



2021

Osservatorio sulla legalità

MATERIALI PER UNA CULTURA DELLA LEGALITÀ

a cura di GIUSEPPE ACOCELLA



G. Giappichelli Editore

Prefazione

L'ottavo volume dei *Materiali per una cultura della legalità* viene pubblicato dopo un anno nel quale la vita sociale ed istituzionale è stata condizionata pesantemente dagli effetti in termini economici e relazionali che la Pandemia da Covid-19 ha imposto alla collettività. Anche la legalità ha dovuto subire scossoni violenti, avvertendosi nella popolazione come nella stampa, e anche in sede parlamentare, un crescente allarme per le modificazioni non lievi intervenute nell'uso dei poteri emergenziali, con conseguenti polemiche sul temuto svuotamento – a causa dell'uso continuato dei d.P.C.M. per lungo tempo, anche in periodi di cessata urgenza, tema su cui sono intervenuti giuristi del calibro di Sabino Cassese, Antonio Baldassarre, Cesare Salvi – delle tutele costituzionali, in specie in tema di libertà personali, e di fronte al disinvolto utilizzo del principio di derogabilità della normativa ordinaria da parte di fonti emanate in regime emergenziale. L'*Osservatorio sulla legalità* ha ritenuto che, rispondendo agli obiettivi che persegue dal 2013, dovesse tener conto di questo ambito che si è prepotentemente imposto alla valutazione del principio di legalità, non disperdendo però la continuità su un ampio spettro di campi d'indagine ai quali rivolge da sempre il suo interesse.

Pertanto il volume che qui si pubblica anche nel 2021 esamina e analizza diversi profili che il fondamentale tema della legalità presenta nella nostra società, privilegiando, per le ragioni sopra esposte, le visuali legate al momento storico dell'emergenza – che sono approfondite da giuspubblicisti e scienziati della politica come S. Staiano, F. Musella, G. D'Alessandro, C. Acocella, C. De Angelis – le quali si collegano alle interviste ad un maestro del diritto costituzionale e del rapporto Stato-regioni (oggi al centro del dibattito) come Michele Scudiero, e ad un magistrato, la cui libertà di giudizio e la battaglia civile e morale sui temi del rispetto della legalità sono proverbiali, come Carlo Nordio. Il percorso di ricerca sugli ambiti in cui il principio di legalità affronta significative sfide è affidato quest'anno ad A. Merone ed A. Maietta, nonché ad uno studio di particolare delicatezza nel quale R. Caprioli e L. Giacomardo affrontano i percorsi di armonizzazione tra legalità sportiva e legalità statale, che hanno generato un intenso dibattito negli ultimi tempi. Né viene tralasciata l'attenzione al problema della percezione

della legalità nel mondo giovanile, che viene esaminato dal saggio di P. Rella e L. Rossotti.

Il volume si apre con un doveroso ricordo dell'anniversario della scomparsa di Max Weber, che della legalità fu un indagatore tra i più autorevoli ed acuti, come dimostra il saggio di H. Hofman, della cui traduzione finissima va reso omaggio ad A. Carrino.

La sezione della *Biblioteca della legalità* si giova quest'anno in specie del contributo offerto dai ricercatori si sono raccolti intorno all'Osservatorio sulla Legalità, rendendolo un centro di ricerche e studi affermato ed apprezzato nella comunità degli studiosi, come G. Ridolfi, A. Scoppettuolo, S. Sepe, D. Forestieri, E. Crobe, E. Fiorillo, nonché da studiosi come V. Rapone, A. Parma e G. Aliquò. Il volume si chiude con una scheda della *Biblioteca* dedicata a un volume del Prefetto Carlo Mosca, prezioso e colto collaboratore dell'Osservatorio sulla legalità, che ci ha prematuramente lasciato in questo anno terribile. Ci mancheranno il suo stile e la sua amicizia operosa.

L'Istituto di studi politici "S. Pio V" intende dunque continuare a sostenere lo sforzo che gli otto volumi finora editi inequivocabilmente documentano, e che costituiscono oggi un patrimonio di riferimento per la conoscenza ed il dibattito su una questione sostanziale per le società democratiche e per lo Stato di diritto come il principio di legalità.

Paolo De Nardis
Il Presidente dell'Istituto "S. Pio V"

Giuseppe Acocella
Il Coordinatore dell'OSLE

Hasso Hofmann

*Legittimità e legalità.
Per la critica della sociologia del potere
di Max Weber (*) (**)*

Sommario:

I. Introduzione. – II. I fondamenti testuali. – 1. “L’etica economica delle religioni universali” – Introduzione. – 2. “I tre tipi puri di potere legittimo”. – 3. “Economia e società”: “Dottrina sociologica delle categorie” (Capitolo terzo). – 4. “Economia e società”: “Sociologia del potere”. – 5. “Economia e società”: “Dottrina sociologica delle categorie” (Capitolo I). – III. Il rapporto tra i concetti di legittimità e legalità. – 1. Legittimità della legalità. – 2. Legittimità contro legalità. – 3. Razionalità della legalità rispetto al valore. – 4. Legittimità e legalità in circolo. – IV. Ordinamento legittimo e potere legittimo. – 1. Orientamento orizzontale e orientamento verticale. – 2. La prospettiva storica. – V. Il potere non-legittimo della città: radici di un quarto fondamento di legittimità?

