

## Prefazione

Il volume che nel 2017 l'Istituto di studi politici "S. Pio V" presenta – continuando l'impegno preso di pubblicare annualmente gli esiti del lavoro di ricerca del suo *Osservatorio sulla legalità* – raccoglie anche i materiali che scaturiscono dalle relazioni dell'importante seminario promosso per conto dell'OSLE dal prof. Agostino Carrino su *Stato, costituzione e sovranità nella crisi del principio di legalità: problemi e prospettive fra diritto europeo e ordinamenti nazionali*, svoltosi a Roma, presso i Musei Capitolini, nei giorni 25 e 26 maggio 2016. Le riflessioni e ricerche promosse in questo anno dall'*Osservatorio sulla legalità* sono state infatti orientate a considerare le relazioni tra legalità e sovranità anche nel quadro europeo, riunendo eminenti studiosi di scienza del diritto, di diversa collocazione e provenienza, italiani (Baldassarre, Sorrentino, Vignudelli, Morbidelli, Stella) e stranieri (Troper, Ruthers), uniti dalla particolare competenza su tematiche riguardanti i problemi del principio di legalità e dell'etica pubblica nell'età contemporanea.

La continuità dell'impegno dell'Istituto nelle attività dell'Osservatorio costituisce pertanto il consolidamento di un itinerario che ha ormai conseguito significativi traguardi nel limitato arco di tempo trascorso dal 2014, essendo il presente il quarto anno nel quale questo appuntamento editoriale conferma un livello significativo dello studio e dell'approfondimento di tematiche urgenti ed ineludibili nella fase storica che stanno attraversando la società e le pubbliche istituzioni nel nostro paese. La pubblicazione dei *Materiali per una cultura della legalità*, curati come di consueto dal Coordinatore dell'OSLE, prof. Giuseppe Acocella, nel 2017 può dunque giovare di contributi di così illustri studiosi, insieme all'intervento del Direttore dell'Agenzia nazionale dei beni confiscati, Prefetto Umberto Postiglione, e alle interviste consuete, quest'anno riservate al Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno, profondo studioso della legalità in ambito amministrativo, e al prof. Giovanni Fiandaca, che proprio sulla legalità ha sollevato con coraggio e l'autorità del grande penalista profondi interrogativi sul funzionamento del nostro sistema giudiziario in uno Stato di diritto.

La *Biblioteca della legalità* – che nella terza parte del volume continua a raccogliere e documentare il dibattito che testi e pubblicazioni di diretto interesse suscitano intorno al tema – dopo un quadriennio ha posto le premesse per

costituire una documentazione ragionata della pubblicistica in materia, completata dal sito dell'Osservatorio, che integra i *Materiali* con informazioni tempestive, che rappresentano ormai un riferimento significativo per un costante ed aggiornato approfondimento della tematica. L'Istituto – che così intende diffondere una convinta e non superficiale cultura della legalità nel nostro paese anche attraverso iniziative di diffusione negli istituti scolastici superiori, e a sostegno di attività di promozione sociale – si augura di continuare a contribuire, come è nella sua vocazione, alla maturazione di una vera, solida, profonda coscienza della cultura della legalità nel nostro Paese.

*Prof. Antonio Iodice*  
*Presidente Istituto di Studi Politici "S. Pio V"*

Agostino Carrino

## *Legalità, sovranità, politica*

*Nothing is more fitting for a sovereign than to live by the laws, nor is there any greater sovereignty than to govern according to law, and he ought properly to yield to the law what the law has bestowed upon him, for the law makes him king.*

Henry of Bracton

### **Sommario:**

Introduzione. – 1. La legalità e la sua crisi: paradigmi vecchi e nuovi. – 2. Il diritto oltre il politico? – 3. Per un ritorno alla sovranità (statuale). – 4. Per una nuova legalità.

### *Introduzione*

*Volevamo giustizia: abbiamo avuto lo Stato di diritto!* Il noto grido di disillusione di Bärbel Bohley dopo la riunificazione tedesca (ma credo che risalga all'epoca della Rivoluzione francese) può forse ben sintetizzare un'epoca della storia mondiale che, secondo alcuni, si avvia al suo termine. È l'epoca delle rivoluzioni borghesi e delle costituzioni, del moderno Stato di diritto e dei suoi concetti: legge, sovranità, divisione dei poteri, norma fondamentale, la cui crisi è palese. Questo convegno – momento di una più ampia ricerca dell'Istituto di Studi Politici Pio V – vuole interrogarsi esattamente su questa fase di transizione, per capire se ci troviamo dinanzi ad una crisi come le altre – perché di crisi dello Stato, della legge e via dicendo se ne parla da più di cent'anni e qui basti citare per l'Italia Santi Romano<sup>1</sup> –, se è un processo originale e per molti aspetti inedito o se, invece, assistiamo davvero, secondo la predizione di Carl Schmitt, alla metamorfosi finale

---

<sup>1</sup> Cfr. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, 1910, Milano, Giuffrè, 1969.

dello Stato e delle sue categorie classiche, alla base del *Jus publicum europaeum*.

Dopo la legge torna il diritto? Dopo la legalità e la giustizia che una volta si chiamava formale, se non borghese, finalmente una legalità universale? Che può fare a meno della legittimità, cioè del consenso convinto e partecipato dei cittadini, che per la verità, in quest'epoca di dominio dell'astratto per eccellenza (del denaro), assomigliano sempre più a sudditi? Sono interrogativi che non troveranno una risposta univoca da parte dei relatori di questo convegno, dai quali, però, verranno certamente spunti di riflessione importanti sia per quanto riguarda il piano del diritto costituzionale sia relativamente alle trasformazioni prodotte dai processi di globalizzazione e di integrazione europea, integrazione anch'essa, com'è noto ed evidente, travagliata da una crisi profonda, in ultima analisi riconducibile anche qui, come a livello nazionale, ad una perdita di quei momenti istituzionali di responsabilità reciproca tra organi ed istituzioni dello Stato di diritto che hanno permesso la grande rivoluzione liberale e democratica degli ultimi due secoli, pur con gli intermezzi dei regimi totalitari, una rivoluzione che certo sarebbe stata più profonda e catartica se principi come quello di sussidiarietà fossero stati più incisivamente e correttamente praticati.

La nuova religione dei diritti umani universalmente validi<sup>2</sup> ha soppiantato la sovranità degli Stati nazionali? Può essere, ma è anche un dato di fatto che da qualche tempo non mancano proprio i libri che si interrogano con forza sulla sovranità, dal punto di vista storico e da quello giuridico-politico, sia nella cultura continentale sia in quella anglo-americana. È anche un fatto che mai come nella sentenza sul Trattato di Lisbona della Corte costituzionale tedesca il termine "sovranità" sia tornato con una frequenza forse perfino ossessiva, a difesa dei diritti sovrani dello Stato e del popolo tedesco.

Stato, divisione dei poteri, sovranità, legge, costituzione, territorio statale, popolo statale e via dicendo: non vi è dubbio che sono concetti e categorie che non potrebbero essere usati oggi nello stesso senso in cui, per esempio, di sovranità si parlava all'epoca di Bodin e di Hobbes, ma anche di Paul Laband, che negli anni di Bismarck nel suo *Staatsrecht* scriveva: «Non esiste una semi-sovrano, una sovranità divisa, sminuita, dipendente, relativa, ma esiste soltanto sovranità o non-sovrano»<sup>3</sup>. Questo concetto di sovranità assoluta – se mai è veramente esistita dal punto di vista empirico, e credo che non lo sia – oggi non c'è più. Ritengo tuttavia che conservi validità la domanda sulla sussistenza della sovranità in senso relativo, empiricamente e storicamente determinabile, come autorità regolativa dei confini esterni del libero agire sociale (secondo i modelli teorici elaborati da Michael Oakeshott).

È morto lo Stato? Attenti, anche qui, a scrivere dei necrologi anzitempo,

---

<sup>2</sup>Significative a tal proposito le considerazioni, molto caratterizzate ideologicamente, di Anne Peters, *Jenseits der Menschenrechte*, Tübingen, Mohr, 2013.

<sup>3</sup>P. Laband, *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, vol. I, trad. it. a cura di O. Ranelletti e M. Siotto Pintor, Torino, UTET, 1925, p. 121.

perché già più volte lo Stato è morto e poi risorto. La verità è che nella nostra scienza – che è una scienza pratica – non esistono categorie statiche, fisse, immutabili, ma ogni concetto vive per il suo tempo e in funzione del suo tempo. Lo Stato di potenza dell'Ottocento non esiste più, ma siamo sicuri che senza uno Stato sia pure in forme rinnovate e all'altezza delle sfide nuove e dei tempi nuovi noi saremo davvero in grado di fare fronte ai problemi di un'epoca sempre più oscura e turbolenta?

Può essere lo stesso concetto di democrazia, nella società pluralista e liquida che ci circonda, ma anche sempre più diseguale e sostanzialmente illiberale, declinato oggi come lo si declinava all'epoca dello Stato monoclasse di cui ci parlava M.S. Giannini o di quello pluriclasse che lo ha seguito?

