto?” e “che cosa è la costituzione?”, perché questo comporterebbe l'immane compito di esaminare tutte le definizioni che di questi termini sono state date nel corso dei secoli, e di esaminare tutte le obiezioni e le contro-obiezioni che sono state mosse dai sostenitori di ciascuna di tali teorie nei confronti di tutte le altre; e comporterebbe altresì la presunzione di poter mettere fine a queste discussioni proponendo una teoria che tutte le superi e che s'imponga come non confutabile, e dunque come vera.

Più modestamente, le domande che, invece, dobbiamo porci sono: “come intenderemo il diritto” e “come intenderemo la costituzione” nel discorso che stiamo per intraprendere? Più precisamente: quale definizione di diritto e quale definizione di costituzione sceglieremo? E ovviamente: perché sceglieremo questi significati tra i tanti possibili e confliggenti modi con cui vengono intese queste parole nel vasto mondo del dibattito pubblico, e non altre?

Rispondiamo subito a questa seconda domanda: sceglieremo quelle definizioni che ci appaiono più utili per spiegare la difficile situazione del tempo presente, la sua genesi (da dove veniamo) e il suo possibile futuro (dove vogliamo e dove non vogliamo andare). In altre parole: perché la Costituzione italiana è al centro di tante polemiche e, al contrario, di tante speranze?

## 2. I concetti nelle scienze sociali

Come tutti coloro che cercano di capire il mondo degli uomini, di concetti più o meno definiti dobbiamo comunque servirci per orizzontarci dentro quel mondo (democrazia, capitalismo, liberismo, individualismo, socialismo, assolutismo, feudalesimo, diritto, costituzione, diritti umani ...). Ma dobbiamo essere ben consapevoli che questi concetti non esprimono delle definizioni chiuse, perfette, che dicono tutto quel che c'è da dire sul loro oggetto e che escludono tutto ciò che è a esse contrario o non essenziale. Al contrario bisogna essere consapevoli del fatto che lo scienziato sociale non è seduto su un'altissima torre dalla quale può vedere e catalogare esattamente tutto e il contrario di tutto, ma è piuttosto come un naufrago, su una scialuppa, di notte, in un mare burrascoso,

che ha una scatola di zolfanelli (i concetti elaborati dalle scienze sociali, tra cui quelli sopra richiamati), e che quando ne accende uno, non vede altro che una piccolissima parte del mare scuro in tempesta che lo circonda, e per pochissimo tempo (secondo la bella immagine di Max Weber).

Molti hanno cercato di elaborare concetti a livelli altissimi di astrazione, per stabilire relazioni tra fatti storici fino a elaborare leggi (o catalogazioni) universali: della politica, dell'economia, della sociologia, del diritto ... che (si voleva) fossero capaci d'illuminare – di sottoporre a un unico colpo d'occhio – tutto il mare in burrasca che ci circonda. Ma la via si è dimostrata impervia, e questo risultato non è (ancora?) stato raggiunto.

### 3. I concetti di cui abbiamo bisogno

Come Dante c'insegna, quando intraprendiamo un cammino per una selva oscura, abbiamo bisogno di qualcuno che ci guidi. Giunti a questo bivio – se scegliere la strada che ci dovrebbe condurre verso concetti (che pretendano di essere) veri e verso leggi (che pretendano di essere) universali, o se accontentarci di scegliere una strada (pur aperta a tutte le suggestioni o smentite che possono provenire da chi percorre altri cammini) che ci appare sufficientemente chiara e capace di giungere a risposte (provvisoriamente) soddisfacenti, che ci appaiono (provvisoriamente) utili per spiegare le domande che più ci stanno a cuore – il Virgilio che ci viene incontro non è una sola persona, ma un gruppo di giuristi e di filosofi, ovviamente qui scelti come rappresentativi di correnti più ampie e di altri studiosi ugualmente degni di comporre questo “Virgilio collettivo”, al quale chiediamo di fissare i capisaldi della nostra riflessione.

3.a. – Il primo punto fermo che ci viene indicato è questo: **non accontentatevi di fare gli esegeti delle parole che compongono la Costituzione. Il problema dei problemi è spiegare perché un “pezzo di carta” (la Costituzione italiana è un documento di circa 25 pagine e 12.000 parole) possa essere “effettivo”, e cioè dare l'impronta di base alla società e allo Stato.**

Quest'indicazione ci viene da una triade di studiosi: **Ferdinand Lassalle** (1825-1864, filosofo tedesco, fondatore dell'Associazione generale degli operai tedeschi), **Gaetano Mosca** (1858-1941, professore di Diritto costituzionale in questa stessa Università di Torino dal 1896 al 1924, e assunto a fama mondiale per essere stato tra i fondatori della moderna “scienza politica”), **Costantino Mortati** (1891-1985, uno dei maggiori costituzionalisti italiani, e il più attento al rapporto tra diritto e politica). Potrebbe apparire contraddittorio fare riferimento a questi tre studiosi in apertura di un capitolo che si propone di fornire una definizione chiara di concetti fondamentali. Tutti e tre, infatti, potrebbero essere criticati per aver utilizzato concetti «vaghi e ondegianti», o connotati da «estrema labilità», o addirittura «gassosi».

Perché dunque questa preferenza?

Perché, applicando a tutti e tre un giudizio dato da Piero Gobetti su Gaetano Mosca, si può dire che sono stati «psicologi di razza», cioè studiosi che riuscivano a capire il mondo degli uomini così com'è, e capire che tale mondo è fatto di sfumature più che di tagli netti. **E tutti e tre si sono dedicati – ed è questo che qui conta – a cercare di capire che cosa stia “sotto al diritto”, o “prima del diritto”, e che quindi venga dal diritto, e dunque dalla costituzione, “presupposto”.**

3.b. – A questo gruppo di studiosi, per dare un respiro più ampio al nucleo del loro pensiero, e per aggiungere un secondo punto fermo nel nostro cammino, dobbiamo aggiungere due filosofi, uno tedesco e uno statunitense – **Jürgen Habermas (1929) e John Rawls (1921-2002)** – che hanno proiettato al di là del dibattito otto-novecentesco l'idea che la costituzione presupponga ed espliciti un “patto”, e ci invitano a intenderla come fondata su un consenso “minimo” tra forze in origine reciprocamente chiuse (sunniti e sciiti, cattolici e protestanti, comunisti e cristiani ...), difficile da trovare, ma fecondo anche sul piano morale, perché la pratica del discorso costituzionale tra forze sociali (religiose, politiche, etniche ...) originariamente nemiche, fa compiere un passo avanti – a tutte – nell'elaborazione di un concetto di giustizia comune.

A noi il compito di comprendere quali prospettive abbia questa concezione pattizia, compromissoria, armistiziale della costituzione, che ha consentito e guidato lo sviluppo delle nostre società europee fino all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso: se una prospettiva di ripresa (confortata dagli errori commessi negli ultimi decenni) o se d'inabissamento (ma dipende solo da noi).

3.c. – Il terzo punto fermo che il nostro Virgilio ci ammonisce di seguire è: **non confondete i “fatti” con le “norme” (le regole di diritto)**. Se è vero che abbiamo bisogno di capire il mondo così com'è, con le sue sfumature e le sue contraddizioni, e di capire, oggi, “che cosa è presupposto” dal diritto, quali situazioni di fatto e quali contesti culturali, spirituali, quali “immaginari collettivi”, oggi, lo condizionino, occorre però evitare un rischio. Seguendo questa strada senza ben comprenderla si potrebbe infatti commettere il grave errore di credere che il diritto sia un debole prodotto del fatto. *Ex facto oritur ius* (dal fatto sgorga il diritto), dicevano i latini. E ancora oggi molti continuano a parlare della “forza normativa del fattuale”, pensando che sia un qualcosa di molto intelligente e moderno di fronte alla “complessità” delle nostre società, all'irruzione delle tecnologie produttive e della comunicazione e al conseguente indebolimento della forza della legge e della Costituzione. Ma in questo modo costoro non fanno altro che dimostrare d'ignorare ciò che Diogene Laerzio scriveva duemila anni fa (riferendolo a Solone, che visse duemilaseicento anni fa): «... *le vicende sembrano dar ragione all'apparente ovvietà dell'idea secondo cui “Le leggi sono simili alle ragnatele: se vi cade dentro qualcosa di leggero e debole, lo trattengono; ma se è più pesante, le strappa e se ne va”*»<sup>1</sup>. Se non vogliamo vanificare il

---

<sup>1</sup> DIOGENE LAERZIO, *Vitae philosophorum*, I, Miroslav Marcovich ed., Teubner, Stuttgart-Leipzig 1999, p. 40 (Solon, I, 58), cit. da B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Ei-

ruolo della legge e della Costituzione nei confronti della “forza normativa del fattuale” (che è ciò che i sostenitori di questa teoria vogliono; v. Cap. IV, § 4 e Cap. XI) dobbiamo rivolgerci a un altro grande giurista: **Hans Kelsen** (1881-1973), che ci dice che il diritto non può mai nascere dal fatto bruto, ma sempre e soltanto da un elemento spirituale (o, se si preferisce, mentale). Così, per esempio, il fatto che l’evasione fiscale o l’abusivismo edilizio siano diffusissimi non produce alcuna regola di diritto che li permetta (malgrado siano molti coloro che li giustificano e soprattutto che li tollerano, pur avendo gli strumenti per contrastarli). Una tale regola di diritto potrà eventualmente essere prodotta solo dopo che si sia radicato nella mente dei cittadini un giudizio che dice: a) si deve ubbidire alle leggi conformi alla Costituzione; b) una legge che stabilisca che “le tasse si pagano se, come e quando il contribuente ne ha voglia”, o che “il proprietario costruisce se e come ne ha voglia”, è una legge conforme alla Costituzione; c) si deve dunque ubbidire a questa legge. Fin che ciò non avviene resta il divieto legale, malgrado la diffusione della sua violazione. **Kelsen c’invita dunque a distinguere nettamente e sempre l’“essere” dal “dover essere”, i comportamenti così come sono dalla regola cui devono conformarsi, e dunque ai processi mediante i quali i cambiamenti di fatto vengono rielaborati culturalmente e politicamente fino a produrre un diritto nuovo.**

3.d. – Il quarto punto fermo da stabilire è il **nesso inscindibile tra costituzione e “questione morale”**. Sorge infatti, al punto cui siamo arrivati, un altro problema: se ci fermassimo a quanto finora detto ne discenderebbe che – essendo le costituzioni le più diverse, e potendo essere anche le più perverse (una costituzione può essere razzista, può ammettere la schiavitù, può prevedere uno *status* inferiore per le donne, può vietare l’esercizio delle libertà politiche, religiose ...) – le leggi “conformi alla costituzione” potrebbero avere qualunque contenuto, anche il più odioso.