(*) *Questo saggio è dedicato al Professor Dr. Agostino Carrino in occasione del suo 70° compleanno.*

(**) Credo che questo saggio, pubblicato in tedesco in forma ridotta in *Politeia. Liber Amicorum Agostino Carrino* (Mimesis, Milano, 2020) e in versione completa (qui tradotta) nella *JuristenZeitung* del 19 giugno 2020 (pp. 585-593), sia l’ultimo lavoro del giurista e filosofo tedesco, scomparso il 21 gennaio 2021 nella sua Würzburg all’età di 86 anni. Ad Hasso mi legava un rapporto di amicizia risalente alla metà degli anni Novanta del secolo scorso e la sua scomparsa lascia un vuoto incalcolabile. Hasso era non solo uno studioso di alto livello e di profonda sensibilità, ma anche un uomo di cultura eccezionale, amico dell’Italia e della sua storia. Allievo di Karl Löwith, fu professore di Diritto pubblico e filosofia politica e giuridica prima nell’Università di Würzburg, poi, dopo la riunificazione, nella Facoltà giuridica della Humboldt-Universität zu Berlin, insignito di varie lauree honoris causa. A lui, autore di un pionieristico lavoro su Carl Schmitt che feci anche tradurre in italiano, dedicammo non a caso un convegno i cui atti furono pubblicati in *Diritto e cultura* (1999/1-2: *Legittimità e legalità in Carl Schmitt. Scritti in onore di Hasso Hofmann*). Musicologo raffinato e conoscitore della storia dell’arte, era uomo di grande cordialità e affabilità e così specialmente mi piace ricordarlo.

Alla sua umanità e alla sua scienza devo molto e mancherà sia a me sia a mia moglie, Giuliana Stella, e a nostra figlia Mariella, che di Hasso e di Barbara Hofmann fu spesso ospite nella loro casa di Würzburg e anche in quella di Berlino.

Nel centenario della morte di Max Weber questo saggio – richiamandosi al famoso principio weberiano dei tre tipi di potere legittimo, soprattutto della legalità legittima – fa notare che il grande teorico dell'agire sociale proveniva dalla scuola di pensiero della scienza giuridica occidentale di ascendenza romanistica.

I. Introduzione

«La conformità al diritto (*Rechtmäßigkeit*) della fondazione non [è] una caratteristica essenziale del potere (*Gewalt*) statale». Con questa affermazione il Tribunale del Reich riconosceva nel luglio 1920 il diritto della vittoriosa Rivoluzione costituzionale del novembre 1918¹. Questa decisione delle supreme istanze giudiziarie corrispondeva alla dottrina del positivismo giuridico-statuale che a partire da C.F. von Gerber aveva equiparato il potere dello Stato (*Staatsgewalt*) al potere sovrano (*Herrschaftsgewalt*)². L'esclusione, insita in questa tesi, del criterio della legalità fu, per la verità, messa in discussione fino alla fine della Repubblica di Weimar. Ancora nell'ultima edizione del suo commentario di riferimento sulla costituzione di Weimar Gerhard Anschütz si vedeva costretto a sottolineare il fatto che «legittimità» non rientra tra gli elementi essenziali dello Stato e del diritto³. La riduzione radicale ed escludente del concetto di Stato ad un rapporto di potere portava metodologicamente alla necessaria conseguenza di una separazione delle ripartizioni classiche della dottrina dello Stato. D'altro canto, come aveva scritto Georg Jellinek, «il modo di considerazione sociale dello Stato [diventava] il correttivo necessario del modo di considerazione giuridico»⁴. Egli divideva così la sua *Dottrina generale dello Stato* in una «dottrina sociale» e in una «dottrina giuridica» dello Stato. Il problema della giustificazione non trovava di conseguenza nessuno spazio nella dottrina sociale⁵. Dopo il crollo delle monarchie il campo semantico⁶, che a partire dal Congresso di Vienna era stato dominato dal «principio di legittimità» in quanto espressione del diritto di sovranità (*Herrschaftsrecht*)

¹RGZ 100, 25 (27); sul punto Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität* (1964), 5^a ed., 2010, p. 17 ss. con ulteriori rinvii.

²Carl Friedrich von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^a ed., 1880, p. 3: «(...) il potere di governo è il potere statale». Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 4^a ed., Bd. 1, 1901, p. 64: «(L)o Stato soltanto ha potere sugli uomini» (cors. nell'originale). Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1900), 7. ristampa della 3. ed., 1960, p. 430: «Potere di dominio e quindi potere dello Stato».

³Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14^a ed., 1933 (rist. 1965), Introd., p. 5.

⁴Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 125.

⁵Ivi, p. 184 ss.

⁶Sul punto Hasso Hofmann, *Legalität/Legitimität*, in *Hist. WB Philos.* Bd. 5, 1980, col. 161.

delle dinastie ereditarie, si riaprirebbe così liberamente a nuove configurazioni giuridiche.

Max Weber – amico del collega di Heidelberg Georg Jellinek⁷ – utilizzò questa libertà, riprendendo⁸ il concetto di potere¹ (*Herrschaft*) nel senso di “potere di comando” e “obbligo di obbedienza”⁹, applicabile, dal punto di vista della storia universale, al di là dei confini del tradizionale concetto eurocentrico di Stato, all’intero ambito dell’agire sociale e facendo del problema della giustificazione l’oggetto della sua “sociologia del potere”, il cui insegnamento più famoso è la tipologia esclusivamente tripartita del potere legittimo (WuG 122 ss./I, 207 ss.)¹⁰. Con la distinzione tra legittimità tradizionale, carismatica e legale o razionale egli operava una tripartizione del concetto di potere così come una volta la dottrina classica dello Stato aveva da parte sua distinto tre forme di Stato: monarchia, aristocrazia e democrazia.