È vero che la legge e con essa il principio di legalità è in crisi, scuotendo lo stesso sistema delle fonti: ma di quale crisi si discute? Perché di mutamento e quindi di crisi della funzione della legge si parlava già all'inizio del Novecento in un testo come quello dell'austromarxista Karl Renner sul diritto civile o nei saggi di Franz Neumann a metà degli anni '30. Ed è un bene o un male che la legge abbia perso le sue funzioni classiche?

Anche qui, forse con una certa superficialità, si confonde il mutamento di funzione e il cambiamento dei contesti, nei quali i concetti operano per comprendere e per orientare la realtà oggettiva, con la loro crisi. Semmai per scoprire, subito dopo, che si è rimasti privi di categorie e di concetti, ovvero degli strumenti teorici propri di ogni scienza che voglia spiegare e comprendere la realtà e qualche volta cambiarla. Hasso Hofmann, nemmeno tanti anni or sono, parlava in un suo scritto di un passaggio dalla dottrina dello Stato alla sociologia della costituzione<sup>4</sup> e lo faceva con ragione nel panorama di quegli anni a fine novecento, ma oggi, forse, egli stesso metterebbe in dubbio il titolo di quel suo saggio. È entrato in crisi, infatti, lo stesso concetto di costituzione, mentre la *Staatslichkeit* richiede di essere nuovamente ripensata e interrogata, con domande aggiornate e più mirate all'essenza dei fenomeni su un periodo di tempo più lungo<sup>5</sup>. Il mondo nuovo dei diritti pone così domande inedite all'interpretazione costituzionale.

Viviamo in un'epoca di frammentazione dei centri di potere, di poliarchia, dove politica, economia (forse in primis), costume, morale, religione pretendono e rivendicano ognuno per sé ampi spazi di controllo. La classica divisione dei poteri dello Stato di diritto sembra cedere il passo a fenomeni che la scompaginano, quali quelli delle *authorities* amministrative, che confondono i ruoli, le funzioni e le competenze con i loro poteri espliciti o quelli impliciti (gli *implied powers* della tradizione costituzionalistica americana). La rappresentanza non trova più canali adeguati e il nesso rappresentante/rappresentato si è spezzato, per esempio do-

---

<sup>4</sup> Cfr. H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli, Guida, 2009 (il saggio citato alle p. 75 ss.).

<sup>5</sup> Rinvio sugli aspetti di fondo del problema a A. Carrino, *La dottrina dello Stato e la sua crisi. Problemi e prospettive*, Modena, Mucchi, 2014.

ve operano sistemi elettorali che impongono i candidati dall'alto, fenomeno che noi criticiamo scandalizzati pensando che sia un fatto solo dei nostri giorni (vecchie e nuove leggi elettorali), ma che già Carl Schmitt, poco prima dell'avvento del nazismo al potere, stigmatizzava a Weimar – nella crisi dello Stato dei partiti – quale mera parodia della rappresentanza borghese e liberale.

Tutti fenomeni di frantumazione della coesione sociale rispetto ai quali il pensiero si trova a dover svolgere un compito per molti aspetti immane e forse inane e che tuttavia abbiamo il dovere di tentare, nella speranza di poter cogliere almeno qualche filo rosso che consenta una ricomposizione dell'analisi teorica rispetto alla realtà storico-sociale attuale nella sua dinamicità e fluidità, ma anche di poter elaborare una proposta pratica che almeno sappia produrre coscienza critica rispetto ai complessi processi attuali.

Forse l'interrogativo cruciale di questo convegno riguarda un aspetto dello Stato di diritto che era a fondamento di quella forma di Stato prima che diventasse Stato costituzionale e oggi, possiamo dire per molte e buone ragioni, Stato *post-costituzionale*<sup>6</sup>: mi riferisco alla divisione dei poteri e al tema, specificamente madisoniano, dei pesi e contrappesi, un problema trascurato nei suoi aspetti filosofici generali, ma a che a mio avviso costituisce l'orizzonte sul quale si staglia oggi il grande problema della vita giuridica e politica contemporanea, e ciò per un duplice verso: da un lato, quello dei rapporti tra governo e rappresentanza democratica; dall'altro, quello del rapporto tra legge e potere del giudice.

Il tema del rapporto tra legislatore e giudice, tra legge e sentenza, è antico. Potrei, qui, citare dalla *Retorica* di Aristotele<sup>7</sup> un passo emblematico e istruttivo, che sembra scritto oggi, laddove lo Stagirita invitava a far sì che i giudici fossero il meno possibile sovrani, a dimostrazione che *nihil sub sole novi*, forse non sempre, ma spesso. Potrei ricordare lo scritto di Guizot del 1820 sulla giustizia politica, che tradussi e pubblicai con un mio commento anni or sono<sup>8</sup>. Il rischio del giudice-sovrano che si affacciava alla mente di Aristotele è tornato con forza, come sappiamo, con lo Stato moderno: il potere del giudice, da Montesquieu dichiarato “in qualche modo nullo”, si è andato sostituendo sempre più, con funzioni di supplenza talvolta veramente troppo ampie, sia ai governi sia ai parlamenti. E qui andrebbe ripensato il ruolo della politica e il suo rapporto con il diritto, in un mondo che si giuridicizza sempre più con il rischio che ritorni una “decisione” del tutto slegata dagli effettivi rapporti politici di forza presenti nella società. Il diritto, nella forma assunta

---

<sup>6</sup> Su queste tematiche rinvio, specificamente, al volume frutto di questa ricerca promossa dall'Istituto di Studi Politici Pio V: A. Carrino, *Dopo le costituzioni*, Napoli, Editoriale Scientifica (in corso di stampa).

<sup>7</sup> «Bisogna render sovrano il meno possibile il giudice; solo intorno all'essere avvenuta o non essere avvenuta la cosa, all'esser possibile o non esser possibile, all'essere o non essere tale è necessario rimettersi ai giudici; infatti non è possibile che il legislatore preveda queste cose»: Aristotele, *Retorica*, trad. it. a cura di A. Plebe, Bari, Laterza, 1961, I, 1354, p. 3.

<sup>8</sup> F. Guizot, *Giustizia e politica*, (1820), trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 2000.

dalle tavole dei diritti dell'uomo, diritti innumeri e crescenti, scaccia la politica, almeno quella buona, e si mette al servizio o rischia di mettersi al servizio della politica cattiva.

E dunque lo stesso problema del potere del giudice, per la verità, problema nuovissimo non è. Già all'inizio del Novecento, dopo il famoso saggio di Oscar Bülow, esso si affacciava alla mente dei giuristi europei con la scuola del c.d. "diritto libero" e la proposta di un rapporto più o meno sciolto del giudice con la legge. Nel 1912 un giurista che sarebbe diventato famoso e famigerato, un giovanissimo Carl Schmitt, pubblicava uno scritto sul tema, *Gesetz und Urteil*, dove – mettendo in discussione il criterio della sussunzione – già si poneva con forza e coscienza critica il tema della crisi della legge e della sua debolezza rispetto alla sentenza. Schmitt però rovesciava anche al tempo stesso il problema e rispetto al discorso allora alla moda sulle lacune del diritto poneva la domanda ancora più decisiva sulla giustezza o correttezza (*Richtigkeit*) della sentenza. Senza discutere qui la risposta che Schmitt abbozzò in quel saggio (il criterio del giudice che decide in modo uguale a come avrebbe deciso la maggioranza degli altri giudici), certo la domanda era ed è centrale: quando una sentenza è giusta? Quali sono i nessi logici e pratici che dovrebbero consentire di ritenere una sentenza corretta e ciò nel momento in cui il rapporto del giudice con la legge diventa inevitabilmente sempre più debole? Certo, le risposte dipendono anche dalle equazioni personali dei singoli studiosi con le loro differenti sensibilità, come Otto Bachof a metà degli anni '50<sup>9</sup>, o René Marcic, nel 1957, che nel suo *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat* argomentava per una rinnovata e più forte attività giudiziale, intesa come espressione del diritto quale realtà *prepositiva* a fondamento dell'attività di un giudice indipendente, anche sopranazionale<sup>10</sup>; oppure a chi, come Carl Schmitt, già ai primi degli anni '30 paventava al contrario uno Stato del giudice e sottolineava la necessità di una distinzione netta tra legge e sentenza: «si può anche lasciare al giudice una certa libertà – scriveva Schmitt ne *Il custode della costituzione* –, ma non gli si può domandare la decisione politica, che è di competenza del legislatore, senza mutare la sua posizione all'interno dello Stato di diritto»<sup>11</sup>.

Credo che in definitiva sarebbe un errore sbarazzarsi di concetti ritenuti superati in nome di una concretezza e di una prassi dalla quale sono state preventivamente tolte le componenti dogmatiche della dottrina, ovvero della teoria. La fine delle ideologie ha avuto i suoi lati positivi, ma molti anche negativi, perché le ideologie hanno rappresentato e significato tra l'altro un momento alto di co-

---

<sup>9</sup>Cfr. O. Bachof, *Grundgesetz e potere del giudice*, trad. it. a cura di G. Stella, in *Lo Stato*, 6/2016, p. 179 ss.