Dal punto di vista della scienza del diritto “positivo” (del diritto così come è stato “posto” dalle collettività umane, antiche e moderne) non possiamo che fermarci qui: è indubbio che il diritto può avere – ed effettivamente così è stato – qualunque contenuto.

Ma, si potrebbe obiettare, non c’è forse un nesso indissolubile tra diritto e giustizia? Se così è, il diritto non può disporre qualunque cosa. Deve disporre solo ciò che è “giusto”.

Ma: che cos’è la giustizia? Che cos’è giusto in Arabia Saudita e che cos’è giusto in Svezia? Che cos’è giusto in Israele e che cos’è giusto nella striscia di Gaza? Che cos’era giusto per il Tribunale di Norimberga e che cos’era giusto per Goebbels?

Queste semplici domande dimostrano che è impossibile dare una definizione universalmente valida – cioè accettata in tutte le società umane – di giustizia. Ma, si può contro-obiettare, senza un’idea di giustizia, senza un criterio per di-

---

naudi, Torino, 2001, p. XI, che, *ivi*, riporta anche proverbi regionali italiani del medesimo contenuto.

stinguere il bene dal male, non potremmo vivere. Non basta dunque capire il mondo così com'è e così come deve essere secondo il diritto. È necessario – anzi, vitale – possedere un “giudizio” sullo stato delle cose per separare il bene dal male (e dunque per formulare un giudizio di tipo diverso da quello fondato sul diritto), e dunque avere un criterio per definire di quali “ingiustizie” esso sia affetto, e dunque per decidere in quale direzione ne vada orientato il cammino.

Su che cosa fondare – però – questo giudizio circa ciò che è giusto e circa ciò che è ingiusto se è impossibile dare una definizione universalmente valida di giustizia?

Innanzitutto, è ovvio, il fatto che storicamente si siano date definizioni diverse e contraddittorie di giustizia non impedisce affatto che si prosegua nella ricerca di una definizione che si contrapponga a molte di esse, e che cerchi di dimostrare la sua superiorità sul piano della razionalità filosofica.

Ma per il diritto costituzionale il problema non è (solo) quello di una ricerca intellettuale: è quello di un'assolutamente preminente questione, appunto, costituzionale, cioè sociale, di cultura collettiva, di sentimenti diffusi. Nessuno Stato – e, tanto meno, nessuna democrazia – può sopravvivere senza una base morale. La costituzione è, innanzitutto, la proiezione di questa base morale: più precisamente, a sottolinearne il carattere “introiettato”, di questo “immaginario morale”. La nostra Costituzione, all'art. 2, non dice solo che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», ma anche, contestualmente, che «*richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*». **Dovrebbe essere lapalissiano che i doveri inderogabili non possono essere che la conseguenza di una legge inderogabile. E questa legge inderogabile è sì sancita come principio – il principio solidaristico – dalla Costituzione stessa, ma è presupposta per quel che riguarda i suoi contenuti, come generalmente accolti nella cultura diffusa. Un ultimo autore si profila così tra le nostre guide: Immanuel Kant (1724-1804), che afferma il ruolo essenziale che non può non avere, nella vita delle collettività umane, la legge morale, legge che lo Stato, però, non può assolutamente imporre perché è una legge che può fondarsi solo sulla libertà. Di qui il problema dei problemi. Com'è possibile che gli uomini portino dentro di sé una legge morale se nessuno la può imporre?**

#### 4. La crisi dello Stato liberale tra Ottocento e Novecento e quella dello Stato democratico oggi, un secolo dopo

Ma perché – potremmo chiederci – tutte queste digressioni all'inizio di un manuale? Perché questo girovagare tra concetti oscuri e appena accennati? Noi vogliamo conoscere il contenuto della Costituzione italiana, che è quel documento composto di 139 articoli e di XVIII disposizioni transitorie e finali, sottoscritta il 27 dicembre 1947 dal Capo provvisorio dello Stato Enrico De Nicola, dal Presidente dell'Assemblea Costituente Umberto Terracini e dal Presi-

dente del Consiglio dei Ministri Alcide De Gasperi, ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948. Perché non affrontiamo direttamente le sue disposizioni?

La risposta è semplice e tragica al medesimo tempo.

Perché la Costituzione italiana ha attraversato (o sta attraversando) una crisi di legittimazione (cioè di fiducia, di consenso, di radicamento nelle aspettative dei cittadini e delle forze dominanti) che è paragonabile a quella che lo Statuto Albertino – e con esso tutta l’ideologia risorgimentale (unità, libertà e “redenzione” dell’Italia attraverso il sangue dei martiri ...) – attraversò negli ultimi anni dell’Ottocento e nei primi del Novecento. Una crisi che sembrò ricomporsi – ma su una base perversa – con gli slanci coloniali della guerra libica (1912), e che non poté essere frenata né dal riformismo giolittiano né dal suo atto politico culmine: l’attribuzione del suffragio universale maschile. L’estensione del suffragio, in un contesto di delegittimazione dello Stato, non fu un antidoto alla crisi, ma ne fu l’elemento deflagrante. Il suffragio universale è un dato irreversibile – per motivi etici prima ancora che storico-politici – ma sulle condizioni che dovrebbero accompagnarlo, in tempi di populismo, occorre riflettere con mente fredda. La Grande Guerra, gli 800.000 italiani morti nella “inutile strage”, il fascismo ... furono le conseguenze di quella crisi di legittimazione dello Stato liberale che le forze politiche dell’epoca (socialisti e popolari compresi) non riuscirono a contrastare. Il costituzionalismo italiano del 2017 non può chiudere gli occhi di fronte a questa prospettiva che la nostra storia ci mette sotto gli occhi. Ecco perché è necessario ripartire dai “fondamentali” del costituzionalismo e della democrazia.

Oggi la situazione è particolarmente drammatica, ma forse sta cambiando. Manca una cultura solida e capace d’illuminare il cammino delle democrazie occidentali, come era stata quella del compromesso keynesiano (o socialdemocratico) nel secondo dopoguerra. Mai è stata tanto grande, e tanto confusa, la tensione tra visioni divaricate della società, dello Stato, della politica, dell’economia, della finanza, della geopolitica, del diritto sovranazionale e internazionale, quanto lo è oggi. Visioni che non si stabilizzano – attraverso l’opera di un’alta cultura che le decifri e le demistifichi – per poter così dar vita a confronti netti e illuminanti del “perché” della loro divaricazione (e quindi del perché delle tensioni che affliggono il mondo: perché la crisi economica in cui siamo immersi da anni e che sembra non avere sbocco? perché l’esplosione di inaudite disuguaglianze? e dei populismi, razzismi, xenofobie, fanatismi religiosi? perché il lavoro manca, ed è svalutato? perché la guerra dilaga? che cosa hanno lasciato le guerre “umanitarie” per l’esportazione della democrazia e la difesa dei “diritti umani”? perché in Italia il declino economico dura dal 1973, e non dà segni di cambiare verso?). Le diagnosi *mainstream*, in tutto il mondo occidentale, vagano a brandelli in un brodo di mezze-verità o di menzogne o di isterismi, adatti a conquistare il consenso di un’opinione pubblica politicamente devertebrata e schiacciata da una sempre più spessa coltre di ignoranza esibita, di faziosità gridata, di semplicismo populistico, che il mondo della c.d. comunicazione alimenta senza posa e senza responsabilità. Riconosciamolo senza infingimenti: le virtù della democrazia, e dunque del “popolo” – come dimo-

strano gli atteggiamenti diffusi, in tutto l'Occidente, verso gli immigrati e verso le condizioni dei "perdenti" e degli emarginati – sono sempre più dubbie, e non possono essere più considerate virtù "innate" nel popolo, e acquisite per sempre. La solidarietà, se è ben viva come volontariato in ampi settori della popolazione – non riesce però a dare la sua impronta al discorso pubblico. Quella che era la più nobile delle attività umane, l'arte regia – la *basilikè téchne* di Platone, la politica – oggi è oggetto di disprezzo e di derisione. E nessuna proposta politica capace di ricomporre il quadro compare all'orizzonte. Da dove ricominciare? **Sta qui l'origine delle digressioni: fissare qualche punto per affrontare il disorientamento di oggi, che non può essere placato solo richiamando l'autorità dei precetti costituzionali, ma che richiede che ne siano riproposte le profonde radici storico-economiche-politiche. E queste sono tutt'altro che inattuali, e nel deserto delle proposte per uscire dall'attuale stato di disorientamento, di nuovismo che non sa dire altro se non che siamo sul baratro dell'ignoto, appaiono quanto mai ragionevoli.**

## 5. Il diritto costituzionale davanti a un futuro oscuro

Diciamolo in questo modo: le costituzioni del secondo dopoguerra, che incorporano il compromesso keynesiano e socialdemocratico e la filosofia istituzionale che ispira i piani Beveridge I e II (che posero le fondamenta dello Stato sociale), sono una parentesi ormai chiusa e non più ripetibile?

Si potrebbe rispondere di sì, che effettivamente il costituzionalismo del secondo dopoguerra è una parentesi che non può rivivere, se si tiene presente che quel compromesso non fu stipulato in un mondo di angeli caritatevoli, ma sotto l'enorme impressione che destò la prova di forza militare che l'URSS aveva dato con la II Guerra mondiale. Teniamo presente che gli Alleati – emblematizzati dalla famosa fotografia a Yalta di Roosevelt, Churchill e Stalin – ebbero (sulla popolazione risultante dai censimenti del 1939): gli USA 413.000 caduti (il 3,1/1.000 della popolazione); il Regno Unito 365.000 caduti (il 7,6/1.000), e l'URSS 23.000.000 (il 136,4/1.000). Il peso di quei ventitré milioni di morti per sconfiggere nazismo e fascismo fu un elemento essenziale di quello che chiamiamo il *post-war consensus*, perché erano sintomo di una forza politico-militare che incuteva timore. A ciò si aggiunga il grande prestigio che aveva il movimento del lavoro in quel periodo (e che spiega come nelle prime elezioni che si tennero in Gran Bretagna dopo la guerra, Churchill, che aveva guidato il paese alla vittoria, fu sconfitto dai laburisti di Attlee; e che lo stesso Churchill, quando vinse le elezioni successive, non rinnegò affatto il programma che Attlee aveva intrapreso). E ricordiamo che i trent'anni gloriosi del costituzionalismo europeo occidentale (1947-1977) sono stati tutti segnati dalla Guerra fredda, e che le costituzioni europee sono state parzialmente attuate sotto l'equilibrio del terrore della guerra nucleare, mentre l'Europa era tagliata da una cortina di ferro. **I compromessi o armistizi costituenti sono stati stipulati, e par-**



**zialmente seguiti da politiche attuative, perché si doveva fare concorrenza al temibile e potente mondo che stava al di là della cortina di ferro. Bisognava dimostrare che il modo migliore per tutelare il lavoro e la diffusione del benessere era lo stato costituzionale del benessere come versione aggiornata dello stato liberal-democratico, appunto, e non lo stato del socialismo reale.**

Oggi quelle condizioni non solo non ci sono più – e dunque non ci possono più essere le conseguenze che da quelle condizioni derivavano (la democrazia concepita come costituzionalizzazione del conflitto capitale-lavoro) – ma sono capovolte. A tacere della situazione geopolitica, il mondo del lavoro non fa, da tempo, più nessuna paura, e di conseguenza il *post-war consensus* è stato oggetto di un bombardamento politico e culturale – ormai più che trentennale – per cui la nostra costituzione, e tutto l'*humus* da cui essa traeva alimento, sembrano destinati a un inevitabile rinsecchimento.