Lo storico delle costituzioni Otto Hintze, da parte sua, sottolineò, nell’ottica della storia della scienza, il livello epocale della dottrina di Weber, certificando a questa «illuminante scoperta», nella comparazione universale, una «enorme forza di penetrazione»¹¹ ai fini della chiarificazione delle strutture politiche e sociali. È stata in particolare la sociologia storica ad avvantaggiarsi della tipologia comparativa di Weber del potere patriarcale e di quello cetual-

⁷ Su ciò il profondo quadro di genere di Jürgen Kaube, *Max Weber*, 3^a ed., 2015, p. 229 ss.

⁸ Sul punto Heino Speer, *Herrschaft und Legitimität*, 1978, pp. 18 ss., 40 ss.; Andreas Anter, *Max Webers Theorie des modernen Staates*, 1995, p. 58 ss.

¹ Traduco il termine tedesco *Herrschaft* con potere. Recentemente, una nuova traduzione di *Economia e società* di Weber (Roma, Carocci) ha usato il termine “dominio”. Quest’ultima espressione è certamente corretta, conservando tra l’altro la radice *Herr*, signore, ‘dominus’, ma nella tradizione sociologica italiana l’espressione più consueta è “potere”. Indubbiamente, “potere” può richiamare il vocabolo *Macht*, ma preferisco lasciare potere ed usare per *Macht*, a seconda del contesto, forza o potere. Talvolta ho usato il termine dominio quando è apparso utile per la comprensione del testo di Hofmann (N.d.T.).

⁹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. ed. a cura di Johannes Winckelmann, 1972, p. 542; le citazioni nel testo con la sigla WuG. Sulla storia dell’opera e delle edizioni v. Johannes Winckelmann, *Max Webers hinterlassenes Hauptwerk: Die wirtschaftlichen und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte*, 1986, p. 22 ss.; Stefan Breuer, *Max Webers Herrschaftssoziologie*, 1991, p. 13 ss.; Edith Hanke, *Max Webers “Herrschaftssoziologie”*, in: Id. und Wolfgang J. Mommsen (Hrsg.), *Max Webers Herrschaftssoziologie*, 2001, p. 19 ss.

¹¹ Seguendo l’Autore, che inserisce il numero di pagina nel testo, aggiungiamo sempre nella parentesi, in corsivo, il riferimento alla pagina della traduzione italiana che usiamo, eventualmente con qualche modifica: Max Weber, *Economia e società*, trad. it. a cura di Pietro Rossi, Edizioni di Comunità, Milano, 1968 (N.d.T.).

¹⁰ Sul punto Ernst Vollrath, *Max Weber: Sozialwissenschaft zwischen Staatsrechtslehre und Kulturkritik*, in *PVS* 31 (1990), p. 102 (104); Anter, *Max Webers Theorie des modernen Staates*, cit., p. 64 ss.

¹¹ Otto Hintze, *Max Webers Soziologie* (1926), in: Id., *Soziologie und Geschichte*, 2^a ed., 1964, p. 135 (143).

patrimoniale¹². La critica scientifica allo strumentario concettuale di Weber continua ad infiammarsi su una serie di domande: come può la legalità in quanto mera conformità formale alla legge, che ha bisogno anch'essa di una giustificazione materiale, essere da parte sua fondamento materiale di giustificazione del potere? (Parte III). Come mai per Weber ci sono tre e solo tre tipi di potere legittimo, ma quattro tipi di validità legittima di un ordinamento? (Parte IV). Cosa ha a che fare ciò con il potere "illegittimo" delle città? Forse che Weber cercava qui, alla fine, ancora un quarto, particolare fondamento di potere legittimo? (Parte V). Per prima cosa ricapitoliamo i testi originali più pertinenti¹³.

II. I fondamenti testuali

1. "L'etica economica delle religioni universali" – Introduzione

La tipologia weberiana del potere legittimo appare per la prima volta nella sua Introduzione alla *Etica economica delle religioni universali*¹⁴ III. Questo grande abbozzo di sociologia comparata delle religioni, che appare a partire dal 1915, prosegue il lavoro con il quale Weber è diventato famoso, ovvero il suo saggio su *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*. Quella *Introduzione* rintraccia gli influssi esercitati dalle religioni universali – dal Confucianesimo fino al Cristianesimo –, sotto l'aspetto del razionalismo economico, sull'etica dell'economia. Quale modello di riferimento gli serve in ciò il razionalismo economico del tipo «che cominciò a prevalere in Occidente dai secoli XVI e XVII in poi, come fenomeno parziale di quella forma di razionalizzazione borghese della vita» (265/252)¹⁵.

¹² Sul punto Breuer, *Max Webers Herrschaftssoziologie*, cit., p. 68 ss.

¹³ Su ciò lo sguardo sinottico di Hanke, *Max Webers "Herrschaftssoziologie"*, cit., p. 40 s.

¹⁴ Citazioni secondo la ristampa di Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* I, 9ª ed., 1988, p. 237. I numeri delle citazioni nel testo seguente si riferiscono a questa edizione.

¹⁵ Anche qui, seguendo l'indicazione di Hofmann, il riferimento alla pagina italiana sarà dato nel testo, accanto al numero originale, in corsivo, con riferimento a Max Weber, *Sociologia della religione*, trad. it. a cura di Pietro Rossi, Edizioni di Comunità, Milano, 1982, vol. I [N.d.T.].