<sup>10</sup>Cfr. R. Marcic, *Vom Gesetzestaat zum Richterstaat. Rechts als Maß der Macht / Gedanken üben den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Wien, Springer Verlag, 1957, pp. 451-452.

<sup>11</sup>C. Schmitt, *Il guardiano della Costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, p. 62.

scienza individuale alla base di una partecipazione politica organizzata. Non è un caso che la fine delle ideologie abbia comportato non solo l'esplosione di un eccesso di individualismo, ma la scomparsa di quel principio di equilibrio che si manifestava nella weberiana etica della responsabilità. La crisi della legalità e delle categorie del pensiero giuridico e politico classico ha comportato il tracollo della responsabilità reciproca dei singoli e delle istituzioni. Rispetto ad esso nessuna superiore sapienza di circoli ristretti, siano essi governanti, legislatori o – come in questo caso – giudici, potrà supplire ad una decadenza morale, intellettuale e culturale, aiutare ad uscire dalla quale è oggi il nostro principale dovere di studiosi.

### 1. *La legalità e la sua crisi: paradigmi vecchi e nuovi*

La crisi del principio di legalità è risalente nella storia della moderna civiltà giuridica occidentale; per certi aspetti, essa coincide tanto con la nascita del moderno Leviatano quanto con la crisi connaturata allo Stato moderno e alle sue funzioni, ovvero alla incapacità dello Stato-macchina, prima assoluto poi “di diritto”, ovvero legislativo, di tener fede alle sue promesse, si trattasse dell'ordine, della pace o della certezza e prevedibilità delle conseguenze connesse alle azioni, tanto dei cittadini quanto degli organi statali.

L'ordine, del resto, è un concetto ambiguo, che spesso mostra risvolti e facce nascoste; lo si collega di solito con condizioni di equilibrio, per esempio tra i “poteri” propri dello Stato di diritto e costituzionale. Si pensa allora che un ordinamento “giusto” possa e debba essere la conseguenza di un'organizzazione imposta “razionalmente” dall'esterno agli attori giuridici: il legislativo, il cosiddetto “esecutivo”, il giudiziario (per restare nella tripartizione classica, oggi indubbiamente in crisi).

È certo inevitabile giudicare con i concetti che a tutti sembrano più ovvi e che ci portiamo appresso dalla rivoluzione scientifica moderna: esperimento, analisi, separazione, informazione. Ma le scienze dello spirito non sempre sono il terreno più adatto perché vi si applichi la metodologia galileiana dell'equilibrio come fattore di ordine. Talvolta, anzi, è proprio la nuova metodologia del caos e delle “strutture dissipative” di Prigogine<sup>12</sup> che possono far capire meglio come il disordine e il non-equilibrio possano essere gli ambienti più consoni alla creazione e alla conservazione dell'ordine, il quale non solo si genera sempre dal disordine, ma necessariamente *presuppone* il disordine, il non-equilibrio, la non-omogeneità.

Può sembrare, questa, una posizione originale, ma non lo è. Certo, le nozioni tramandate ci dicono che ordine ed equilibrio ambientale si tengono e

---

<sup>12</sup> Cfr. I. Prigogine, I. Stengers, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, trad. it. di P.D. Napolitani, Torino, Einaudi, 1999.



mentalmente non riusciamo a reggere l'immagine di un ordine che si auto-organizza nel disordine e nel non-equilibrio, ma, come suggeriva Fritjof Capra, non è l'informazione il fondamento del pensiero, perché, in realtà, «la mente umana pensa per mezzo di idee, non di informazioni»<sup>13</sup>. La formazione di idee non avviene però nel vuoto della “mancanza di idee”, ma sul presupposto dell'esistenza di altre idee, rispetto alle quali la formazione di nuove idee può essere conforme o contraria. In altri termini, pensare è possibile sempre sulla base di un'esperienza concreta, di un vissuto che forma e *pre*-giudica, in qualche modo, le prese di posizione rispetto alle questioni concrete che ci impongono di immaginare risposte e soluzioni.

Voglio dire che la dimensione politico-giuridica dell'uomo di cultura che cerca di comprendere criticamente il mondo nel quale vive e agisce deve essere una dimensione dove l'astratto si unisca sempre con il concreto, la forma con i suoi contenuti, la funzione con la sostanza. La dimensione puramente formale che si è pensato per anni essere la risposta alle questioni dell'organizzazione statale fondata su presupposti di natura scientifica non è in grado di conservare se stessa oltre momenti effimeri o nella pura intellettualità libresco. La proposta del formalismo giuridico è tanto necessaria quanto incompleta e insoddisfacente, perché nessuna forma, sia essa morale, politica o giuridica, si regge su se stessa (lo aveva osservato già Ortega y Gasset criticando il suo maestro Hermann Cohen, referente filosofico, per quanto incerto, di Hans Kelsen<sup>14</sup>), ma sempre ha bisogno di una strutturazione empirica, di una conferma storica, nella fattispecie sociale nel senso della conflittualità propria della vita concreta degli uomini come soggetti agenti nel tempo.

È quello che aveva ben capito già Schopenhauer nella critica all'astratto “imperativo categorico” di Kant, puramente formale e auto-fondato, come diremmo oggi: «Siccome Kant, disdegnando tutti gli impulsi empirici della volontà, eliminò perché empirici tutto l'oggettivo e tutto il soggettivo sui quali si possa fondare una legge, per la sostanza di questa legge non gli rimase che la sua forma. E questa è precisamente la legalità, la quale però consiste nel valere per tutti, nella validità universale, che quindi diventa la sua sostanza. Per conseguenza, il contenuto della legge non è altro che la sua stessa validità universale, che quindi diventa la sua sostanza»<sup>15</sup>. La critica di Schopenhauer a Kant è alle origini di ogni critica che il pensiero giuridico di impronta “sostanziali-

---

<sup>13</sup> F. Capra, *La rete della vita. Una nuova visione della natura e della scienza*, trad. it. di C. Capararo, Milano, Rizzoli, 2001, p. 85, che continua: «Come mostra in modo dettagliato Theodore Roszack, in *The Cult of Information*, non è l'informazione a creare le idee, ma sono le idee a creare l'informazione. Le idee sono schemi integranti che non derivano dall'informazione ma dall'esperienza».

<sup>14</sup> Cfr. sul punto A. Carrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, III ed. ampliata, Napoli, ESI, 1992.

<sup>15</sup> A. Schopenhauer, *Il fondamento della morale*, trad. it. di E. Pocar, Bari, Laterza, 1970, p. 141.

stica” ha portato alle dottrine puramente formali, che in nome di una funzione ritenuta essere il crisma della scientificità di una teoria hanno di fatto eliminato ogni fondamento non-formale delle forme. Da questo punto di vista il contrasto tra la *reine Rechtslehre* di Hans Kelsen e la dottrina della costituzione di Carl Schmitt rimane esemplare di una guerra che nelle scienze dello spirito si rinnova periodicamente, solo sotto altri nomi.

## 2. Il diritto oltre il politico?

Se la validità universale non può essere il fondamento della stessa validità nella sua frammentazione empirica, in un circolo autoreferenziale che finisce col fondare – non a caso – le norme su altre norme, ovvero il diritto su se stesso, con conseguenze balzane dal punto di vista dottrinale, ma drammatiche dal punto di vista pratico, quali conseguenze bisogna trarne? Direi, innanzi tutto, quella di non considerare obsolete le categorie tradizionali della scienza giuridica, dalla sovranità all’imperio e alla *summa potestas*, dal territorio alla statualità, dalla volontà di comando al consenso popolare, dalla coerenza allo scopo. Non che queste categorie non possano e non debbano essere considerate in crisi, ovvero in una fase di ridefinizione concettuale, ma, a ben vedere, nessuno di questi concetti è stato, finora, sostituito da altri concetti che avessero un altrettale valore scientifico, ovvero indipendente da valutazioni meramente soggettive.

Se si considera, ad esempio, il concetto più maltrattato dell’ultimo secolo, quello di sovranità, si scopre che più che di una scomparsa generale del contenuto storico di questo concetto, dovrebbe parlarsi di una dissoluzione limitata ad alcune zone, ovvero ai paesi europei. Di sovranità – e quindi di statualità, territori, confini, potere, imperio, finalità ed interessi – si continua a parlare dovunque, dalla Cina alla Russia, dall’Iran agli stessi Stati Uniti. Proprio qui, ad esempio, con l’attentato alle torri gemelle del 9 settembre 2001, si è fatto ricorso massiccio alla rivendicazione di sovranità, che poi altro non è che l’altra faccia del principio fondamentale e necessario per ogni comunità, ovvero che la propria sicurezza è il bene supremo, come dice, tra tanti altri, Hobbes. In altri termini, si può rinunciare alla sovranità, come ha fatto l’Unione europea e come fanno molti Stati europei, ma ciò non significa che sol per questo la sovranità scompaia e con essa si dissolvono gli Stati. Questi, al contrario, restano «*accountable and answerable for our security and other vital conditions and services that we cannot provide for ourselves. Arguably they are the only ones who could be*»<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup>R. Jackson, *Sovereignty. Evolution of an Idea*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 138. Ha osservato A. Gamble, *Fine della Politica?*, trad. it. di S. Andreassi, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 49: «Per quanto forti siano le tendenze innescate dalla globalizzazione, essa non cessa di essere parte della sfera politica o di essere governata dalla politica».