Si potrebbe però muovere un'obiezione, seguendo questo filo.

Innanzitutto va tenuto presente che la grande depressione del 1929 fu contrastata – nel mondo anglosassone – dalle politiche di Roosevelt (Presidente degli USA dal 1933 al 1945), ispirate alle teorie economiche di Keynes (a partire dal 1934), mentre nell'Europa continentale la crisi che travolse la Repubblica di Weimar fu affrontata con la politica di riarmo nazista (a partire dal 1933), e, in Italia, con le politiche fortemente statualiste del fascismo (l'Istituto per la Ricostruzione Industriale, IRI, fu istituito nel 1933). Da questo non si può dedurre meccanicamente che alla Guerra nel 1939 – scoppiata esattamente dieci anni dopo la grande crisi – si sia giunti perché si contrapponevano due modi radicalmente diversi di concepire lo Stato e l'economia. Altri elementi indubbiamente concorsero: le ferite rimaste aperte dopo la Grande guerra – soprattutto l'umiliazione tedesca e il conseguente odio antifrancese – la ricerca di un “grande spazio” nell'Europa centrale da parte della Germania, i contrasti coloniali, le politiche razziste ...

Le date sono comunque impressionanti: 1929 (crisi economica) – 1933 (ascesa al potere di Roosevelt e di Hitler e consolidamento, in Italia, dell'economia “mista”) – 1939 (guerra). Non è azzardato dire che entrambi i modelli politico-socio-economici cercarono nella guerra l'uscita dalle loro crisi interne.

Ora chiediamoci: la crisi economica da cui non siamo ancora usciti è del 2007-2008. Sono passati dieci anni. Il mondo è in subbuglio, per motivi economici e per i loro riflessi geo-politici, tanto che si parla di una “terza guerra mondiale già combattuta a pezzi”. Dobbiamo aspettarci una nuova guerra “vera”? E la Costituzione, in questo contesto, ha ancora qualcosa da dire?

La domanda non è peregrina, se si pensa che il pensiero economico-politico che portò alla grande crisi del 1929 è esattamente quello stesso che, tornato in auge, ha provocato la crisi del 2007-2008 (anche se i mezzi di contrasto finanziari si sono nel frattempo evoluti e sofisticati, così da aver potuto impedire fallimenti a cascata delle banche, con gli immediati effetti devastanti che questo comporta).

È evidente, d'altra parte, che oggi la dura realtà dei fatti ha decretato la crisi della visione neoliberista, com'è stato riconosciuto dallo stesso Fondo Mone-

tario Internazionale e dall'OCSE. Eppure questa visione del mondo è ancora influente a livello culturale e politico, come risulta evidentissimamente, in Italia, dai pregiudizi solo ideologici che hanno impedito di chiudere rapidamente la crisi di molte banche per l'opposizione a un intervento statale; intervento che poi c'è stato, ma a un prezzo (non solo economico, ma di credibilità internazionale) assai maggiore. Dunque il liberismo – cioè la visione del mondo il cui principio fondativo è “un euro un voto” (radicalmente contrario al principio fondativo della democrazia che è invece “un uomo, un voto”) – conserva tuttora una consistente egemonia.

È altrettanto evidente che questo pensiero (identico, ripetiamo, a quello responsabile della grande crisi del 1929) è in affanno, e che il mondo, dopo le ubriacature degli anni passati, si dibatte in un vuoto di prospettive, oscillando tra sogni tecnocratici e paure ancestrali (anche solo la lettura dei quotidiani italiani è emblematica di questo buio). La corsa agli armamenti non è affatto finita, e la soluzione militare alle tensioni in corso è in agguato.

La domanda che ci siamo posti: “la Costituzione, in questo contesto, radicalmente mutata, ha ancora qualcosa da dire?” deve essere, più concretamente, trasformata nell'altra: **“che cosa abbiamo in più degli uomini che nella seconda metà degli anni Trenta si opposero alla crisi e che nella seconda metà degli anni Quaranta cercarono di costruire un mondo su basi nuove?”**.

**E la risposta non può che essere: abbiamo in più l'esperienza che, loro, ci hanno consentito di fare. E in che cosa consiste esattamente quest'esperienza? Consiste nel “fatto” costituente e nella cultura che l'ha reso possibile. E consiste nell'aver potuto vivere degli anni in cui si è potuto intravedere, pur tra tutte le difficoltà che si sono incontrate e gli errori che sono stati commessi, che cosa potrebbero essere uno Stato e un ordinamento internazionale conformati da quella cultura.**

Ecco che cosa abbiamo di più: un quadro di riferimento (le linee portanti della Costituzione, da riproporre per orientarci nel buio in cui siamo immersi), e il dovere di tramandare l'esperienza vissuta alla loro luce, perché coloro che vengono dopo non la dimentichino e siano capaci di rielaborarla per i tempi nuovi.

CAPITOLO I  
GRUPPO POLITICO, STATO, CLASSE POLITICA,  
COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE,  
COSTITUZIONE IN SENSO FORMALE,  
DIRITTO

Parte I

DAL GRUPPO POLITICO  
ALLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE

SOMMARIO: 1. Il “dominio” come oggetto del diritto costituzionale. – 2. Il “dominio politico” come oggetto specifico del diritto costituzionale. – 2.1. Forze dominanti e forze “politicamente” dominanti. – 2.2. Il dominio politico è la forma specifica di dominio che viene esercitato all’interno del “gruppo politico”. – 3. La definizione del concetto di “dominio politico” attraverso la definizione del concetto di “gruppo politico” (o comunità politica). – 4. Dal dominio politico alla classe politica, alla costituzione in senso materiale, alla costituzione-norma, all’ordinamento giuridico: come chiudere il cerchio.

1. Il “dominio” come oggetto del diritto costituzionale

Cercando dunque di rimanere in equilibrio tra l’*esprit de géométrie*, necessario per delineare concetti chiari e precisi, e l’*esprit de finesse*, necessario per cogliere le sfumature, le complessità e le contraddizioni del presente (e del mondo degli uomini di sempre), iniziamo il nostro cammino.

Prima d’intraprendere la riflessione sui concetti di “diritto” e di “costituzione” è necessario soffermarci (come ci indicano i nostri Virgilio) su un altro concetto, a essi preliminare: quello di “**dominio**”. Il dominio di alcuni uomini su altri uomini, perché così sono organizzate le società umane (per lo meno da tempo immemorabile, dopo la fine delle “società senza stato”): sul dominio di alcuni e sulla sottomissione degli altri. Le società umane non sono società di angeli, di esseri perfettamente liberi e uguali, come vorrebbe farci credere la

propaganda odierna, tutta incentrata solo sui concetti di libertà e di diritti. Esistono oppressori e oppressi, costrittori e costretti. Certo le democrazie attenuano queste contrapposizioni – cercando di presentarsi come governi del popolo, attraverso il popolo, per il popolo – ma non le cancellano affatto.

**Il concetto di “dominio” è vastissimo, e con esso intenderemo qualsiasi forma di potere, di qualsiasi soggetto nei confronti di qualsiasi altro, attraverso qualsiasi mezzo e per qualsiasi scopo.**

Perché anticipare questo concetto (a sua volta niente affatto chiaro, come emerge dalla definizione appena richiamata)? **Per questa semplicissima ragione: per definire esattamente l'oggetto del diritto costituzionale.** Come tutti gli studenti appena iscritti a un corso di laurea in giurisprudenza sanno, il loro piano di studi comprende una lunga serie di materie, variamente denominate, ma che tutte fanno riferimento a un **“campo” di attività umane**, in genere individuato in modo diretto e immediato: il **“diritto commerciale”** si occupa di quell'attività umana che è il commercio, il **“diritto di famiglia”** di quella società fondata su rapporti affettivi e sessuali; e, analogamente, il **“diritto del lavoro”**, il **“diritto industriale”**, il **“diritto dello sport”**, il **“diritto sanitario”**, il **“diritto agrario”**, il **“diritto minerario”**, il **“diritto dei trasporti”**, il **“diritto della navigazione”** ... si occupano di attività che le società umane hanno sviluppato nel corso dei secoli (potremmo dire: di **“cose”**) che hanno un nucleo originario spontaneo e fluido, che si è – contestualmente al suo sviluppo – incanalato in **“forme”** (cioè in complessi di regole) che definiamo **“diritto”**. La stessa cosa si può dire del **“diritto penale”** e del **“diritto processuale penale e civile”**: infliggere pene e dirimere le controversie circa la colpevolezza, o dirimere controversie di natura economica, è proprio della più lontana epoca arcaica, e anche questi fenomeni (che originariamente assumevano forme magiche o religiose) hanno poi assunto le **“forme”** del diritto (su quest'ultimo concetto torneremo più avanti). Col tempo, la differenza tra quello che abbiamo chiamato il nucleo originario e spontaneo dei diversi campi di attività umane, da un lato, e la forma loro impressa dal diritto, dall'altro, è venuta, da un lato, dilatandosi enormemente, ma dall'altro, sfumando: si pensi alla differenza tra il baratto dei tempi arcaici e l'odierno mercato internazionale dei capitali finanziari o delle materie prime (petrolio, grano ...), reso possibile da una quantità enorme e complessa di regole **“artificiali”**, senza le quali non potrebbe esistere nella forma attuale: per cui si deve dire che oggi il **“mercato”** esiste non già in quanto fenomeno spontaneo e naturale, ma in quanto fenomeno artificialissimo reso possibile da un particolare e sofisticatissimo diritto commerciale, interno, sovranazionale e internazionale. Ciò detto, se guardiamo alla radice delle cose, resta purtuttavia vero che il commercio esiste non perché esiste il diritto commerciale, ma, al contrario, che il diritto commerciale esiste perché gli esseri umani hanno il bisogno, la necessità, la pulsione ... a commerciare; che la famiglia esiste non perché esiste il diritto di famiglia, ma che il diritto di famiglia esiste perché gli esseri umani hanno il bisogno, la necessità, la pulsione di stabilire relazioni affettive e sessuali (per quanto possibile) stabili, o per lo meno protette **“pubblicamente”** dal diritto, e così via.