¹⁵ Sulla convinzione di Weber «della capitale importanza del diritto romano per il processo di razionalizzazione occidentale» cfr. Wilfried Nippel, *Die Kulturbedeutung der Antike*, in Jürgen Kocka (Hrsg.), *Max Weber der Historiker*, 1986, p. 112 (113). Vedi anche il tentativo, progettato alla grande, di Werner Gephart, *Gesellschaftstheorie und Recht*, 1993, p. 585, di dimostrare «il modo e le forme di pensiero della giurisprudenza» come «unità dello strumentario intellettuale col quale Weber ha riconsiderato il "mondo"». Su ciò anche Andreas Anter, *Max Webers Staatssoziologie im zeitgenössischen Kontext*, in: Id./Stefan Breuer (Hrsg.), *Max Webers Staatssoziologie*, 2007, p. 13 (28 s.).

Verso la fine del suo saggio Weber aggiunge ancora, quale spiegazione terminologica, quale «Explanans, non come Explanandum»¹⁶, una tipologia del potere legittimo. Le società e le comunità religiose – vi si dice – si sviluppano in gruppi ierocratici che poi si dividono a seconda di quale “fondamento di legittimità” pretendono di volta in volta per il loro potere. Poiché Weber nella distinzione «di alcuni tipi puri» (267/254) non ha a che fare con una storia evolutiva lineare o con una distinzione in epoche, egli non comincia con l'asunto di una qualche forma originaria, bensì con il tipo moderno, quello più vicino, di “potere legale” preso come modello di riferimento. Questo tipo viene definito come potere in nome di norme impersonali (267-8/254; *trad. mia*):

«[L]a legittimazione a comandare poggia, per il detentore del potere di comando, su regole razionalmente statuite, pattuite o concesse, e la legittimazione alla creazione di queste regole riposa anch'essa su una costituzione razionalmente posta».

Da titolare del potere di comando funge una gerarchia di funzionari con competenze di volta in volta materialmente delimitate. Irrazionale e rivoluzionario, perché non legato all'esistente, appare di contro il potere carismatico, la cui legittimità riposa «sulla fede e sulla dedizione a ciò che è straordinario, a ciò che va oltre le normali qualità umane e che perciò è (in origine) considerato soprannaturale», sia magico incantesimo, rivelazione o eroismo (269/255). Ad esso si contrappone «la fede nella consuetudine quotidiana come norma inviolabile dell'azione», fede che fonda perciò la legittimità del potere sulla tradizione. Il tipo più importante di autorità tradizionalista è il patriarcato, definito ugualmente come irrazionale. Esso si estende dal potere del padre di famiglia fino al regale «padre della patria» (270/255-6).

Anche se Weber con la sua tipologia vuole offrire solo «punti di orientamento concettuale utili per determinati scopi» (273/259), ne consegue comunque uno schizzo di storia evolutiva, con la quale si accenna ad una combinazione – caratteristica dell'opera di Weber – di analisi strutturali e concezioni teoretiche di fasi storiche quale strumento di conoscenza scientifica¹⁷. Originariamente, nel «lontano passato», scrive Weber, i due tipi di legittimità di potere tradizionalistico e carismatico si sarebbero divisi tra loro «i tipi più importanti di tutte le relazioni di potere» (270/256). Il potere delle regole si sarebbe solo gradualmente formato – principalmente in conseguenza del problema della successione di potere (ivi). «Con la vittoria del razionalismo giuri-

¹⁶ Breuer, *Max Webers Herrschaftssoziologie*, cit., p. 18.

¹⁷ Su ciò Wolfgang Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, 1979, p. 5; egli vede così la tipologia del potere come uno schema evolutivo (cfr. p. 176 ss.), mentre Breuer, *Max Webers Herrschaftssoziologie*, cit., S. 28 ff., vi scorge momenti di leggi oggettive del movimento.

dico di stampo *formalistico* subentrò in Occidente accanto ai tipi di potere tramandati, il tipo *legale* di potere (...), il cui tipo più puro era ed è il potere *burocratico*» (272/259; *corsivo nell'originale*). Le competenze di quest'ultimo sono «determinate da norme statuite razionalmente (...) in modo tale che la legittimità del potere diventa la legalità delle *regole* pensate secondo uno scopo, poste in maniera formalmente corretta e pubblicizzate» (272-3/259; *corsivo nell'originale*). Il potere legale, così, «diventa» tale solo gradualmente, non definisce in tal modo nessun tipo ugualmente originario di potere legittimo, bensì – teoreticamente tramite la scienza giuridica e praticamente tramite la burocratizzazione – una trasformazione razionale specificamente occidentale della legittimità tradizionale.

2. “I tre tipi puri di potere legittimo”

Una versione letterariamente rielaborata della dottrina dei tre e «solo tre» fondamenti di legittimità di potere legittimo la si ritrova in un testo postumo, pubblicato nel 1922 nei *Preußischen Jahrbüchern* con il titolo *I tre tipi puri di potere legittimo* (*Die drei reinen Typen legitimer Herrschaft*). Johannes Winkelmann, il meritorio anche se controverso studioso di Weber¹⁸, lo ha ripubblicato in appendice al suo scritto su *Legittimità e legalità nella sociologia del potere di Max Weber* del 1952 e ancora nel 1956 nella sua edizione separata della *Sociologia politica* (*Staatssoziologie*) di Weber (WuG 815-868)¹⁹.