La contrapposizione della globalizzazione alla sovranità statale è un'astuzia o un espediente messo in opera da attori interessati. Lo stesso deve dirsi per la (un tempo, pure non lontano) famosa "*lex mercatoria*", che sembrava contribuire alla scomparsa del potere statale. La globalizzazione, in realtà, così come la *lex mercatoria* rediviva, hanno sempre presupposto il sistema degli Stati sovrani; è anzi questo sistema che rende possibile quei fenomeni, del resto qualitativamente non nuovi nella storia dell'Occidente. Tutte le organizzazioni "non-statali" non potrebbero agire senza il quadro di certezza e le garanzie offerte dal sistema degli Stati (variamente) sovrani. I teorici della globalizzazione non potrebbero muoversi liberamente da una parte all'altra del globo se non ci fossero tutta una serie di accordi e convenzioni firmati da Stati sovrani che rendono possibile e sicuro viaggiare da San Francisco a Londra, da Roma a Tokio.

Si obietta che il fenomeno del terrorismo internazionale è una prova evidente della fine della sovranità statale, ma si tralascia di considerare che il terrorismo, quando non è privo di finalità e azione di soggetti isolati, mira sempre ad un qualche mutamento di natura statale, o nelle politiche degli Stati attaccati o nelle politiche degli Stati di provenienza: il caso di Al-Qaida, da questo punto di vista, è più che evidente. Anche qui, dunque, nemmeno il terrorismo mette in discussione la persistenza delle categorie classiche della scienza giuridica e politica moderna: Stato, sovranità, sicurezza.

La crisi della legge è dunque un fenomeno parallelo – e forse anche un epifenomeno – di altri processi più comprensivi, la cui ragione non è sempre da riscontrarsi nella mera evoluzione della realtà sociale, culturale, economica, ma anche nella volontà determinata da interessi particolari. È vero che la quantità di leggi-provvedimento, ovvero il governo attraverso la legge (i "decreti-legge" del governo sono leggi fatte dal governo, anche se formalmente riprese dal parlamento), ha messo in crisi la legge in senso classico, generale e astratta. L'errore, qui, però, consiste nello stabilire un nesso di causalità univoca tra il fenomeno delle leggi-provvedimento e la crisi della legge. La questione è più complessa e radicale e riguarda la contraddizione fondamentale (e irrisolvibile) dello Stato moderno, ovvero l'idea che l'autorità e non la verità fa la legge. Si tratta indubbiamente non solo di una tesi corretta, ma anche di un dato di fatto; senonché, questo fatto, a partire da Hobbes, è anche storicamente determinato, nel senso che riguarda il fenomeno dello Stato moderno nella sua fenomenologia empirica, non toccando però un'altra dimensione, che è quella dello spirito e della tradizione più profonda dell'Occidente, rispetto alla quale quella nuova verità è semplicemente eversiva di una storia. Negli ultimi duemila anni, infatti, le due grandi rivoluzioni restano ancora quella cristiana e quella dello Stato moderno, inteso come apparato meccanico e sovraordinato alla società conflittuale che dissolve la *respublica christiana*.

La legge quale esito della volontà di un'autorità è un fenomeno solo in parte anche pre-moderno. È vero che sembra risalire ad Ulpiano, ma questi era un

giurista già della decadenza di Roma, nel III secolo d.C. e dunque codificava una situazione che non a caso determinerà, un secolo dopo, l'innalzamento a religione di Stato del cristianesimo per volontà e per un progetto politico di un Imperatore, Costantino. Tuttavia, la dimensione storico-spirituale più profonda, che certo confligge con quella concretamente spesso vincente, non vede la legge quale mero prodotto della volontà di una autorità, bensì come qualcosa che viene scoperto e non prodotto, di già esistente e non di innovativo. Ogni legge, diceva Demostene, «è una scoperta, un dono divino»; per Agostino si può conoscere la legge eterna, non giudicarla (e quindi non farla), per lo stesso Bacone – che pure è alle origini della mentalità moderna – «*regula enim legem (...) indicat, non statuit*». E per Edmund Burke, ancora prima della Rivoluzione del 1789, le cose stavano nello stesso modo: «Sarebbe difficile affermare una tesi più profondamente eversiva di tutto ciò che è ordine e bellezza, della pace e della felicità umane, che non quella secondo la quale un gruppo di uomini potrebbe arrogarsi il diritto di legiferare a proprio arbitrio; oppure quella che le leggi derivino la loro autorità esclusivamente dalla fonte da cui materialmente promanano, prescindendo dalla validità del loro contenuto intrinseco. In realtà, tutte le leggi umane non possono essere altro che dichiarative. Possono variare nella forma e nel modo di applicazione, ma sempre che non alterino l'intima essenza della giustizia»<sup>17</sup>.

La citazione di Burke è ripresa dal famoso saggio di E. Corwin sulla “legge superiore”, ma si tratta di una citazione parziale, perché Corwin cita Burke<sup>18</sup> solo relativamente alle leggi che hanno a che fare con la *equity*, mentre Burke continuava relativamente anche alla leggi che hanno a che fare con la *utility*, anche se anche queste devono connettersi con il principio della *equity*. In ogni caso, ciò che fonda la razionalità della legge è il suo fine, ovvero quello di servire il bene generale della collettività, il “*Common-wealth*” di Hobbes. Ma cosa è bene generale? Chi stabilisce cosa è bene generale? È esattamente questo il limite di ogni riflessione solo apparentemente neutrale rispetto alla finalità di una legge; ora, la crisi di questa sta esattamente nel fatto che col tempo, ovvero con l'ingresso nello Stato di soggetti plurali, aventi interessi divergenti, ovvero con lo Stato pluriclasse prima e con lo Stato frammentato oggi, la legge non riesce più a tenere insieme, nella sua “generalità” e “astrattezza”, la pluralità di questi interessi.

Va però anche detto che l'incapacità della legge ha un'altra causa, che non discende direttamente dal pluralismo sociale, ma dalla debolezza della politica, ovvero dalla crisi dello Stato. Quando la legge era la «forma più elevata» della volontà dello Stato, per ricordare Otto Mayer<sup>19</sup>, ciò succedeva perché lo

---

<sup>17</sup> E. Burke, *Tracts On the Popery Laws*, (1780), in Id., *Works*, Boston, Little & Brown, 1867, vol. VI, pp. 322-323.

<sup>18</sup> Cfr. E.S. Corwin, *L'idea di “legge superiore” e il diritto costituzionale americano*, trad. it. a cura di S. Rosso Mazzinghi, Vicenza, Neri Pozza, s.d., p. 24.

<sup>19</sup> O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, (1924), reprint Berlin, Duncker & Humblot, 2010,

Stato era un'entità in sé compatta, per ragioni socio-economiche (prevalenza di una classe) o storico-politiche (forza militare del sovrano, obbligo morale di obbedienza). Uno Stato che si lascia per così dire "invadere" dal pluralismo sociale, senza governare il conflitto, è uno Stato che ha abdicato a priori alla sua funzione fondamentale, quella di garantire la pace. Questa è la funzione preventiva dello Stato, la premessa per ogni attività successiva; ed è anche la ragione per la quale la globalizzazione, ovvero un'ideologia, è il nemico della pace e della garanzia del diritto. È un errore che si è mostrato finora catastrofico quello di non saper cogliere la dimensione politico-ideologica che ha portato ai discorsi sul superamento dello Stato, che avevano il solo fine di smantellare gli ultimi baluardi contro l'invasione disgregante della soggettività astratta, funzionale alla riduzione dei singoli a entità indifferenziate di consumo universale.

Il capitalismo post-moderno appare così qualcosa di ultroneo rispetto al capitalismo classico. La sua finanziarizzazione estrema ha portato alla completa scissione tra la produzione materiale e l'accumulazione di profitto, che prescinde sempre più da ogni fondamento concreto: il valore d'uso è del tutto indipendente dal valore di scambio delle merci, nel senso che la merce è essa stessa sempre più astratta, ovvero virtuale. Anche se la ricchezza è un valore metafisico nel mondo odierno, questa ricchezza agisce sui comportamenti dei singoli, che sempre più pensano di dipendere da questa stessa astrazione *par excellence* che è il denaro. È difficile prevedere quando questo nesso si spezzerà, con conseguenze difficilmente prevedibili, ma il fatto è che gli Stati sono caduti nella trappola – ideologicamente organizzata – della impotenza, che dipende più dalla loro debolezza immaginata che dalla loro reale incapacità di costruire un sistema efficiente e autorevole. Sintomatico di questa debolezza preventiva è l'atteggiamento dell'Europa nei confronti delle crisi del mondo arabo, la Libia prima e la Siria oggi: il discorso è limitato ai diritti dell'uomo e a come eliminare i loro presunti avversari, senza mai immaginare che la tutela dei diritti è la conseguenza di una politica forte, non di un umanitarismo puramente retorico.