Lo stesso discorso vale per il diritto costituzionale. **Definirlo – come troppo spesso accade – come il diritto statuito “nella” costituzione – cioè in quel particolare documento che chiamiamo “costituzione” – è superficiale e parziale, perché nulla dice sul suo oggetto, cioè sul “campo” di attività umane cui si riferisce, e induce il grave errore di studiare il diritto costituzionale senza per nulla curarsi dei fenomeni sociali che ne costituiscono l’oggetto.** La progressiva irrilevanza della scienza del diritto costituzionale in questi tempi d’isterismo politico ne è una prova; così come è una prova del fallimento della scienza processualistica l’arretrato spaventoso che grava sui nostri tribunali (e sì che il diritto processuale, soprattutto civile, è il settore più sofisticato e altezzoso delle scienze giuridiche); e altrettanto si può dire in riferimento al diritto amministrativo, al diritto tributario e ad altri rami della scienza del diritto a fronte dei tempi per la realizzazione delle opere pubbliche, dell’evasione fiscale, della manomissione dell’ambiente ... Occorre dunque sottolineare che ogni ramo della scienza giuridica dovrebbe avere ben chiaro il “campo” di attività umane di cui si occupa, e gli effetti che il diritto di cui si occupa produce su di esso. **Il diritto costituzionale pretende di dare “forma” a quel fenomeno sociale che è il dominio.** Certo pretende di dare forma anche ad altri, e apparentemente distinti e distanti oggetti: la libertà, l’uguaglianza, la distribuzione della ricchezza, la partecipazione dei cittadini, il loro benessere ... **Ma sono tutti profili di un unico tema: l’istituzione e la regolazione/limitazione del dominio (e dunque la sua trasformazione in un potere “legittimo”).** Riprendendo, e concludendo, gli esempi prima fatti possiamo dunque dire che il diritto costituzionale è il diritto sul dominio, così come il diritto commerciale è il diritto sul commercio ...

## 2. Il “dominio politico” come oggetto specifico del diritto costituzionale

Giunti a questo punto del discorso sorge però un problema: **se il dominio consiste in “qualsiasi forma di potere, di qualsiasi soggetto nei confronti di qualsiasi altro, attraverso qualsiasi mezzo e per qualsiasi scopo”, come si può pensare che la Costituzione, con i suoi pochi articoli, regoli immediatamente questo insieme vastissimo di fenomeni? Quali passaggi intermedi sono necessari per comprendere come la Costituzione possa effettivamente regolare il dominio?**

Procediamo con ordine.

### 2.1. *Forze dominanti e forze “politicamente” dominanti*

Abbiamo definito il concetto di “dominio”. Definiamo, conseguentemente, **“forze dominanti” l’insieme dei soggetti (di qualunque tipo) che esercitano il dominio (attraverso qualsiasi mezzo e per qualsiasi scopo).** Per essere chiari: in questa definizione rientrano, oltre che i partiti politici e i titolari di funzioni

pubbliche (elettive o burocratiche), i protagonisti dell'economia e della comunicazione, le confessioni religiose, le *lobbies* di varia natura ..., anche la mafia, la camorra, le associazioni segrete, le catene d'imprenditori e di funzionari pubblici dediti alla corruzione ... Ai nostri fini questa definizione generalissima di "forze dominanti" non è però sufficiente. È un magma indistinto, per quanto reale nelle sue connessioni, che vanno dall'economia, dai mass-media, dalla malavita ... alla politica. È dunque necessario specificare e delimitare questo concetto generalissimo, e chiarire in che cosa consista il dominio "politico" e dunque come possano essere definite le forze "politicamente" dominanti, al fine di determinare il nesso tra questi cinque elementi: dominio, forze dominanti, dominio politico, forze politicamente (e non genericamente) dominanti e costituzione. L'ipotesi che ci guida è che la costituzione (come insieme di norme) eserciti la propria "presa regolatrice" sul dominio (in tutte le sue forme) e sulle forze dominanti (in tutte le loro articolazioni) attraverso la "presa regolatrice" che esercita sull'azione della "classe politica".

## 2.2. *Il dominio politico è la forma specifica di dominio che viene esercitato all'interno del "gruppo politico"*

Prima di esaminare sommariamente il concetto di classe politica è necessario precisare che il dominio politico si differenzia dal dominio genericamente inteso per il fatto di essere la forma specifica di dominio esercitata all'interno di un "gruppo politico". Il concetto di dominio politico (inteso come una specifica attività umana) si definisce cioè non a partire da se stesso, da sue presunte caratteristiche intrinseche, ma a partire dal contesto (il gruppo politico) che rende necessaria quella particolare attività.

## 3. La definizione del concetto di "dominio politico" attraverso la definizione del concetto di "gruppo politico" (o comunità politica)

Per definire il concetto di gruppo politico (o di comunità politica) rivolgiamoci a questa famosa pagina di Max Weber (forse la più penetrante che mai sia stata scritta sullo Stato: è un po' contorta, ma invitiamo gli studenti a leggerla con pazienza. Subito dopo cercheremo di dipanarla e di renderla più chiara):

*«Per comunità politica intendiamo una comunità il cui agire è rivolto a riservare "un territorio" (...) e l'agire delle persone che lo occupano stabilmente (...) al dominio ordinato dei partecipanti, mediante la predisposizione della forza fisica e normalmente anche della forza delle armi». Il "suo minimum concettuale" è il «mantenimento mediante l'uso della forza di un dominio ordinato sopra un territorio e sopra i suoi occupanti». Una «comunità "politica" esiste come formazione di*

*stinta soltanto se, e nella misura in cui, la comunità non è una pura “comunità economica”, e cioè possiede ordinamenti che disciplinano materie diverse rispetto alle dirette disponibilità di beni e servizi. Quali contenuti l’agire di comunità persegue, oltre la dominazione violenta di un territorio e di uomini – contenuti che possono variare indefinitamente, dallo “Stato predatore” allo “Stato di benessere”, allo “Stato di diritto” e allo “Stato con fini culturali” – è cosa per noi concettualmente irrilevante. In virtù del carattere drastico dei suoi strumenti di azione, il gruppo politico ha la capacità specifica di avocare a sé tutti i contenuti possibili di un agire di gruppo; in effetti non vi è probabilmente nulla al mondo che in qualche tempo o in qualche luogo non sia stato oggetto di un agire di comunità di gruppi politici. D’altra parte la comunità politica può limitarsi ad un agire il cui contenuto consista esclusivamente nel garantire in modo continuativo il dominio di fatto sul territorio; in effetti ciò accade abbastanza spesso. In questa stessa funzione la comunità politica – anche dove lo stato generale del bisogno non è necessariamente arretrato – rappresenta spesso un agire intermittente, che divampa in caso di minaccia o di una propria improvvisa inclinazione all’uso della forza violenta, comunque motivata; mentre nei “normali” periodi di pace sussiste praticamente una specie di “anarchia”, in quanto la coesistenza e l’agire di comunità degli abitanti di un territorio si svolgono sotto forma di un mutuo rispetto puramente effettivo della sfera economica usuale, senza predisposizione di alcuna coercizione all’”esterno” o all’”interno”. Per costituire una comunità “politica” distinta sono sufficienti un “territorio”, la predisposizione della forza fisica per dominarlo, e un agire di comunità che regoli le relazioni tra gli abitanti, senza esaurirsi semplicemente in un’impresa economica per la copertura comune del fabbisogno. Gli avversari contro i quali si rivolge l’agire di comunità, con eventuale impiego della forza, possono essere esterni o interni al territorio in questione. (...) la comunità politica è una di quelle comunità il cui agire implica, almeno di regola, la coercizione mediante la minaccia e la distruzione della vita e della libertà di movimento, tanto di soggetti estranei alla comunità quanto dei partecipanti stessi (...). Ciò che qui si esige dall’individuo è che egli affronti eventualmente anche la morte, se gli interessi della comunità lo richiedono. È questo che imprime alla comunità politica il suo pathos particolare, ponendo anche i suoi fondamenti emotivi durevoli. Comuni destini politici – cioè in prima linea le comuni lotte politiche per la vita o per la morte – fondano comunità di memorie che spesso agiscono più fortemente dei vincoli della comunità culturale, linguistica o di stirpe. Sono questi comuni destini che (...) costituiscono l’elemento decisivo, in ultima analisi, della “coscienza di nazionalità”. La comunità politica non è stata affatto – e non è certo nemmeno oggi – l’unica nella quale la responsabilità mediante la propria vita costituisca una parte essenziale dei doveri di comunità. Alle stesse conseguenze estreme conduce anche il dovere della vendetta del sangue inerente al gruppo parentale, il dovere del martirio di certe comunità religiose, il “codice d’onore” di certe comunità di ceto; e lo stesso vale per molte comunità sportive, per comunità del genere della camorra, e soprattutto per ogni comunità costituita allo scopo di un’appropriazione violenta di beni economici altrui. Dal punto di vista sociologico la comunità politica si differenzia da queste comunità soltanto per il fatto del-*

*la sua esistenza particolarmente durevole ed evidente, in forma di potere di disposizione consolidato su un territorio o anche su uno spazio di mare. Perciò questa posizione particolare è sempre meno caratteristica della comunità politica quanto più si risale nel passato (...). Quanto più sistematicamente l'agire di comunità politico cessa di essere un puro agire occasionale, che interviene in caso di una minaccia diretta, per trasformarsi invece in un'associazione istituzionale a carattere continuativo – nella quale ormai il carattere drastico ed efficace dei suoi mezzi coercitivi si congiunge con la possibilità di un razionale ordinamento casistico della loro applicazione – tanto più la distinzione quantitativa dell'ordinamento politico tende a diventare, nella concezione dei partecipanti, una distinzione qualitativa. Infatti la posizione moderna dei gruppi politici dipende dal prestigio che ad essi conferisce la specifica credenza dei partecipanti in una consacrazione particolare, cioè nella "giuridicità" dell'agire di comunità da essi ordinato, anche e proprio in quanto comprende la coercizione fisica, incluso il potere di vita e di morte: da ciò deriva lo specifico consenso di legittimità che si riferisce a questo potere. Tale credenza nella specifica "giuridicità" dell'agire del gruppo politico può aumentare – come avviene effettivamente nei rapporti politici moderni – fino al punto in cui esclusivamente certe comunità politiche (che prendono il nome di "Stati") sono considerate capaci di fondare, in virtù di un mandato o di una concessione, un esercizio "conforme al diritto" della coercizione fisica da parte di qualsiasi altra comunità. Per l'esercizio e la minaccia di questa coercizione esiste perciò, nella comunità politica pienamente sviluppata, un sistema di regolamenti casistici, ai quali si è soliti attribuire quella specifica "legittimità". Essi costituiscono l'"ordinamento giuridico", che si ritiene oggi trovare la sua origine normale nella comunità politica, in quanto essa ha di regola effettivamente [conquistato] il monopolio della coercizione fisica necessaria per far osservare quell'ordinamento» [M. WEBER, *Economia e società*, vol. II, edizioni di Comunità, Milano, 1961, pp. 201-204].*