Il saggio comincia con la tesi secondo cui il potere come possibilità (*chance*) di trovare obbedienza per un determinato comando ha bisogno, per essere stabile, tanto in chi comanda quanto in chi obbedisce, di un sostegno interno. Questo consiste nella credenza nelle basi di giustificazione («basi di legittimità») del potere, cioè in una «credenza nella legittimità». Di queste basi di legittimità del potere ce ne sarebbero, «in una forma del tutto pura, solo tre», ciascuna legata ad un apparato amministrativo e ad un mezzo amministrativo di tipo specifico. Weber comincia subito con il «potere legale in virtù di statuzione» e definisce il suo «tipo più puro» come «potere burocratico». Il potere tradizionale riposa sulla credenza nella «santità degli ordinamenti e delle forze sovrane (*Herrengewalten*) esistenti». Nel relativo apparato amministrativo Weber distingue la struttura puramente patriarcale e la struttura per ceti, a seconda che i “servitori” dipendano del tutto dal sovrano o partecipino in qualche misura e autonomamente al potere sovrano. – Il testo affronta in maniera particolarmente esaustiva il concetto – ispirato dal noto ecclesiasticista prote-

¹⁸ Su ciò Hanke, *Max Webers “Herrschaftssoziologie”*, cit., p. 30.

¹⁹ Le citazioni vengono fatte secondo l'appendice contenuta in Johannes Winkelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, 1952, p. 106 ss. (*Non ricompresa nell'edizione italiana citata*. N.d.T.).

stante Rudolph Sohm – di potere carismatico²⁰. In quanto tipo questo consiste, «in forza della dedizione affettiva alla persona del sovrano e alle sue doti (*Gnadengaben*) (carisma)», nei tipi più puri rappresentati dal «potere del profeta, dell'eroe guerriero, del grande demagogo». Il carisma deve comunque dare necessariamente una prova di sé in maniera continuata e a causa della «relazione sociale puramente personale» con la persona del sovrano la questione della successione, per quanto riguarda il potere carismatico, si rivela particolarmente problematica. L'ultima possibilità, tra quelle esposte da Weber, è per noi quella più interessante: la traduzione in «legittimità democratica» (119 s.), cosa che per lui, a dire il vero, non porta fuori dallo schema tripartito dei tipi:

«Secondo la concezione genuina del carisma il riconoscimento viene *imputato* al pretendente legittimo perché qualificato. Questo rapporto può però facilmente essere reinterpretato nel senso che il libero riconoscimento, da parte dei governati, è il presupposto, da parte sua, della legittimità e il suo fondamento (legittimità democratica). Allora il riconoscimento diventa “elezione” e il signore legittimato in forza del suo proprio carisma diventa il titolare del potere per grazia dei governati e in forza di un mandato».

Per il caso della democrazia plebiscitaria del capo in *Economia e società* si dice ancora (WuG 156/I, 265) che la derivazione dalla volontà dei dominati solo nasconde secondo la forma il carattere carismatico del potere. In tal modo la legittimità democratica non trova posto nella tipologia di Weber. Il potere del popolo in ciò non ha nessuno status genuino²¹. In Weber la democrazia, sintetizza Dolf Sternberger, appare solo «come un tipo di un prodotto colaterale perverso della guida carismatica»²².

3. “*Economia e società*”: “*Dottrina sociologica delle categorie*” (Capitolo terzo)

Documentazione classica della tipologia tripartita di Weber vengono considerate le seguenti proposizioni tratte dal Capitolo III della sua *Dottrina sociologica delle categorie* della prima parte di *Economia e società* (124/I-210):

²⁰ Su ciò Speer, *Herrschaft und Legitimität*, cit., p. 42 ss.; Tobias Kroll, *Webers Idealtypus charismatischer Herrschaft und die zeitgenössische Charisma-Debatte*, in Hanke, Mommsen (Hrsg.), *Max Webers Herrschaftssoziologie*, cit., p. 47 (57 ss.).

²¹ Su ciò Christoph Schönberger, *Max Webers Demokratietheorie: Utopisches Gegenprinzip zur bürokratischen Herrschaft*, in Anter, Breuer (Hrsg.), *Max Webers Staatssoziologie*, cit., p. 157 (159, 161, 165). Sul punto vedi anche *infra*, sub V.

²² Dolf Sternberger, *Herrschaft und Vereinbarung* (Schriften III), 1980, p. 143 s.; critico sul punto Stefan Breuer, *Bürokratie und Charisma*, 1994, p. 176 ss. Una netta delimitazione rispetto all'unilaterale radicalizzazione da parte di C. Schmitt di questo momento in Wolfgang J. Mommsen, *Max Weber und die deutsche Politik 1890-1920*, 2ª ed., 1974, p. 411 ss.

«Vi sono tre tipi puri di potere legittimo. La validità della sua legittimità può essere infatti, in primo luogo: 1) di carattere *razionale* – quando poggia sulla credenza nella legalità di ordinamenti statuiti, e del diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere (potere legale) in base ad essi, – o 2. di carattere *tradizionale* – quando poggia sulla credenza quotidiana nel carattere sacro delle tradizioni valide da sempre, e nella legittimità di coloro che sono chiamati a rivestire una autorità (potere tradizionale), – o infine 3. di carattere carismatico – quando poggia sulla dedizione straordinaria al carattere sacro o alla forza eroica o al valore esemplare di una persona, e degli ordinamenti rivelati o creati da essa (potere carismatico)».

Il tipo di potere legale viene poi chiarito con tre concetti tra loro interdipendenti, cioè: «che qualsiasi diritto possa essere statuito razionalmente, razionalmente rispetto al valore o razionalmente rispetto allo scopo mediante pattuizione o concessione», che «ogni diritto sia nella sua essenza un cosmo di *regole* astratte, normalmente poste intenzionalmente» e «che il sovrano legale, il preposto, (...) da parte sua obbedisce all'ordinamento impersonale» (125/I-212; *trad. rivista*). Quale tipo più puro di questo potere legale viene presentato quello che è tale in forza di un «apparato amministrativo burocratico» (126 ff/I-212).