La crisi della legalità è dunque la crisi determinata da una confusione crescente tra ciò che è politico e ciò che non lo è. Si ritiene che possa esistere una sorta di giustizia politica valida sempre ed ovunque, per tutto e per tutti, che possa darsi una "legalità" astratta, indipendente dalle concrete differenze che ogni nazione, popolo o collettività presenta. Indubbiamente, possono esservi degli elementi universalmente validi, ma sono quelli essenziali connessi ad una umanità generica; anche qui ci sarebbe da discutere, perché lo stesso Aristotele, quando parlava di una giustizia politica «in parte naturale (...) che ha

---

vol. I, p. 64: «La volontà dello Stato acquista la sua forma più elevata quando viene espressa sotto il nome della legge».

ovunque la stessa validità e non è fondata sulle varie opinioni della gente» forse non pensava ai Cinesi e agli Arabi, ma a raggruppamenti già in sé in qualche misura omogenei. Certo è, comunque, che per Aristotele, accanto alla giustizia politica “naturale”, si dava quella legale, «che prescinde da ogni derivazione trascendente»<sup>20</sup>. La giustizia politica legale è dunque quella che si fonda sulle decisioni necessarie per una specifica, concreta comunità, il cui scopo è necessariamente la conservazione di quella comunità e dei suoi interessi entro una collettività più larga che è data dall’insieme delle genti.

La legalità presuppone dunque una capacità di scelta politica, perché non ogni “legge”, nella modernità, può ambire ad essere considerata tale indipendentemente dalle sue finalità concrete. Il principio di legalità non regge dinanzi ad una discrezionalità crescente, a livello amministrativo e giudiziario, che non trova confini se non in una politica forte e consapevole di se stessa. Se, in altri termini, discrezionalità e poteri impliciti sono ineliminabili in ogni pratica di potere, questa discrezionalità e questi *implied powers* restano cooperativi alla conservazione della collettività solo se trovano un canale predeterminato, diciamo quella funzione di indirizzo politico che presuppone una visione chiara degli obiettivi concreti utili per una determinata nazione, un determinato popolo nella sua generalità.

Concretamente, ciò significa che principio di legalità e primato della politica si connettono e nella contemporaneità la politica è quella caratterizzata dal principio della sovranità popolare, ovvero dal principio democratico. Una connessione che sempre più, nel mondo post-moderno dominato dalla finanza globale, è andata perduta. Esempio di questo scollamento è il caso delle cosiddette autorità amministrative indipendenti. Queste ‘*authorities*’ vengono di fatto a rappresentare dei contropoteri non organici alla unitarietà dello Stato per la genericità degli obiettivi, che rischia appunto di far saltare la coerenza dell’ordinamento in mancanza di un potere politico forte e orientato alla conservazione dell’insieme. La poliarchia degli ordinamenti giuridici contemporanei mette a rischio tanto il principio democratico quanto, direi ormai da tempo, il principio di legalità<sup>21</sup>. Se per Dicey<sup>22</sup> la discrezionalità implicava automaticamente la subordinazione della legge e quindi la negazione della *rule of law*, oggi questa opposizione richiede uno sforzo teorico e una pratica meno disordinata e confusa per conciliare entrambe, legge e discrezionalità, in una struttura giuridico-politica meno sgangherata di quanto non siano i tipi di ordinamento giuridico che si stanno delineando in un Occidente in crisi acuta di responsabilità politica.

---

<sup>20</sup> Aristotele, *Etica a Nicomaco*, trad. it. di C. Natali, Roma, Laterza, 1999, V, pp. 7, 1-2.

<sup>21</sup> Cfr. G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 4/2007, pp. 710-12.

<sup>22</sup> Cfr. A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, (1885), trad. it. di V. Torre, Bologna, il Mulino, 2003.

Si può immaginare che questa limitazione della discrezionalità sia determinata anche dalla natura degli obiettivi o dalla materia stessa oggetto della regolazione e del controllo, ma si tratta, in questi casi, di un tecnicismo che alla lunga si rovescia contro l'autonomia del politico, che viene fatto dipendere sempre più dal primato della tecnica<sup>23</sup>. A ciò aggiungasi che, di contro all'ampliarsi dei poteri di queste autorità (ma non solo), spesso il richiamo alla legalità (con riferimento alla riserva di legge o in generale al principio di legalità) viene fatto dalla magistratura, la quale, paradossalmente, finisce con l'incidere in maniera ancora più pesante e in negativo sui poteri che andrebbero riservati alle scelte della politica, nel senso che è il potere giudiziario che "conferisce" poteri e autorizzazioni alla politica, con derive evidenti verso la dissoluzione dello Stato di diritto in senso classico<sup>24</sup>. In maniera altalenante ciò appare chiaro nell'esperienza degli Stati Uniti, in particolare a seconda del tipo di giurisprudenza (ovvero della politica della Corte) costituzionale federale, ma in maniera più univoca questo è il trend nei paesi di *civil law* europei, dove la debolezza della politica consente una fragilizzazione estrema della legge (basata sulla sovranità popolare) quale fonte del diritto a favore del giudiziario, da un lato, e di un'amministrazione spesso complice del potere economico-finanziario (dove il termine "complice" può essere variamente declinato).

Né può essere più sufficiente, in una società complessa come la nostra, indicare per l'attività delle amministrazioni un fine, quale che sia. Esso appare sempre troppo generico rispetto alla concreta attività di un'amministrazione (o di una autorità) perché nessuna legge può prevedere tutti i mezzi che possono rivelarsi, di volta in volta, utili per il raggiungimento dello scopo. Il principio di legalità cede, dunque, al tecnicismo, da un lato, mentre, dall'altro, principio del contraddittorio e motivazione dei regolamenti – pur da distinguersi dai provvedimenti – non sembrano in grado di costituire una garanzia sufficiente per il rispetto del principio stesso. Il rinvio alla legge come copertura di tutto ciò che di "implicito" può esservi nei provvedimenti amministrativi non basta, perché è la legge stessa che ormai soffre di una sua propria, insuperabile debolezza. Non è impossibile, infatti, e tutto sommato nemmeno difficile rintracciare nel sistema le vie che portano dalla discrezionalità alla fondazione normativa generale, dalla indeterminatezza regolamentare alla determinatezza di quegli stessi regolamenti in una qualche legge. Anche la tipicità degli atti, sulla quale la letteratura in ambito amministrativistico è amplissima, non significa che attraverso quella tipicità venga in qualche modo garantito il principio di legalità. Poteri

---

<sup>23</sup> Per di più, «non sempre la rete di principi, procedure, criteri tecnici, raggiunge tali risultati. Talvolta infatti i criteri sono così generici che, per l'assenza di riscontri nella normativa primaria cui fare riferimento, il principio di legalità non può dirsi rispettato»: G. Morbidelli, *Il principio di legalità*, cit., p. 712, nota 16.

<sup>24</sup> Cfr. A. Carrino, *Dopo le costituzioni*, Napoli, ESI, in corso di stampa.

impliciti o espliciti: un dilemma importante, ma che ha senso solo dove la legge è essa stessa forte e chiara in quanto emanazione di un potere legittimo e consapevole di se stesso. È proprio questo potere originario che oggi manca e che quindi determina i fenomeni di poliarchia entro il sistema che, positivi o negativi che possano essere nei loro effetti finali, sono fattori di sfaldamento della coerenza necessaria ad ogni sistema giuridico.

Il potere implicito, in definitiva, non è certo in quanto tale la negazione della legge. Ogni potere si irradia necessariamente in altri poteri e allontanandosi dalla fonte originaria acquista autonomia e quindi competenze formalmente non previste. Subentra la capacità di scelta dei funzionari, la loro qualità e la loro (auspicabile) intelligenza. I poteri formalmente attribuiti all'amministrazione presuppongono che ad un certo punto – in maniera però responsabile – gli organi dell'amministrazione, centrali o periferici, possano (e qualche volta debbano) esercitare poteri non formalmente attribuiti. Non è però questo fenomeno che mette in crisi la legge. Piuttosto, la legge impotente, oscura, torbida, semplicemente toglie obblighi di responsabilità agli organi che agiscono. È significativo, in questa ottica, il fatto che la dottrina, in passato, considerasse obbligatoria un'attività discrezionale e persino coercitiva una volta che la legge avesse attribuito una competenza ad un organo amministrativo; il rischio che la discrezionalità amministrativa mettesse in crisi l'*imperium* della legge non era ancora immaginato come reale. La forza della legge, la sua autorità, era tale che i suoi destinatari ne venivano per così investiti tanto di forza (esplicita ed implicita) quanto di responsabilità e ciò anche quando l'investitura non proveniva direttamente dalla legge. Diciamo che ciò che teneva insieme il tutto era un rapporto *gerarchico* di forze.