Come si vede, queste pagine non sono il massimo della limpidezza. Riassumendone i passaggi fondamentali, anche con qualche libertà di riformulazione, possiamo dire che:

- il *minimum* concettuale della comunità politica è il «mantenimento mediante l'uso della forza – cioè della coercizione fisica – di un dominio ordinato sopra un territorio e sopra i suoi occupanti»;

- una comunità "politica" esiste come formazione distinta soltanto se, e nella misura in cui, la comunità *non* è una pura "comunità economica", e cioè se disciplina materie diverse rispetto alla copertura comune del fabbisogno di beni e servizi;

- la comunità politica persegue, oltre la dominazione violenta di un territorio e di uomini, contenuti diversi che possono variare indefinitamente. Il gruppo politico ha la capacità specifica di avocare a sé tutti i contenuti possibili di un agire di gruppo: non vi è probabilmente nulla al mondo che in qualche tempo o in qualche luogo non sia stato oggetto di un agire di comunità di gruppi politici;



– il «mantenimento mediante l'uso della forza – cioè della coercizione fisica – di un dominio ordinato sopra un territorio e sopra i suoi occupanti» implica lo scopo, per così dire, “orizzontale” di «regolare le relazioni tra [tutti] gli abitanti»;

– l'agire della comunità politica volto a questo scopo – che implica, almeno di regola, la coercizione mediante la minaccia e la distruzione della vita e della libertà di movimento – si rivolge tanto ai soggetti estranei alla comunità quanto ai partecipanti stessi. Gli avversari contro i quali si rivolge l'agire di comunità, con eventuale impiego della forza, possono dunque essere esterni o interni al territorio in questione e alla comunità politica stessa;

– quando la comunità politica cessa di agire in modo puramente occasionale, e cioè d'intervenire solo in caso di una minaccia diretta, essa si trasforma in un'associazione istituzionale a carattere continuativo;

– questa trasformazione comporta che il carattere drastico e immediato dei suoi mezzi coercitivi si congiunga con la possibilità di un razionale ordinamento casistico, cioè di una predisposizione delle regole preventive che disciplinano i casi in cui verrà applicata la coercizione stessa: predisposizione razionale in quanto razionalmente conoscibile dai partecipanti, che potranno così prevedere le conseguenze delle proprie azioni, e cioè dei casi in cui il compimento di alcune di esse comporterà l'applicazione della coercizione;

– giunti a questa svolta (la capacità di far precedere all'uso della forza la predisposizione delle regole che prevedono i casi in cui tale uso verrà effettuato) i gruppi politici acquisiscono un «particolare prestigio, che deriva loro dalla specifica credenza dei partecipanti in una loro “consacrazione particolare”, cioè nella “giuridicità” del loro agire». «Consacrazione particolare» che deriva dal fatto che il loro agire non viene più percepito come un mero, occasionale e arbitrario esercizio di forza fisica, ma come un agire “giuridico” (un agire “conforme al diritto”) «anche e proprio in quanto comprende la coercizione fisica, incluso il potere di vita e di morte»: da ciò deriva lo «specifico consenso» che si riferisce a questo potere in quanto ritenuto, creduto, «legittimo»;

– tale credenza nella specifica “giuridicità” dell'agire del gruppo politico può aumentare – come avviene effettivamente nei rapporti politici moderni – fino al punto in cui esclusivamente certe comunità politiche (che prendono il nome di “Stati”) sono considerate capaci di fondare, in virtù di un mandato o di una concessione, un esercizio “conforme al diritto” della coercizione fisica da parte di qualsiasi altra comunità (come oggi dovrebbe essere per l'ONU);

– per l'esercizio e la minaccia di questa coercizione esiste perciò, nella comunità politica pienamente sviluppata, un sistema di regole che prevedono i casi cui esse si applicano (che Weber chiama “regolamenti casistici”), ai quali si è soliti attribuire una specifica “legittimità” (la legittimità del potere, in quanto si è reso conoscibile e prevedibile attraverso un sistema di regole, rende legittime le regole stesse; e viceversa: la legittimità delle regole, in quanto rendono conoscibile e prevedibile l'esercizio del potere, rende legittimo il potere stesso). Essi costituiscono l'“ordinamento giuridico”, che si ritiene oggi trovare la sua origine normale nella comunità politica, in quanto essa ha effettivamente conquistato il mono-

polio della coercizione fisica necessaria per far osservare quell'ordinamento;

– ma la spiegazione della natura dello Stato richiede qualcosa di più. Non basta il riferimento alla monopolizzazione della forza fisica e al ruolo legittimante delle regole: «la comunità politica esige dall'individuo che egli affronti eventualmente anche la morte, se gli interessi della comunità lo richiedono. È questo che imprime alla comunità politica il suo *pathos* particolare, giacché essa ha la necessità di fondarsi su legami emotivi durevoli»: legami che costituiscono dunque un elemento essenziale, imprescindibile per l'esistenza del gruppo politico, e dunque dello Stato;

– tali legami possono essere riassunti con il concetto di “nazione”. Comuni destini politici fondano “comunità di memorie” che costituiscono l'elemento decisivo della “coscienza di nazionalità”. Coscienza che porta ad accettare la responsabilità mediante la propria vita, che costituisce dunque «una parte essenziale dei doveri di comunità».

Sono queste di Weber le pagine più penetranti che siano state scritte a proposito dello Stato quale si delineò compiutamente, dopo un'evoluzione pluriscolare, nel XIX secolo. Molte sono le distanze che ci separano, oggi, da quel modello. E l'analisi di queste distanze costituirà il filo conduttore dell'intero corso.

#### 4. Dal dominio politico alla classe politica, alla costituzione in senso materiale, alla costituzione-norma, all'ordinamento giuridico: come chiudere il cerchio

Ma è proprio necessario introdurre questo ulteriore concetto – il concetto di “politica” – nel nostro discorso, già abbastanza accidentato?

È necessario perché è tuttora forte – pur sotto il cielo della globalizzazione – il legame tra lo Stato, la costituzione, il diritto, e la politica, intesa come attività sottesa al formarsi di tutti e tre questi fenomeni, come loro “elemento generatore”, loro “matrice”. Conseguentemente è necessario avere ben chiari i seguenti passaggi: a) lo Stato è la forma organizzativa che in epoca moderna ha assunto il “gruppo politico”; b) la definizione del “gruppo politico” conduce alla definizione (seppur solo finalistica) di “attività politica” e di “fine”, o “contenuto politico”; c) la definizione di “attività politica” e di “fine politica” conduce alla definizione di “classe politica”; d) la definizione di “classe politica” conduce alla definizione di “costituzione in senso materiale”; e) la definizione di “costituzione in senso materiale” conduce alla definizione di “costituzione-norma”; f) la definizione di “costituzione-norma” (o, semplicemente, secondo il linguaggio corrente, di costituzione) alla definizione di Stato; g) la definizione di Stato alla definizione di ordinamento giuridico, cioè di “diritto”; h) la definizione di “diritto” (e con ciò il cerchio si chiude) alla definizione di **politica come matrice del diritto** stesso.

Andiamo per ordine.

Dei concetti di dominio, di forze dominanti, di gruppo politico e di dominio politico, abbiamo già detto.

Resta ora da definire come si specifichi il concetto di “forze dominanti” alla luce del concetto di “dominio politico”, cioè come si specifichi il concetto di “forze politicamente dominanti”. Le “forze dominanti”, abbiamo detto, sono tutte le forze che esercitano una qualsiasi forma di potere; ma come circoscrivere quella parte delle forze dominanti che, in un determinato gruppo politico, esercitano il dominio politico?

Qui la teoria della classe politica non ci aiuta in modo risolutivo e netto, perché negli scritti di Gaetano Mosca non è tanto chiaro se si tratta di una classe sociale, di una cerchia più ristretta di persone che si occupa attivamente di politica o addirittura di soli titolari di funzioni pubbliche. Conviene, per risolvere questa difficoltà, **contaminare la teoria della classe politica con quella della costituzione in senso materiale** (elaborata da Lassalle e da Mortati). **Secondo quest'ultima, nella sua più recente versione, la costituzione-documento (denominata “costituzione in senso formale”) sarebbe l'esplicitazione e il suggello di una serie di principi che già prima della scrittura della costituzione-documento erano riusciti a essere (mediamente) effettivi nella vita del gruppo politico; e ciò in quanto erano i principi sostenuti, o “portati”, dall'insieme delle forze che, proprio intorno a quei principi hanno dato vita al compromesso costituente, inteso come compromesso sui metodi e sui fini dell'attività politica futura (dell'“agire di comunità”, secondo le parole di Weber).** Forze che, d'altro canto, hanno potuto stipulare tale compromesso proprio perché erano portatrici di principi diversi e conflittuali, radicati in parti consistenti, diverse e conflittuali, del popolo: forze che erano tali (che traevano il loro peso, la loro autorevolezza e la loro temibilità), proprio da questa loro capacità di essere portatrici (rappresentative) di quei bisogni, di quelle attese, di quei valori, di quelle visioni del mondo già per questo radicati in parti consistenti della società, e dunque, non solo effettivi come elementi identitari delle diverse “parti” sociali in conflitto, ma, una volta stipulato il compromesso, tendenzialmente effettivi (per la parte oggetto del compromesso stesso) nella società intera.