L'accentuazione della possibile statuizione di un «qualsivoglia» diritto sottolinea, come fa l'apostrofe di un «cosmo» di regole, il fatto che il tipo del potere legale presuppone il concetto di diritto del positivismo giuridico scientifico²³, cosa che per la verità non fa di Weber, in quanto osservatore sociologo – o più esattamente psicologo sociale –, un giuspositivista²⁴. Egli, infatti, non accetta né il concetto positivistico di validità e l'alternativa giuridica, per cui una norma giuridica (*Rechtssatz*) o è valida o non è valida (14,17), né considera come diritto solo quelle norme che siano state statuite dallo Stato (16)²⁵. E soprattutto: egli si interroga sulla legittimazione del diritto, sul diritto del diritto.

4. “Economia e società”: “Sociologia del potere”

Un breve riassunto della tipologia weberiana è offerto dalla sua *Sociologia del potere*, un ponderoso capitolo di più di 300 pagine nella seconda parte di *Economia e società*. Anche qui Weber comincia con la magia della triparti-

²³ Su ciò Speer, *Herrschaft und Legitimität*, cit., p. 77.

²⁴ Sul punto anche Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, cit., p. 162; Breuer, *Max Webers Herrschaftssoziologie*, cit., p. 196 s.; Anter, *Max Webers Theorie des modernen Staates*, cit., pp. 70, 202.

²⁵ Sul concetto weberiano di diritto in dettaglio cfr. Werner Gephart, *Juridische Grundlagen der Herrschaftslehre Max Webers*, in Hanke, Mommsen (Hrsg.), *Max Webers Herrschaftssoziologie*, cit., p. 73 (74 ss.).

zione, ma non si riferisce alla “credenza nella legittimità” dei governati, bensì ai corrispondenti “principi della legittimazione” cui fanno appello i governanti per la loro “auto-giustificazione”. Invece che di potere legale egli parla poi di una «espressione della “legalità” di un potere di comando» in un «sistema di regole razionali pattuite o concesse» come di «norme universalmente vincolanti». A questo fondamento normativo di validità si contrappone nel testo la «autorità personale». Alla tripartizione del suo schema Weber arriva solo per il fatto che egli suddivide il potere in virtù di autorità personale. Questa può trovare infatti il suo fondamento «nella santità della tradizione, vale a dire di ciò che è abituale ed è sempre stato, la quale prescrive l’obbedienza nei confronti di una determinata persona. Oppure, proprio al contrario, essa può fondarsi sulla dedizione a qualcosa di straordinario – sulla fede nel *carisma*, cioè nella rivelazione attuale o nel dono di grazia di una persona, vale a dire in redentori, profeti ed eroi di qualsiasi tipo» (WuG 549 s./II, 259).

Di conseguenza si danno propriamente solo due forme fondamentali di potere legittimo: il potere in forza di regole riconosciute o in forza di autorità personale, che indirettamente si nutre della tradizione sacralizzata o, direttamente, di un carisma personale che infrange la tradizione.

5. “Economia e società”: “Dottrina sociologica delle categorie” (Capitolo I)

Difficoltà particolari si presentano all’interprete con il Capitolo primo della “Dottrina delle categorie sociologiche” della Prima parte di *Economia e società*, perché la tipologia lì sviluppata degli ordinamenti legittimi come orientamenti per l’agire sociale non è tripartita, bensì quadripartita (16 ss./I, 21-2). Di conseguenza essa può far valere il rappresentante “in una relazione sociale” come legittimo, può cioè pretendere come “legittimità” «il prestigio della esemplarità o vincolatività», per quattro ragioni: 1. «Considerazione della tradizione come sacra» – la ragione «più universale e più originaria»; 2. «La credenza affettiva in ciò che si è appena rivelato o in ciò che è esemplare»; 3. «La credenza razionale rispetto ai valori» in ciò che «si rivela come assolutamente valido», per esempio «le norme logicamente chiuse del diritto naturale»; 4. «La credenza nella legalità delle norme sancite». Questa legalità «può essere considerata da coloro che ne fanno parte come legittima» perché essa o a) riposa sull’accordo, cioè sull’assenso unanime o maggioritario degli interessati, oppure b) perché si aggiunge alla concessione positiva da parte di un «potere sovrano in un qualsiasi senso legittimo».