Per forza gerarchica intendo quel nesso di consequenzialità di natura finalistica che teneva o che dovrebbe tenere insieme tutti i momenti e tutte le attività del sistema giuridico-politico, nel senso che ogni organo, da quelli costituzionali a quelli meramente esecutivi, dovrebbe avere in se stesso – naturalmente nella persona titolare dell'organo – la consapevolezza di agire in funzione e per il bene del tutto, ovvero dell'ordinamento. Non, si badi, del fine concreto, di natura economica o sociale, cui ogni provvedimento può essere funzionale, che è esterno all'ordine giuridico; ma proprio per il buon funzionamento (o "andamento", se si vuole), della macchina e delle sue regole, secondo il principio proprio della *rule of law*. È quando si è chiesto alla legge di regolare minuziosamente ogni esplicito atto autoritativo (autorizzativo o ostativo) finalizzato al raggiungimento di una condizione fine a se stessa che la legge ha cominciato a perdere la sua autorevolezza e il potere non legislativo (qui non solo quello amministrativo in senso stretto, ma anche quello giudiziario) si è cominciato a slegare dalla legge, potendo poi anche farne a meno.

La ricerca del fondamento legale dell'attribuzione di potere è oggi tutt'al-



tro che facile ed evidente nella congerie di fonti, spesso generiche e incerte. La finalità dell'azione amministrativa, finalità spesso esterna all'ordine giuridico, si ribalta su questo inquinandolo e giustificando solo a posteriori, con riferimenti a "valori" e scopi concreti e settoriali, una legittimazione che in origine era assente. La tipicità si amplia *ex post* e non *ex ante*, secondo un criterio di autorizzazione normativa in senso classico. Oggetti non previsti nella normazione primaria entrano a costituire le finalità di quella stessa normazione. L'amministrazione si autonomizza rispetto al potere legislativo (e quindi allo Stato) e pensa di poter raggiungere scopi che non sempre coincidono con quelli propri dello Stato e della politica; questa separazione è foriera di incertezze e alla lunga di interventi equilibratori del potere giudiziario (amministrativo e/o costituzionale), che per parte sua opera come la fonte successiva di legittimazione del potere implicito (e in genere di ogni potere sottoposto al suo sindacato) sulla base di criteri interpretativi diversi da quelli classici della conformità alla legge, ma piuttosto di conformità al raggiungimento di obiettivi settoriali o di assolvimento di principi generalissimi.

La riserva di legge non basta più a garantire l'osservanza del principio di legalità e ciò perché la legge ha voluto farsi provvedimento, parificando i vari settori della produzione giuridica. Non è un caso che la giustizia costituzionale, da questo punto di vista, si erge al di sopra dell'ordinamento positivo in quanto tale e nel suo insieme, abolendo innanzi tutto la discrezionalità politica che è necessaria al mantenimento del sistema. Il riferimento a tavole di principi e valori sovrappositivi (innanzi tutto i diritti dell'uomo in quanto soggetto giuridico universale) mette in discussione prima e priva di autorevolezza poi i luoghi classici della politica: il governo e il parlamento. Si tratta, è bene dirlo subito, di un processo di de-sostanzializzazione della politica e del diritto cominciato da molto tempo e che ha trovato già nella critica di Hans Kelsen al concetto di sostanza il suo punto teorico più alto (qualcosa di simile, da altri punti di vista, anche in Maritain). Ciò impatta innanzi tutto con la critica al concetto di sovranità, la cui "rimozione" è alle origini della crisi della legge e, più in generale, dello Stato. Un ritorno al principio di legalità quale conseguenza di una fondazione legittima del potere deve fare i conti con questa critica e rimettere in auge un concetto la cui importanza è tutt'altro che dimidiata dai processi di globalizzazione più recenti: «*A liberal democrat – ha scritto Allan – must temper his enthusiasm for representative decision-making with concern for the effects, often unforeseen, on those with legitimate interests that conflict with governmental policy or determinations of public good*»<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 307.

### 3. Per un ritorno alla sovranità (statuale)

Pensare la sovranità è un esercizio molto difficile, dopo che si è fatto di tutto per rimuoverla. Tuttavia, potrebbe essere meno difficile se si partisse dal riconoscimento empirico della sua esistenza in luoghi diversi dall'Europa. La sovranità è il cardine dell'agire di spazi politici altri, che però occupano la quasi totalità del mondo. Sovrano è lo spazio della Turchia neo-ottomana di Erdogan, della Cina, della Russia, dell'Iran, dell'Arabia Saudita, oggi anche del Giappone, dell'India, della Gran Bretagna e, soprattutto, degli Stati Uniti d'America.

Colpisce che nel momento in cui statualità e sovranità vengono dichiarati morte nella dottrina più "avanzata" della scienza giuridica europea, l'una e l'altra sembrino godere di ottima salute in tutto il mondo. Non che qualche tempo fa non vi fossero buone ragioni per confidare in questo certificato di morte. In fondo, la fine della storia proclamata da Fukuyama ai primi degli anni '90 fece epoca, ma, come sappiamo, era un proclama infondato. Diversa l'impostazione di alcuni giuristi, che costruirono in buona fede su questa premessa. Penso qui, a titolo di esempio, a Hasso Hofmann al suo già citato saggio sulla fine della dottrina dello Stato e sulla opportunità di approfondire le tematiche relative alla "sociologia della costituzione". Lo Stato, scriveva Hofmann, «sembra continuare a essere solo il pallido nome, teoricamente del tutto superfluo, per un sistema di azioni che compare una volta con la pretesa, da tempo non più sostenibile, di produrre e di preservare con le sue decisioni l'«intera razionalità» di una società. Che questa radicale emarginazione dello Stato possa essere, con buoni motivi, criticata, è un'altra questione. In ogni caso, lo Stato non è più un indiscusso ed efficace concetto centrale. In questa situazione anche la magia della parola, enfaticamente esercitata nella teoria giurispubblicistica, può cambiare molto poco»<sup>26</sup>.

Le considerazioni di Hofmann si giustificavano nel momento in cui venivano fatte, ma, indipendentemente dalla possibile obiezione, da lui stesso presa in conto, che ciò non è necessariamente un fatto positivo, va detto comunque che lo Stato non è mai stato esaustivo nella "razionalità" e nella sua produzione. Lo Stato moderno assume su di sé la funzione di produrre e conservare la pace, di mitigare e superare i conflitti, di offrire alle parti sociali in lotta uno spazio simbolico comune – quella che sarebbe stata la "costituzione" – dove esercitare il conflitto, ma questa razionalità non è mai stata «intera», anzi, sotto vari aspetti, lo Stato moderno non è mai riuscito a trasformare la ragione astratta in realtà concreta, nonostante le dichiarazioni dei diritti e le tante costituzioni succedutesi. Questa incapacità di tradurre l'astratto in concreto è

---

<sup>26</sup>H. Hofmann, *Dalla sociologia dello Stato a una sociologia della Costituzione?*, (1999), trad. it. di G. Sgrò, in Id., *La libertà nello Stato moderno*, cit., p. 72.

anche alla base della inevitabilità dei rapporti di potere in quanto tali, che determinano il primato del concreto sull'astratto, della "sostanza" sulla "funzione" anche là dove, come nella modernità, la funzione sembra avere preso lo scettro.

Questo corto circuito tra ragione e storia, astratto e concreto, norma e realtà, è ciò che impedisce l'abolizione della sovranità, sia come concetto sia come relazione. Ovviamente, la sovranità è un processo, storicamente determinato persino nella sua definizione (*imperium*, potere, ecc.), che oscilla a seconda del tipo di rapporti che si dà nel nesso tra la società civile e il "suo" Stato<sup>27</sup>. Ma l'idea che la sovranità, che è un concetto connesso certamente con lo Stato, sia nella sua forma moderna sia in forme pre-moderne di esercizio del potere, possa essere rimossa, abrogata, superata in nome di un diritto assoluto del singolo in quanto soggetto "naturalmente" giuridico è una dichiarazione ideologica del tutto priva di riscontri nella realtà effettuale. O, meglio, si assiste ad una volontaria rinuncia della sovranità politica a favore del primato dell'economico, del mercato senza limiti, della finanza mondiale, solo in alcune zone del mondo, specificamente in alcuni paesi dell'Europa occidentale e nelle loro culture giuridiche (ma anche in omologhi americani), ma non nel resto del mondo: non nella Turchia neo-ottomana, che aspira a posizioni di egemonia nella sua "sfera di influenza", non nella Russia di Putin né nella Cina, né nell'Iran, né negli Stati Uniti e nemmeno nel Giappone, che torna a pensare in termini geo-politici.