Come abbiamo fatto sopra per Weber, riportiamo qui una densa e illuminante pagina di Mortati:

*«Rimanendo nell'ordine di idee per ultimo esposte di una raffigurazione della costituzione che colleghi strettamente in sé la società e lo stato, è da ribadire quanto si è detto sull'esigenza che la prima sia intesa come entità già in sé dotata di una propria struttura in quanto ordinata secondo un particolare assetto in cui confluiscono, accanto a un sistema di rapporti economici, fattori vari di rafforzamento, di indole culturale, religioso, ecc., che trova espressione in una particolare visione politica, cioè in un certo modo d'intendere e di avvertire il bene comune e risultati sostenuta da un insieme di forze collettive che siano portatrici della visione stessa e riescano a farla prevalere dando vita a rapporti di sopra e sotto-ordinazione, cioè ad un vero assetto fondamentale, che si può chiamare “costituzione materiale” per distinguerla*

da quella cui si dà il nome di “formale”, per indicare il conferimento di una specifica forma consistente nella raccolta, in uno o più documenti scritti, delle norme che si intendono collocare al sommo della gerarchia delle fonti. Se a queste ultime si affida una funzione di rafforzamento delle garanzie di conservazione della sottostante compagine sociale, non è tuttavia da dimenticare che è in quest’ultima, nell’effettivo rapporto delle forze da cui è sostenuta che deve trovarsi il vero supporto dell’ordine legale. Compagine che, come si è detto, deve presupporci fornita di un’intrinseca giuridicità, la quale si esprime e si fa valere come “fatto normativo” o, in altri termini, come realtà comunitaria ordinata, all’infuori di modelli normativi precostituiti, in modo da realizzare un sistema di rapporti gerarchizzati secondo criteri di dominio e di soggezione (...).

Una volta chiarito così il rapporto fra le due visuali sotto cui la costituzione dev’essere riguardata, appare priva di fondamento la censura di dualismo rivolta contro l’attribuzione di rilievo giuridico alla costituzione materiale, poiché viceversa è la concezione dell’ordine sociale come sintesi di essere-dovere la sola valevole a ricondurre ad unità il complesso delle sue manifestazioni di vita. Ciò appare chiaro quando si pensi che di solito si affida alla costituzione formale una funzione di rafforzamento delle posizioni di potere dominanti sicché alla sua osservanza sono in certa misura interessati i titolari delle medesime. Ma, appunto in considerazione della funzione strumentale che ad essa viene ad essere attribuita, l’osservanza stessa rimane condizionata alla sua congruenza rispetto agli interessi cui è finalizzata. Interessi che si fanno valere, in via ordinaria, attraverso i procedimenti di attuazione dei principi consacrati nel testo costituzionale, affidati ad organi sottoposti all’influenza delle forze dominanti e da esse indotti ad interpretarli in modo da consentire mutamenti più o meno sostanziali del loro significato e della loro portata; o in via straordinaria con le deroghe, le sospensioni o la rottura dell’ordine che ad essi si ricollega. Il che porta a far ritenere che la validità del sistema non è deducibile dalla legalità, cioè dall’osservanza dei precetti di legge, ma che viceversa quest’ultima, in tanto opera come fattore di ordine, in quanto si colleghi alla profonda struttura politico-sociale che le conferisce legittimazione.

Il grado di armonia o di distacco della costituzione formale rispetto a quella materiale si presenta più o meno accentuato secondo la diversità delle situazioni storiche. Il massimo di convergenza si realizza quando la costituzione scritta si inserisca in un ordine sociale stabilizzato (o in via di stabilizzazione, come risultato di un movimento che, rovesciato un vecchio ordine, tende a precludergli ogni conato di riviviscenza) intorno a un ben definito sistema di rapporti e di valori, in confronto al quale essa viene ad assumere la funzione che si è detta di “bilancio”, nel senso di attestare la realtà di principi incorporati e già viventi nell’organizzazione della società in tutto omogenea nelle sue componenti. ... L’omogeneità sociale non deve essere intesa in senso naturalistico come qualche cosa di dato e di permanente, poiché è facile convenire nella constatazione che ogni società politica è caratterizzata da una molteplicità di interessi, in parte contrastanti fra loro, che, per la disuguaglianza di posizione dei loro portatori, sono diversamente rappresentati e fatti valere. L’omogeneità è quella che le classi dominanti riescono a realizzare con il ricorso a mezzi diversa-

*mente utilizzabili secondo le particolarità delle situazioni ambientali. Così la stabilità dei regimi liberali ottocenteschi, a struttura censitaria, fondati sul dominio dei ceti borghesi era ottenuta ponendo al margine della vita politica la parte più numerosa della popolazione, lasciata in uno stato amorfo e inarticolato perché privata dell'esercizio dei diritti che avrebbero potuto darle una voce nello stato e consentirle di esplicitare una sua influenza. Nei regimi contemporanei di tipo "totalitario" (che non possono sottrarsi al rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti politici) l'omogeneità si raggiunge con altri strumenti e principalmente con l'opera capillare di compressione esercitata dal partito unico di stato. Differente invece il caso delle costituzioni che emergono da uno stato di contrasto fra le loro statuizioni ed una realtà sociale radicata in strutture ancora salde, ma tuttavia oppugate da nuove forze che ne contestano in tutto o in parte la legittimazione e tendono a superarle, senza però aver raggiunto l'efficienza necessaria a tal fine. In questa ipotesi i testi costituzionali assumono l'aspetto di "programmi", che presentano una gamma diversa di formulazioni poiché in alcuni casi il programma si esaurisce in solenni proclamazioni di principio, che non trovano corrispondenza nelle norme che avrebbero dovuto farne applicazione, mentre in altri, come è avvenuto pure in modo caratteristico nella costituzione tedesca del 1919, le enunciazioni programmatiche sono state svolte in un'analitica articolazione riguardante i vari rapporti di vita associata, senza che essa riuscisse ad acquistare effettività» [C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, IX ed., 1975, pp. 30-31, 35-36].*

**Dunque: la classe politica è quella frazione delle forze dominanti composta da quelle che sono state autrici – e poi continuatrici, sostenitrici, portatrici – del compromesso costituente.** Non è il caso di approfondire in questa sede l'interrogativo se vadano comprese nella classe politica anche quelle forze sociali che hanno "tiepidamente avallato" (o non troppo ostacolato) le forze protagoniste del compromesso. Volendo fare un riferimento alla nostra storia del periodo costituente: le associazioni degli industriali e degli agrari che avevano propiziato l'avvento del regime fascista, il Vaticano, la burocrazia e larga parte dell'esercito, i repubblicani e i monarchici irriducibili, che non parteciparono ai lavori della Costituente (a differenza di altri settori monarchici), ma che però non tentarono una disperata lotta armata ... devono essere considerate "forze costituenti" e dunque "classe politica"? È preferibile rispondere di no, per evitare di cadere in un mondo nebbioso o in una notte nera in cui niente è distinguibile. Ma qui torna il discorso delle sfumature: valga per tutti il problema dei mezzi di comunicazione, ieri come oggi. I proprietari dei giornali, delle televisioni, dei mezzi informatici ... sono i facitori dell'opinione pubblica, più degli stessi uomini politici. E allora? sono o no parte della classe politica? E i proprietari del capitale finanziario e dei mezzi di produzione, che con le loro decisioni possono mettere in ginocchio le economie nazionali (sciopero degli investimenti, trasferimento e occultamento dei capitali in paradisi fiscali, evasione tributaria, delocalizzazione delle industrie manifatturiere, comportamenti giugulatori e in ottica di brevissimo termine nell'investimento dei capitali internazionali, uso di strumenti finanziari opachi e truffaldini – i c.d. derivati –, ricorso privilegiato

al *shadow banking*, cioè a quegli intermediari che agiscono sui mercati finanziari al di fuori del sistema di vigilanza e di regolamentazione propri delle banche commerciali di deposito ...) fanno parte o no della classe politica?

Se si ritiene che abbia, o possa, ancora avere un senso la separazione della politica dall'economia, allora è meglio rispondere di no. Non per chiudere gli occhi davanti alla realtà (che andrà anzi sempre meglio conosciuta, contro le manipolazioni) ma per poter continuare a pretendere che la costituzione in senso formale (scritta o non scritta) sia intesa come il suggello, la formalizzazione, la determinazione specifica dei principi che formano (che hanno formato) il contenuto essenziale del compromesso costituente (indipendentemente dalla permanenza dei soggetti storici che quel compromesso vollero) e dunque le linee guida secondo le quali la società avrebbe dovuto svilupparsi. Quel contenuto, in via di fatto – mediante un atto di forza contro la costituzione, anche sorretto dall'inebriato consenso popolare – potrà essere cambiato. Ma allora si dovrà avere coscienza (per quanto riguarda l'attualità del nostro Paese) che la costituzione – sorta dalle macerie del dopoguerra proprio per evitare che potessero ripetersi i disastri che causarono quelle macerie – è finita. Si dovrà navigare verso altri lidi.

**In tal modo si chiarifica il rapporto tra costituzione e classe politica: nel senso che la costituzione è un compromesso – più o meno vicino all'“accordo” o solo all'“armistizio”, un *covenant*, un patto, un contratto che dir si voglia – stipulato tra forze politiche diverse (che nel loro insieme formano la classe politica) che fissano delle *regole*, e dunque degli obblighi per i loro comportamenti futuri.**

Per questa via si esce dal campo della politica e si entra nel campo delle regole, cioè del diritto. Si esce dal campo dei fatti e si entra in quello delle norme; si esce dal campo dell'“essere” e si entra in quello del “dover essere”.

La costituzione, bisogna allora immediatamente precisare, in attesa di tornare sulla questione, come insieme di norme che impongono un insieme di “obblighi”, può essere scritta (e in questo senso si dovrà parlare di costituzione documentale, o di costituzione atto, o di carta costituzionale) o non scritta (e in questo caso si dovrà parlare di costituzione consuetudinaria). In un caso e nell'altro – è questo l'oggetto della precisazione – si tratta di costituzioni-norme, cioè di costituzioni composte di norme giuridiche, in senso pieno e proprio, anche se le consuetudini sono un dato ravvicinatissimo al fatto, essendo “credenze”, dunque norme, ma per definizione già stabilmente radicate nella mente dei cittadini, i quali le seguono e rispettano con i loro comportamenti avendo perso la stessa cognizione della possibilità di comportamenti contrari. La distinzione tra costituzione in senso antico e costituzione in senso moderno sta essenzialmente in questo. Non nel fatto che solo la seconda sia normativa, come legge superiore, mentre la prima sarebbe la mera descrizione del modo d'essere spontaneo di una società; ma nel fatto che la normatività della prima si era formata attraverso l'esperienza storica che aveva radicato nelle menti l'obbligatorietà di certe regole come legge superiore, mentre la normatività della seconda deriva da un atto consapevole fatto in un momento storico preciso (l'atto costituente).

A questo punto del discorso è opportuno concentrarci sulle caratteristiche di

quel fenomeno che definiamo con la parola “diritto”, e che, nelle pagine precedenti, siamo stati costretti a toccare, ma in modo solo superficiale ed evocativo, confidando sulla nozione intuitiva che tutti possiedono. Al termine di questa seconda parte del capitolo introduttivo, il discorso sul diritto costituzionale potrà continuare intrecciando i profili giuridici e quelli politici, ma tenendo sempre ben distinte le regole dai fatti regolati.