III. Il rapporto tra i concetti di legittimità e legalità

1. Legittimità della legalità

Legittimità della legalità in forza della fede nella legalità (*Legitimität der Legalität kraft des Legalitätsglaubens*) – questa è la tesi che più di tutto ha provocato critiche alla tipologia tripartita di Weber. In effetti, al primo sguardo, secondo l'odierno uso linguistico, appare impossibile derivare dalla razionalità formale della creazione di diritto e della esecuzione della legge la giustificazione contenutistica del sistema giuridico. Non sono forse legalità e legittimità concetti opposti? Di più: non appare forse questa opposizione, inconsciamente, addirittura negli stessi testi di Weber? Infatti, anche se Weber tratta di tre tipi di potere legittimo, egli parla tuttavia in maniera assolutamente chiara, da un lato, del carattere personale, irrazionale, in parte arbitrario delle due antiche forme di potere giustificato dalla tradizione o dalla rivelazione e dal carisma dei capi e, dall'altro, del moderno potere razionale della legalità, ordinato e rigorosamente vincolato dalle regole. Nella tipologia weberiana della città si parla – come vedremo ancora *infra*, nella Parte V – di legittimità addirittura esclusivamente con riguardo al potere tradizionale e carismatico. Weber, di conseguenza, usa chiaramente il concetto in due sensi: uno stretto e uno ampio. L'ampliamento del concetto, tuttavia, non scaturisce in Weber dall'inclusione di una forma ancora solo formalistica, diventata priva di contenuto, di decadenza della fondazione del potere, ma dalla possibilità di dedurre, dalla razionalità della legalità costruita dagli uomini, una giustificazione iniziale, ugualmente costruita dagli uomini. Il tema originario di Weber non è quello che i suoi critici dichiarano impossibile: legittimità in forza della qualità della legalità, bensì quello del fondamento che istituisce la legittimità della legalità: non legittimità in forza della legalità, ma legalità in forza della legittimità. Se infatti la razionalità della legalità consiste nelle regole, pensate come intenzionali e teleologicamente orientate, di un "cosmo" di norme astratte, di un sistema di statuizioni di conseguenza correttamente emanate e discrezionalmente applicate (WuG III, 1), allora dev'esserci un fondamento che sostiene l'intera opera di regolazione, una giustificazione razionale di base. Il primo testo corrispondente lo nomina: è la "costituzione" in un senso specificamente giuridico (*supra*, II 1), la cui giustificazione ricade al di fuori del sistema della legalità.

È stata la storia della recezione ad aver sempre fatto, dell'astratto concetto generale di legittimità di Weber e del caso speciale "legalità" un *contrasto* oggettivo tra legittimità e legalità. Lo sfondo è stato quello della crisi del parlamentarismo a Weimar. In considerazione di un legislatore parlamentare che opera in maniera solo distruttiva, del prosciugarsi della fonte centrale di legalità, la richiesta da alcune parti avanzata di decisioni legittimate plebiscitaria-

mente si incontrò con la critica antipositivistica al concetto di legge, che la scienza aveva completamente formalizzato. Prototipo di questa costellazione, di questo attacco a tenaglia di politica dei concetti, resta lo studio di Carl Schmitt del 1932 su *Legalità e legittimità*²⁶.

2. Legittimità contro legalità

A dire il vero l'antitesi polemica tra i concetti di legalità e di legittimità del tutto nuova non era. Dopo la Rivoluzione francese, infatti, il concetto di legittimità era stato nettamente distinto, in quanto concetto polemico della politica borbonica della Restaurazione, dalla legalità dei Codici napoleonici²⁷. In séguito, nel conflitto ideologico tra principio monarchico e sovranità popolare che dominò la dottrina del diritto statale del XIX secolo, il concetto di legittimità caratterizzò il diritto ereditario del monarca al potere. Dopo il crollo delle monarchie, scrisse Carl Schmitt al culmine della crisi economica e costituzionale di Weimar, la legittimità plebiscitaria è «la sola forma di giustificazione statale che oggi potrebbe essere riconosciuta universalmente come valida» (340/124). Questa tesi contrastava con l'affermazione di Weber: «La forma oggi più frequente di legittimità è la credenza nella legalità: la disposizione ad obbedire a statuizioni formalmente corrette e stabilite nella forma consueta» (WuG 19/I, 35). Schmitt si contrapponeva espressamente alla sintesi concettuale weberiana tra legalità e certe forme fenomeniche storiche di legittimità entro un concetto generale allargato di legittimità in quanto – scriveva Schmitt – «la legalità significa proprio una opposizione alla legittimità» (269/44). Dopo che Schmitt già nel 1923 aveva dichiarato il parlamentarismo spiritualmente morto, qui, nella controparte del 1932, fa seguito l'annuncio del «crollo» istituzionale «dello Stato legislativo parlamentare» (262/37), il cui nucleo – il concetto di legge dello Stato di diritto –, sarebbe «distrutto», conseguenza di quanto fatto dal costituente con le garanzie giuridico-materiali previste dalla II Parte della Costituzione di Weimar, sottratte alla disponibilità della maggioranza semplice. In tal modo il legislatore parlamentare nel senso della I Parte della costituzione verrebbe limitato e ciò farebbe la II Parte della costituzione, costituendo in verità una seconda, eterogenea contro-costituzione (293 s./71 s., 299 s./78 s., 306 ss./86 ss.). In maniera ugualmente distruttiva opererebbe il diritto di eccezione che dottrina, prassi politica e giurisdizione

²⁶ Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, p. 263. I numeri nelle citazioni nel testo seguente si riferiscono a questa ristampa (trad. it. a cura di C. Galli, *Legalità e legittimità*, Il Mulino, Bologna, 2018; i numeri in corsivo nel testo si riferiscono a questa traduzione, N.d.T.). Nell'insieme cfr. il mio *Legalität und Legitimität*, cit.

²⁷ Sul punto Thomas Würtenberger jun., *Die Legitimität staatlicher Herrschaft*, 1973, p. 111 ss., 195 ss.

desumevano dai poteri emergenziali del Presidente del Reich *ex art. 48*, secondo comma, Cost.