Persino paesi apparentemente arretrati come alcuni paesi arabi esercitano, in virtù delle loro immense ricchezze finanziarie frutto della vendita del petrolio, una sovranità extraterritoriale che influisce sui rapporti di forza, attraverso il denaro o il terrorismo contro l'Occidente che essi finanziano (si pensi all'Arabia Saudita e al Qatar) pur essendo questi governi coccolati da europei e americani. Dunque, l'idea della fine della sovranità e dello Stato sovrano è solo un'arma ideologica usata contro l'Europa occidentale al fine di rendere l'Europa stessa un non-soggetto sullo scenario internazionale, una terra di conquista, si tratti delle merci o dei popoli migranti. Il ripensamento del concetto di sovranità (e quindi di Stato sovrano) è una necessità tanto della scienza giuridica quanto della politica in un'ottica di difesa della civiltà europea. È anzi compito urgente della scienza evidenziare il non-fondamento delle dottrine sulla fine della storia, il neo-liberalismo universale, la globalizzazione, la morte dello Stato, il disvalore della sovranità e dei concetti classici della scienza giuridica e politica.

Direi, da questo punto di vista, che solo Carl Schmitt ha colto con acutezza la dimensione bellica insita nelle controversie apparentemente solo "concettuali" della scienza giuridica, questa scienza "pericolosa". Si combatte una guer-

---

<sup>27</sup> Cfr. F.H. Hinsley, *Sovereignty*, Second edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 24-25.

ra, diciamo una guerra civile, anche nella scienza, i cui concetti servono a giustificare scelte politiche determinate. Rinunciare allo Stato e alla sovranità significa allora sguarnire praticamente le nazioni della vecchia Europa per renderle incapaci di agire politicamente: la dimostrazione più evidente, da questo punto di vista, è l'incapacità della cosiddetta "Unione europea" a fare fronte alle crisi della Libia, della Siria e in generale del Vicino e del Medio-Oriente. La reazione dell'Europa alla politica attiva della Russia è un'altra palese dimostrazione di questa volontà di auto-annientamento di ogni capacità di azione e di reazione: aver messo le sanzioni economiche alla Russia è stato solo un modo per indebolire politicamente l'Europa e schierarla contro la Russia, non certo di risolvere la questione dell'Ucraina o della Crimea, se questioni sono davvero e non pretesti funzionali a determinati interessi.

Rimettere dunque in auge, nel dibattito scientifico, i concetti di sovranità e di Stato sovrano (che non significa non affrontare l'esigenza di allargamento degli Stati nazionali in direzione di "grandi spazi" politico-economici<sup>28</sup>) significa riportare la scienza giuridica al centro di un progetto di possibile fuoriuscita dalla crisi. Ripensare la sovranità non significa voler tornare ad un mondo e ad un'epoca superati, ma, più semplicemente, voler restituire i suoi privilegi alla politica, perché, in verità, voler fare a meno del concetto di sovranità – pur nella difficoltà concettuale del termine – significa voler fare a meno della politica, come aveva già osservato a suo tempo R.G. Collingwood: «*Sovereignty is merely a name for political activity, and those who would banish sovereignty as an outworn fiction are really only trying to shirk the whole problem of politics*»<sup>29</sup>.

La sovranità è un concetto al tempo stesso politico e giuridico ed in ciò sta la sua enorme importanza; voler fare a meno della sovranità significa mettere il diritto contro la politica e non a caso è esattamente ciò che è accaduto nell'ultimo secolo, a partire da Hugo Krabbe e Hans Kelsen per arrivare ai corifei della globalizzazione e dei diritti dell'uomo, di cui troppo spesso non si prende in considerazione il rischio di deriva antidemocratica<sup>30</sup>. Ma scindere diritto e politica – atto in se stesso politico in un senso particolare – significa fare del diritto stesso una pallida forma di se stesso, il riflesso di una vaga aspirazione alla razionalità che si trasforma immediatamente nella crisi della legalità, intesa come crisi del diritto e della stessa democrazia, perché senza Stato – quale che sia la sua configurazione giuridica – non v'è rappresentanza possibile, come si dovrebbe sapere a partire almeno da Hobbes. La conseguenza della "fine del-

---

<sup>28</sup> Cfr. A. Carrino, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, Stati nazionali e "grandi spazi"*, Modena, Mucchi, 2016.

<sup>29</sup> R.G. Collingwood, *Essays in Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 106.

<sup>30</sup> «*Individual rights inevitably have anti-democratic implications. Every western liberal democracy struggles to find a balance. This struggle has been shaped by battles over the rule of law. There are two interrelated but distinguishable facets to this: the limits imposed on democracy, and the power accorded to judges*»: B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, cit., p. 104.

lo Stato” e della sovranità<sup>31</sup>, che tanto piace ad alcuni teorici dei grandi sistemi umanitaristi, è allora anche la fine della rappresentanza e della democrazia, almeno della democrazia possibile.

V'è anche un altro aspetto connesso alla fine della sovranità e consiste nel fatto che nel momento in cui la legge non è più la regola generale che determina i poteri del sovrano e quindi anche, conseguentemente, i limiti di questo potere rispetto ai diritti dei singoli, la stessa democrazia, che pure presuppone Stato di diritto e principio di legalità, può trasformarsi facilmente nel suo contrario, ovvero in una tirannia della legge contro gli individui. La funzionalizzazione dei rapporti sociali – dal punto di vista del discorso sociologico la loro “liquefazione” nella società “liquida” – non è allora un progresso, come poteva apparire ancora a Kelsen negli anni '20 del secolo scorso, ma il luogo dove il dominio non trova più resistenze (sostanze) e il potere non ha bisogno di imporsi con la violenza, ma semmai, com'è già oggi, con una crescita esponenziale di “leggi”, che dissolvono definitivamente tutti i privilegi e le libertà dei singoli a favore di una astrattissima libertà e di formalissimi diritti universali dietro i quali si nasconde il potere concretissimo della finanza mondiale, che asciuga e prosciuga ogni autonomia e indipendenza individuale e di “comunità”. La democrazia sta in effetti diventando sempre più dispotica per l'impossibilità stessa di resistere, di opporsi a comandi organizzati in mera forma di legge. La paura del numero (dei poveri) che portava Bruno Leoni a contestare la rappresentanza universale in nome della libertà e della proprietà non ha più ragion d'essere, perché i poveri non sono più “rappresentabili” nello Stato, ma formano una massa anonima e informe che fa solo ombra alla macchina ben oliata del potere fintamente “democratico” e “rappresentativo” della società post-moderna.

---

<sup>31</sup> Per una rassegna sulle posizioni che sostengono la “morte dello Stato”, cfr. Q. Skinner, *The sovereign state: a genealogy*, in H. Kalmo and Q. Skinner (eds.), *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 44 ss. Giustamente Skinner mette però in dubbio queste certezze affermando: «*This outcome strikes me as deeply unsatisfactory. One weakness of many recent discussions has arisen from their excessive eagerness to announce the death of the state. It is of course undeniable that individual states have forfeited many of the traditional attributes of sovereignty, and that the concept of sovereignty itself has to some extent become disjoined from its earlier associations with the rights of individual states. Nevertheless, the world's leading states remain the principal actors on the international stage, and the ideal of humanitarian intervention has yet to be invoked in such a way as to challenge the sovereignty of any major state. Furthermore, such states remain by far the most significant political actors within their own territories. They have become more aggressive of late, patrolling their borders with increasing vigilance and maintaining an unparalleled level of surveillance over their own citizens. They have also become more interventionist, and in the face of their collapsing banking systems they have even proved willing to step forward as lenders of last resort. Meanwhile they continue to print money, to impose taxes, to enforce contracts, to engage in wars, to imprison and otherwise penalize their errant citizens, and to legislate with an unparalleled degree of complexity. To speak in these circumstances of the state as “fading into the shadows” seems one-sided to the point of inattentiveness*» (ivi, p. 44).

Prima di concludere, c'è un punto che vorrei sottolineare, che credo costituisca un aspetto centrale della crisi della legalità nelle società occidentali: intendo accennare al ruolo che il ceto dei giuristi ha svolto e svolge e che per molti aspetti ha finito per sottrarre all'uomo comune il senso della legalità, e quindi dello Stato e del giusto e corretto agire. Si tratta, ovviamente, del ruolo assunto, in quanto potere, da parte del giudice – un processo che sta portando alla delineazione di un autentico “Stato dei giudici”<sup>32</sup> –, ma anche, e per certi aspetti soprattutto (specialmente in paesi come gli Stati Uniti d'America, ma oramai da tempo anche in Europa), del ruolo che il ceto giuridico in generale, a partire dagli avvocati come professione corporativa, svolge nel prosciugare la partecipazione attiva degli uomini non specialisti alla cura del diritto e della giustizia. Si tratta, anche qui, di un fenomeno per molti aspetti inevitabile, connesso però solo in parte con la tecnicizzazione e specializzazione delle competenze, che Tocqueville, già alla metà dell'Ottocento, aveva individuato in America. Ma pur nella sua ineludibilità, si tratta di un fatto i cui esiti deleteri sulla possibilità di una partecipazione spontanea, non mediata, devono essere sottolineati. È anche questa una delle cause del crescente “populismo”, che si sbaglia a bollare come fenomeno solo negativo, perché si tratta anche di un sintomo, del sintomo di una malattia che bisognerebbe provare a lenire, se non a curare. Le leggi sempre più oscure e incomprensibili invece presuppongono i loro “interpreti” oramai padroni di un diritto che dovrebbe essere patrimonio di tutti. La legge oscura, dominio incontrastato dei tecnici del diritto, mina alla radice la legalità e lo Stato di diritto che ne è il fondamento<sup>33</sup>. Sarebbe utile, in questa prospettiva, riflettere di più su quel “costituzionalismo populista” su cui scrive in America Mark Tushnet, antico esponente dei *Critical Legal Studies*<sup>34</sup>.