## Parte II

### IL DIRITTO: REGOLARITÀ, REGOLE, REGOLE GIURIDICHE

SOMMARIO: 1. Le regolarità. – 2. Le regolarità di comportamento degli esseri viventi. – 3. Le regole come prescrizioni, e non come descrizioni di regolarità. – 4. L'elemento generatore del diritto: giusnaturalismo e giuspositivismo. – 5. Il diritto positivo. – 6. Due definizioni del diritto positivo. – 7. Il diritto come tecnica neutra rispetto ai fini penultimi. – 8. I fini ultimi intrinseci al diritto come tecnica. – 9. Diritto e società.

#### 1. Le regolarità

Fin dalla più remota antichità gli uomini, osservando il cielo stellato, hanno constatato delle regolarità nel moto degli astri. Ancora oggi siamo stupefatti delle sofisticate e complesse conoscenze astronomiche degli Egizi. Queste conoscenze, e tutte quelle accumulate successivamente, fino a oggi, possono essere espresse con la parola “leggi”: le leggi dell'astronomia. In epoca più recente gli uomini hanno osservato regolarità di altro genere, e sempre più precise e complesse, nel mondo fisico: nel mondo delle molecole, degli atomi, delle particelle sub-atomiche ... E anche a questo proposito parliamo di “leggi”: le leggi (o le regole) della fisica, della chimica ...

In questi casi la parola “legge” (o regola) significa “**regolarità**”. Dal nostro punto di vista è importante sottolineare che la constatazione di una regolarità (esaminate  $x$  molecole di acqua, sempre la loro composizione chimica risulta essere  $H_2O$ ) induce a formulare “previsioni”, cioè a ritenere che la regolarità si verifichi sempre. Quando esaminerò la  $x$  millesima + 1 molecola di acqua, la sua composizione *dovrà* essere  $H_2O$ . E così, sulla base di regolarità riscontrate per millenni, nel futuro giorno  $x$  dell'anno  $y$ , la stella  $z$  dovrà trovarsi nella posizione  $a$ .

Come è dimostrato chiaramente da ciò che avviene quando una determinata ricerca scientifica, volta a stabilire una determinata regolarità (ad es.: il farmaco  $x$  produce l'effetto  $y$ ), si trova nella fase sperimentale, può accadere che la regolarità venga “falsificata”, cioè che venga accertato un fatto, causato da  $x$ , diverso da  $y$ . La regolarità andrà dunque riformulata, e si dovrà dire: l'assunzione del farmaco  $x$  produce l'effetto  $y$  oppure l'effetto  $z$ . In ogni caso, **tutte le regolarità derivanti dall'osservazione, sono sempre, concettualmente, soggette alla possibilità di falsificazione**, perché non è possibile dimostrare che ciò che è sempre accaduto continuerà sempre ad accadere. Usiamo infatti l'espressione



“rivoluzione scientifica” per indicare quelle scoperte (cioè quelle descrizioni di fatti nuovi) che falsificano regolarità precedentemente ritenute inattaccabili (si pensi alla “rivoluzione copernicana”).

In ogni caso: l’uso della parola “legge” e dell’espressione “deve” – per indicare le regolarità (“legge”) e il rapporto tra regolarità e fatti futuri (simili a quelli la cui osservazione ha condotto a formulare la regolarità) che “dovranno” conformarsi alla regolarità e così confermarla – dimostra che nel linguaggio comune è radicata la tendenza a proiettare sul futuro le regolarità, che “dovranno” essere “rispettate” perché non si prevede la possibilità di una loro falsificazione.

È necessario a questo punto un importante chiarimento.

Le proposizioni “se vuoi che si accenda la lampadina *devi* premere l’interruttore”, “se vuoi che la pianta di rose fiorisca *devi* concimarla con il concime  $x$  e *devi* bagnarla ogni  $y$  giorni”, “se vuoi fare un’abbondante vendemmia *devi* irrorare il vigneto con l’antiparassitario  $z$ ” ... sono tutte espressioni che esprimono dei rapporti di “causalità” (non di “doverosità”, come vedremo in seguito, anche se si usa il verbo “*devi*” per indicare il rapporto medesimo): il fatto  $x$  (premere l’interruttore) è causa del fatto  $y$  (l’accensione della lampadina). Questi rapporti di causalità non sono espressione di un nesso di “necessità” assoluto, logicamente vero, inviolabile, ma solo della presunzione di non falsificabilità della regolarità stessa, a causa del lungo arco di tempo nel quale è stata osservata. E la intrinseca fragilità di questi nessi emerge chiaramente ove si pensi alla proposizione “se vuoi guarire da questa malattia *devi* prendere questo farmaco”: la storia della medicina è, anche, la storia di nessi di causalità rivelatisi falsi.

## 2. Le regolarità di comportamento degli esseri viventi

Gli esseri viventi (le piante, gli animali) appartengono a specie diverse. Gli esseri che appartengono alla stessa specie sono tra loro legati dal rapporto di procreazione, e sono – in conseguenza di ciò – portatori di uno stesso patrimonio genetico (l’ape e la vespa sono diverse e non si possono accoppiare). Se li osserviamo, individualmente o nei gruppi in cui talune specie necessariamente vivono, e ne registriamo per un periodo sufficientemente lungo le modalità di vita, constatiamo che non si comportano in modo disordinato, casuale e imprevedibile, ma in modo ordinato, regolare e (dunque) prevedibile. Noi possiamo perciò dire che la foresta di abeti, o il branco di lupi, o lo sciame di api hanno determinate caratteristiche di comportamento: presentano cioè certe regole secondo le quali si comportano i singoli esseri (abeti, lupi, api ...) e il gruppo cui appartengono.

Anche qui regola significa regolarità, cioè, continuità, costante ripetitività. Date certe condizioni, l’abete si comporterà sempre nel tal modo, il lupo nel tal altro, e nel loro complesso, la foresta sempre nel tal modo e il branco nel tal altro.

Queste regole, abbiamo detto, caratterizzano la specie di questi esseri viventi. È l'appartenenza del singolo essere (e degli altri con i quali vive in gruppo) a una stessa determinata specie che determina in lui (e nei suoi compagni, in modo uguale) quelle regolarità di comportamento che noi – come osservatori – possiamo constatare, sintetizzare e formulare come “regole”. Quale sia l'origine di tali regole, come si siano formate negli esseri osservati, quale ne sia la causa obbligente, quale sia la loro matrice bio-neurologica, come si trasmettano da un essere all'altro, quale influenza possa avere l'ambiente sul loro modificarsi (si pensi ai fenomeni dell'addomesticamento e dell'addestramento di certe specie animali, o del loro apprendimento spontaneo) non è nostro compito indagare, ma della biologia, delle neuroscienze e della etologia. Qui è sufficiente sottolineare che **la vita dei singoli esseri viventi, nei loro rapporti con l'ambiente e con gli altri esseri della stessa specie con cui vivono in società, si svolge secondo determinate regolarità che sono diverse da specie a specie** (e in questo senso si può dire che esse derivano dalla specie, e cioè che disciplinano la vita degli individui che ne fanno parte).

**A differenza degli altri esseri viventi, l'uomo vive in società disciplinate non solo dal complesso di regole derivanti dalla specie, ma da più insieme, o ordini, o complessi di regole: si tratta di regole che l'uomo stesso crea e si pone in modo cosciente.**

Giovanni Pico della Mirandola, ricostruendo la creazione, all'inizio della sua *Oratio de hominis dignitate* (1486), fa dire al Creatore, rivolto all'uomo:

*«La natura agli altri esseri, una volta definita, è costretta entro le leggi da noi dettate. Nel tuo caso sarai tu, non costretto da alcuna limitazione, secondo il tuo arbitrio, nella cui mano ti ho posto, a decidere su di essa».*

Chiedersi – al di fuori di una prospettiva teologica – quale sia il perché e l'origine di questo “arbitrio”, equivale a chiedersi in che cosa consista la diversità tra l'uomo e gli altri esseri: quale sia cioè quella caratteristica, propria soltanto dell'uomo, che gli consente, appunto, di non vivere unicamente secondo le regole naturali, biologiche, proprie della sua specie, ma anche secondo altre regole, che egli stesso si pone consapevolmente. La risposta che si suole dare a questa domanda (la coscienza e la libertà, cioè la capacità di comprendere il perché delle azioni, e di giudicarle, ossia di avere consapevolezza dei loro fini e del loro valore: se “buone o cattive”, se “utili o inutili o dannose”) si limita a constatare l'esistenza indubbia di queste qualità. Ma altro è spiegare come essa sorga, come avvenga cioè il passaggio – e se vero passaggio ci sia – dalla vita neurologica a quella della coscienza.

La spiegazione del legame che intercorre tra questa qualità specifica dell'uomo e la sua natura biologica, la spiegazione del rapporto tra la coscienza e i fenomeni fisici che si producono nel cervello, e cioè la spiegazione della base neurologica dei comportamenti umani, è tuttora un enigma (o comunque un enorme problema in larga parte inesplorato) dal punto di vista scientifico. La discussione su questi temi appartiene alla neurologia, alla filosofia e alla teolo-

gia, e non può qui essere svolta. Certo, è un problema affascinantissimo quello posto dalla domanda se l'essere (il mondo in tutti i suoi aspetti, naturali e culturali) preceda la libertà, o se la libertà preceda l'essere. Il punto è che rispondere positivamente alla prima domanda significa ammettere che il mondo è determinato, cioè non libero: significa ammettere che non siamo liberi. Se ciò "che è" precede – rende pensabile, immaginabile, e dunque oggetto di una scelta, e dunque possibile – "ciò che può essere", significa che la scelta di "ciò che può essere" è circoscritta dall'ambito di "ciò che è". Da questo punto di vista si dovrà dire – contaminando il discorso filosofico con quello scientifico – che la limitatezza dei circuiti neuronali consente all'uomo una libertà grandissima, uno spettro incalcolabile di scelte, data l'enormità del loro numero, ma pur sempre finita. La discussione potrebbe continuare sottolineando come il concetto di "finito" non coincide con quello di "limitato". Si pensi a un insetto (una mosca) che cammina su una sfera. La superficie di una sfera è certamente "finita". La si può esattamente calcolare. Ma la mosca, nel suo camminare sulla sfera "finita", incontra dei limiti? Certo no. Dunque le possibilità di traiettorie del suo cammino, di ritorni, deviazioni, salti, scarti ... sono illimitate. Ma che differenza c'è, esattamente, tra dire che sono un numero altissimo (miliardi di miliardi ...), illimitate o infinite? Una differenza sicuramente c'è. Ma, abbiamo già detto, questa discussione non può qui essere sviluppata.