Punto angolare dell'argomentazione di Schmitt è la decisione del parlamento a maggioranza semplice e senza specifiche normative intesa come l'unica decisione presuntamente democratica, perché rispetterebbe la lealtà (*Offenheit*) dei cambi di potere. Presupposto è però «una sostanziale omogeneità di tutto il popolo» (284/61). «In forza della stessa appartenenza allo stesso popolo» tutti dovrebbero volere «in sostanza la stessa cosa nello stesso modo», perché la decisione di maggioranza sarebbe altrimenti solo «la mera violenza sulla minoranza» (ivi/62). «In linea di principio» dovrebbe, con altre parole, «esserci sempre unanimità» (295/74). In tal modo Schmitt spinge il suo paradosso al culmine: la richiesta di maggioranze qualificate è non-democratica, ma la procedura democratica dell'accertamento della maggioranza semplice è obsoleta, perché ai radicali manca il «senso legale», per di più il presupposto della omogeneità del popolo cade e a causa della frammentazione sociale – in sintesi: del “pluralismo” –, non è nemmeno ripristinabile (338 s./122 s.). Quale giustificazione del potere statale resta quindi solo la legittimità plebiscitaria. Nella forma dell'iniziativa popolare e del referendum ai sensi dell'art. 73, secondo comma della costituzione di Weimar essa però – stabilendo contro la legalità parlamentare un sistema completamente diverso di formazione della volontà – spacca presumibilmente anche la Prima parte della costituzione (312 ss./99 ss.). Riassume questo rude svelamento dei retroscena e questa analisi acutamente sviluppata l'argomentazione, però costituzionalmente piuttosto avventurosa: (266/40)²⁸:

«(O)ggi la finzione normativistica di un sistema chiuso di legalità si presenta in flagrante e innegabile contrapposizione con la legittimità di una volontà realmente esistente, conforme al diritto».

Da qui la discussione si muove (nuovamente) ampiamente nello schema

²⁸Una “birbonata” l'ha chiamata a suo tempo un giuspubblicista particolarmente avveduto: Georg Quabbe, *Die Interpreten des Ausnahmezustandes*, in *Vossische Zeitung* Nr. 437 dell'11 settembre 1932, Quarto supplemento. La giustificazione addotta da Schmitt nel 1958 (*Legitimität und Legalität*, cit.): «un tentativo disperato di salvare il sistema presidenziale, l'ultima chance della costituzione di Weimar da una giurisprudenza che si rifiutava di riconoscere il problema dell'amico o del nemico della costituzione» (344 s./129). La conclusione del saggio del 1932 può però anche essere letta come un appello ad una rivoluzione nazionale. Secondo questa conclusione, infatti, «ci si deve decidere per il principio della *seconda* costituzione e per il suo abbozzo di un ordine sostanziale. Il cuore della seconda parte della costituzione di Weimar merita di essere liberato da contraddizioni interne e compromessi difettosi, e di essere svolto nella sua logica intrinseca. Se ciò riesce, l'idea di una costruzione costituzionale tedesca è salva» (344 s./128) E però: *Quis iudicabit?* Come proprio Schmitt spesso si interrogava. Chi doveva decidere e come sulla «logica intrinseca» di una «costruzione costituzionale tedesca» e secondo quali criteri? Su tutta la questione cfr. Reinhard Mehring, *Carl Schmitt*, 2009, p. 285 ss.

dualistico di conformità formale alla legge (*Gesetzmäßigkeit*) e conformità contenutisticamente fondata al diritto (*Rechtmäßigkeit*).

3. Razionalità della legalità rispetto al valore

Contro l'accusa secondo cui il concetto weberiano di legalità è puramente formalistico nel senso del funzionalismo proprio dello Stato legislativo, Johannes Winckelmann²⁹ – in accordo con la tendenza di filosofia dei valori nella dottrina del diritto statale della giovane Repubblica federale – lo ha difeso con la tesi della razionalità rispetto al valore, specialmente in contrapposizione a Carl Schmitt³⁰. Contro la tesi di Schmitt il concetto di legalità di Max Weber avrebbe

«presente una (mera) legittimazione, cioè la forza della legittimazione di principi razionali rispetto al valore riconosciuti *consensu omnium* ... I postulati razionali rispetto al valore formano i principi regolativi per le normazioni e la loro concretizzazione» (60 s.).

Ciò corrisponde precisamente alla rappresentazione di filosofia dei valori della legittimità dell'ordinamento giuridico della Repubblica federale, con la sua costituzione, che all'epoca aveva tre anni. Ciò però non è dimostrabile sulla base dei testi di Weber. L'errore sta nel fatto che Winckelmann considera la possibilità, citata da Weber, per cui il sistema di legalità può essere giustificato invece che con un patto o una concessione razionale rispetto allo scopo, anche con un patto o una concessione razionale rispetto al valore (che Winckelmann sussume semplicemente anche al *consensus omnium*) come l'unica decisiva legittimazione della legalità. Il che, per di più, contraddice l'unico luogo testuale nel quale Weber adduce la credenza razionale rispetto ai valori nelle norme (*Sätze*) del diritto naturale, desunte come assolutamente valide in quanto fondamento indipendente di legittimità – *Notabene*: di un ordinamento, non di un potere. Infatti, a sostegno della credenza nella legalità lì nominata compaiono – da essa separati – soltanto gli «accordi degli interessati» o la concessione di un sovrano legittimo che trova obbedienza (*supra*, II 5).

Nonostante i loro contrasti, Winckelmann ammette esplicitamente un certo accordo con l'argomentazione di Schmitt. Racconta infatti, proprio come

²⁹Johannes Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, 1952, pp. 56 ss., 74 ss., 78 ss. I numeri delle citazioni nel testo seguente si riferiscono a questa edizione. Per la critica, cfr. per tutti Mommsen, *Max Weber und die deutsche Politik 1890-1920*, cit., p. 478 ss.

³⁰Cfr. Hasso Hofmann, *Rechtsphilosophie nach 1945 – Zur Geistesgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 2012, p. 17 ss.