Limitiamoci a rilevare che la coscienza comporta la capacità di giudizio (libera, per lo meno in quanto vastissima), e dunque la capacità di formulare anche giudizi generali (altrettanto liberi). **Quel che a noi interessa in questa sede è sottolineare il fatto che formulare giudizi generali è la premessa per formulare regole ("uccidere non è bene, dunque non si deve uccidere"). Ma chi è che formula questi giudizi e, conseguentemente, queste regole?**

### 3. Le regole come prescrizioni, e non come descrizioni di regolarità

Il concetto di regola assume qui un significato diverso da quello prima visto: **la regola non esprime più una regolarità riscontrata, non è più fondata sull'osservazione di comportamenti costanti, ma esprime un dovere, una prescrizione, vuole imporre una regolarità, è fondata su un giudizio.**

**Le società umane sono disciplinate da una pluralità di ordini di regole, diverse per origine e per qualità.** Nella nostra esperienza quotidiana e nel corso dell'esperienza storica dell'umanità, in ogni forma di vita umana associata, sono presenti regole, che prescrivono il nostro modo di parlare, vestire, alimentarci, comportarci, ecc.

Diciamo infatti che esistono regole imposte dalla natura (gli adulti devono crescere i bambini ...), dai costumi (i bambini non devono combattere in guerra; non devono svolgere certi lavori ...), dalla morale (non fare agli altri ciò che non vorresti che gli altri facessero a te; se qualcuno ti ha fatto un favore, devi essergli grato; se un uomo sacrifica la sua vita per il suo paese, la sua memoria

deve essere onorata ...), dalla religione (ricordati di santificare le feste; se un uomo commette un peccato, deve farne penitenza ...), dalla moda (chi si veste *casual* non deve indossare la cravatta ...), dall'autonomia delle organizzazioni sociali (gli ordinamenti interni delle confessioni religiose, gli statuti delle infinite associazioni, società ...), dal diritto (chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ...; nei centri urbani è vietato guidare gli autoveicoli a velocità superiore a ... km/h.), dalla volontà dei singoli attraverso i contratti (le clausole di un contratto di locazione ...), gli atti unilaterali (testamenti ...) ...

**Il diritto è dunque uno dei numerosi sistemi di regole che disciplinano la vita degli uomini.**

#### 4. L'elemento generatore del diritto: giusnaturalismo e giuspositivismo

**Ma chi stabilisce le regole che compongono il diritto?**

**Si apre qui, in risposta a questa domanda, una grande dicotomia: quella tra giusnaturalismo e giuspositivismo.**

Il primo modo di pensare (il **giusnaturalismo**) afferma che le regole fondamentali del diritto sono inscritte nella natura dell'uomo, sono scolpite nel profondo dell'animo (o, per lo meno, della struttura psichica) di tutti gli uomini. Si può pensare che l'intero cosmo (l'insieme di tutti gli esseri, minerali, vegetali, animali) posseda un ordine che gli è stato impresso dal Creatore o si può pensare che la natura, in tutte le sue manifestazioni, sia regolata da una legge che le è intrinseca. Il punto di fondo è che i giusnaturalisti ritengono che la mente umana sia in grado di comprendere il disegno divino o la legge intrinseca del mondo naturale, che la ragione di tutti – uguale in tutti – possa ritrovare l'uno o l'altro: con la ricerca scientifica e con la speculazione filosofica o teologica. È chiaro quindi che il giusnaturalismo può essere connesso a una fede oppure ateo, può essere progressista o reazionario ... Anche il razzismo è una forma di giusnaturalismo.

Il secondo modo di pensare (il **giuspositivismo**) afferma che l'intero diritto (di tutti i popoli, in tutte le epoche) non è mai un fatto “naturale”, ma sempre e solo “culturale”. Ciò significa che il diritto è un fenomeno artificiale, interamente costruito dall'uomo – o, meglio, dalle società umane – e dunque che non esiste altro diritto se non quello “posto”, cioè “fatto”, entro una certa società.

Un punto di contatto tra i due sistemi di pensiero certamente c'è, e consiste nel fatto che anche il più radicale positivista non può negare che l'esistenza della società umana, o, se si vuole, della civiltà umana, dipende da una regola “naturale”: quella che impone che un diritto “positivo” esista, venga stabilito, per evitare la totale anarchia, e dunque la fine della stessa specie umana.

La distinzione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico è molto complessa e profonda, e la storia mostra un continuo oscillare tra l'una e l'altra conce-

zione. Ne tratteremo più avanti. Per ora, conformemente alle premesse poste – discutendo del rapporto tra gruppo politico, fini (o contenuti) politici, e regolamentazione dell'uso della forza (cioè “diritto” preventivamente posto per fatti determinati) – limitiamoci a dire che seguiremo la concezione positivista del diritto. Più precisamente, che **seguiremo la concezione positivista del diritto così come rielaborata da Hans Kelsen, e da coloro che ne hanno seguito l'impostazione di fondo dando vita alla scuola analitica del diritto.**

Ovviamente, ciò non significa affatto rinchiudersi dentro il recinto delle leggi, guardare solo a esse e voltare ottusamente le spalle a tutto ciò che non è diritto positivo. Ciò significherebbe non riconoscere che gli uomini, nel “fare” il diritto, nello stabilirlo, seguono concezioni religiose, filosofiche, morali, e dunque valori, ideali, speranze, utopie, passioni ... cui s'ispirano e che alimentano le loro visioni del mondo (della natura e della cultura) e del diritto come “dovrebbe essere”. **Di qui la necessità di distinguere accuratamente il momento della progettazione del diritto, dell'immaginazione del diritto, della politica del diritto, della lotta per il diritto, da quello dell'interpretazione-sistematizzazione-applicazione del diritto una volta che sia “posto”.**

È per questo che abbiamo aggiunto un ulteriore Virgilio alla schiera delle nostre guide: Hans Kelsen, il più grande giurista del Novecento, e anche uno dei più fraintesi, autore di **una teoria pura del diritto** che è una cruna entro la quale tutti i giuristi devono passare. Il grande merito di Kelsen è di essere stato il ricapitolatore di tutta la tradizione del positivismo giuridico, e di averla depurata degli elementi che, pur essendo tipici della società liberale – e dunque storici – erano stati considerati come propri del diritto in quanto tale (del diritto come fenomeno “eterno”). Così depurato, il diritto poteva essere usato dalle “nuove società” che il Novecento stava partorendo: da quella comunista a quella del New Deal roosveltiano a quelle democratiche del dopoguerra. Dotato di una vastissima cultura filosofica, storica, sociologica, antropologica, e di una forte tensione morale e politica, proprio per questo **Kelsen ha inteso “purificare” la teoria del diritto da ogni riferimento (interno) a elementi filosofici, storici, sociologici, antropologici, morali e politici per individuare il carattere proprio e specifico del diritto, e cioè quello della validità degli ordinamenti giuridici, lasciando a discorsi diversi – filosofici, storici, sociologici, antropologici, morali ..., e cioè alla responsabilità politica dei singoli popoli e delle singole forze che in essi agiscono e orientano il sentimento pubblico – il compito di determinare i contenuti, i fini e i valori politico-culturali-economici perseguiti dai diversi ordinamenti.** Sul fondamentale concetto di validità torneremo più avanti.

## 5. Il diritto positivo

In via di prima approssimazione possiamo dire che **il diritto (positivo) consiste nell'insieme delle regole/prescrizioni poste dal gruppo politico in quanto utili, funzionali, ai propri fini (al tipo di ordine che il gruppo politico vuole imporre e**

**mantenere su un determinato territorio e sui suoi abitanti) e da questo garantite (cioè fatte rispettare) con la forza.** In questa definizione vanno fatte rientrare sia le regole che il gruppo politico pone a se stesso, e cioè alla classe politica (ad es.: il potere di governo deriva solo dalla fiducia parlamentare; il potere legislativo è soggetto al controllo di costituzionalità; il finanziamento dei partiti è disciplinato ...), sia quelle che esso pone agli individui soggetti al suo dominio (ad es.: chi commette un furto è punito ...). Per “forza” si deve intendere, come abbiamo visto, proprio la “coercizione fisica”. Gli ordinamenti giuridici premoderni autorizzavano l’applicazione della sanzione attraverso il ricorso alla violenza privata. **Gli ordinamenti giuridici moderni si caratterizzano per il divieto del ricorso alla violenza privata come conseguenza dell’acquisito monopolio della forza fisica da parte di quel soggetto politico, caratteristico della modernità, che è lo Stato.**

Nelle fasi più evolute della nostra storia la coercizione fisica non è dunque una qualunque forza brutta, drastica ed efficace, ma la “coercizione fisica legittima”: quella esercitata dal potere statale in quanto monopolista della forza, e come tale, unico potere in grado, proprio in quanto monopolista, di pre-disciplinare l’uso attraverso un sistema di regole. Un potere, in quanto tale, consacrato e percepito come “legittimo”. Le regole di diritto sono dunque quelle che contengono degli obblighi voluti e imposti dal gruppo politico (oggi lo Stato) e che vincolano i cittadini perché lo Stato minaccia di applicare con la sua forza un “male” a chi non le rispetta.

Le regole di diritto vengono usualmente chiamate **regole giuridiche**, dalla parola latina *ius*, che significa diritto. Questa parola nella nostra lingua si è persa (una volta il diritto veniva anche chiamato “il giure”). Sopravvive solo più nelle parole composte, come appunto giuridico, o giustizia, giudice, giudiziario, giurisdizionale, giureconsulto, giuscibernetica, giuscivilistica (materia), giuslavoristica (*idem*), giusnaturalismo, giuspositivismo ...

È importante ancora sottolineare un aspetto di carattere generale: **le differenze tra i diversi ordini di regole non possono essere stabilite in base a rispettivi contenuti tipici, o propri.** A seconda dei diversi contesti culturali e storici una stessa regola può essere percepita, e dunque definita, dal gruppo sociale come di costume, o morale, o religiosa, o giuridica. Si pensi, ad esempio, al divieto di bere alcool, che nei paesi islamici è insieme regola religiosa e giuridica, mentre nei paesi occidentali è solo una regola di igiene alimentare, ma è stata in certi periodi anche regola giuridica (negli Stati Uniti all’epoca del proibizionismo), e lo è tuttora per certe categorie di soggetti (gli automobilisti).

## 6. Due definizioni del diritto positivo

Dopo aver risposto alle domande: “che cosa è il diritto?” e “chi lo fa?” ci possiamo ancora chiedere: “come è fatto il diritto?”

A questa domanda si possono dare due tipi di risposte: la prima vuole defi-