#### 4. Per una nuova legalità

In conclusione, una nuova legalità, che non tanto corrisponda all'ideale astratto del principio, ma piuttosto pratici le motivazioni originarie e cerchi di avvicinarsi alle finalità desiderate, non potrà non essere l'esito di una complessa riforma, prima intellettuale e scientifica, poi organizzativa rispetto alla

---

<sup>32</sup> Sul problema rinvio a due miei lavori: A. Carrino, *La giustizia come conflitto. Crisi della politica e Stato dei giudici*, Milano, Mimesis, 2011; Id., *Dopo le costituzioni*, cit.

<sup>33</sup> «Given that liberal theorists uniformly allocate a special place for an independent, neutral judiciary as the final preserve of the rule of law, the rule of law could not conceivably function without this group committed to the values of legality. This position however, also renders the legal profession, judges in particular, uniquely situated to undermine the rule of law»: B.T. Tama-naha, *On the Rule of Law*, cit., p. 59.

<sup>34</sup> Cfr. M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Courts. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2008.

configurazione di un ordinamento giuridico-politico efficace e valido. Si tratta di superare l'illusione che le idee possano tradursi in realtà indipendentemente dalla ricognizione della realtà quale essa è, rispetto alla quale il pensiero può agire prima comprendendo e poi aggiustando fin dove è possibile il concreto esistente. La tesi della indeterminatezza delle norme e delle sentenze, sostenuta prima dai realisti giuridici americani e poi con forza, sempre negli Stati Uniti, dagli esponenti della sinistra giuridica (*Cls*)<sup>35</sup>, non può essere messa da parte come mera espressione di una ideologia politica, perché, al contrario, ha posto e pone alla scienza giuridica – in particolare quella costituzionalistica – degli interrogativi che devono prima o poi trovare una qualche risposta.

Così, la comprensione scientifica del reale ci deve portare a riconoscere l'impossibilità di ogni forma pura di organizzazione politica: non quella di uno, non quella dei pochi, ovvero oligarchica (aristocratica), non quella dei molti (popolare o democratica). Significativo che nel racconto fondativo della civiltà europea, l'*Iliade* di Omero, cui pure ci si richiama per la prima formale rivendicazione del primato del governo monocratico, di fatto si scopre la forza dell'assemblea, da un lato, e della moltitudine, dall'altro. Anche nel mondo europeo classico si riconosceva che nessuna forma di governo può non essere mista, ovvero non contenere elementi dell'una e dell'altra, anzi di tutte e tre le forme di governo classificate. Qualcosa di simile disse anche Kelsen e di fatto ogni sistema politico che si rispetti deve fare i conti con la necessità del comando, l'opportunità del controllo, la bellezza della regola, nella consapevolezza che anche là dove la legge governa, non è detto che fiorisca la libertà, per rovesciare la nota asserzione di Locke, per il quale «*Where-ever law ends, tyranny begins*»<sup>36</sup>.

Solo l'insieme coerente di questi tre aspetti della vita di uno Stato rende possibile una legittimità che sia espressione, appunto, di una visione realista e non astratta e formale di quello che un'organizzazione concreta della vita politica può e deve essere. Non, dunque, fumisterie ideologiche sulla democrazia e i suoi valori assoluti, non l'idealizzazione del capo, non la giustezza senza sconti della decisione giudiziaria fondata su valori presuntamente sovrapositivi. Una concezione concreta della struttura giuridica di un popolo significa volere ricercare i fondamenti di legittimità dell'ordine in quanto tale, ovvero il riconoscimento del fatto – riconoscimento universale entro lo Stato – che ogni decisione, indipendentemente dall'organo da cui proviene, è riconducibile alla volontà del sovrano, che è il popolo, o alla sua decisione politica fondamentale che ha dato origine ad un concreto ordinamento. Ancora nella Roma imperia-

---

<sup>35</sup> Cfr. A. Carrino, *Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, Napoli, ESI, 1992. Rispetto a quella fase, lì criticamente commentata, si può aggiungere solo il libro di Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998.

<sup>36</sup> J. Locke, *Two Treatises of Government*, ed. Thomas Hollis, London, A. Millar, 1764, p. 143.

le era un dato evidente che nessun potere legislativo, che ponesse nuovo diritto, poteva fare a meno di considerare il diritto esistente, col quale anche la volontà dell'imperatore, per quanto "*legibus solutus*", doveva comunque fare i conti e trovare una conciliazione<sup>37</sup>.

Nessuna forma giuridica è dunque una forma semplice; il diritto non è mai solo norma, né forma astratta priva di un suo concreto contenuto. È questa concretezza che dà legittimità alle decisioni: ma cosa significa, qui, concretezza? Innanzitutto, recupero della responsabilità individuale, che vuol dire dover rispondere delle proprie azioni con conseguenze di volta in volta in volta positive o negative: l'umanitarismo fine a se stesso ha portato ad un dissolvimento della responsabilità individuale, con un rovesciamento radicale di una virtù propria della tradizione europea, la centralità dell'individuo, centralità che non è solo l'esito della "rivoluzione cristiana" (come pensava Hegel), ma fa parte del modo d'essere già dell'uomo greco, come dimostrano i poemi omerici<sup>38</sup>. Concretezza, però, significa anche saper cogliere gli effetti praticamente concreti di forme e figure solo apparentemente astratte pur essendo indubbiamente delle *finzioni*, come, appunto, la forma-Stato, la cui centralità per una rinascita civile a noi pare essenziale. La parola "Stato" può sembrare a qualcuno priva di significato rispetto all'esistenza visibile e verificabile degli individui, siano essi governati o governanti, ma solo il ritorno dello Stato nella concettualizzazione scientifica, e proprio in quanto "persona fittizia", è in grado di ricucire il tessuto della coesione sociale consumato dalle solo apparentemente concrete narrazioni sui singoli soggetti e i loro "diritti", si tratti dell'ambito nazionale o di quello internazionale<sup>39</sup>. Solo conservando e servendo lo Stato come qualcosa di diverso dal benessere di soggetti particolari l'azione politica (si tratti del

---

<sup>37</sup> «*The reality, then, was not quite unfettered legal absolutism by emperors. The emperor was indeed above the law in theory and by general understanding, but in practice the law still mattered, and imposed constraints on regal conduct. This combination – a reconciliation of law-making power with being law-bound – must be somehow achieved if the rule of law is to work. Modern legal systems have the very same tension, in that the sovereign is both the source of the law and subject to the law. In every successful arrangement there is a prevailing ethic that the good king, the good law-maker, adheres to the law*»: B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, cit., p. 14.

<sup>38</sup> L'idea che la comunità nel mondo classico prevarrebbe sull'individuo non ha fondamento ed è l'errore principale del cosiddetto "comunitarismo" e prima ancora del romanticismo anti-illuminista. La società che i poemi omerici presuppongono, ad esempio, è una società di eroi, cioè di individui che si sono elevati al di sopra della massa, ma l'individualità, una individualità legata all'*ethnos*, è un dato indiscutibile, persino quando sembra che le azioni dei singoli siano predeterminate dalla volontà degli dèi: «Non si può dunque arrivare a negare del tutto agli eroi omerici la libertà di decisione, o meglio la coscienza di questa libertà, e quindi una responsabilità individuale vera e propria, separata dalla volontà collettiva e indipendente dai decreti della divinità»: F. Codino, *Introduzione a Omero*, Torino, Einaudi, 1965, p. 98.

<sup>39</sup> Significativo, per quanto riguarda la dimensione internazionale, il libro di Anne Peters, *Jenseits der Menschenrechte. Die Stellung des Individuums im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr, 2014.



governo o dei cittadini) può veramente sottrarsi al soggettivismo e al particolarismo implicito nei discorsi apparentemente “progressivi” sulla “felicità” dell’umanità, che in verità genera miseria e infelicità per gli uomini individui, concreti e determinati quali membri di specifiche e particolari comunità. Solo lo Stato nel senso di Hegel è capace di dare senso all’azione dei singoli, porli dinanzi alle loro responsabilità; ciò tanto più in un mondo in cui ogni fede in realtà sovramondane è crollata.

Responsabilità individuale significa fuoriuscita dalla privatezza del singolo e partecipazione alla sfera pubblica. Non nel senso di Rousseau, di costringere gli uomini ad essere liberi, espressione evidente dell’antinomia della modernità, ma nel creare le condizioni esterne – quindi non coercitive – che rendano possibile la partecipazione dei cittadini alle scelte, indipendentemente dall’esito finale, che è sempre il concorso di incognite imprevedibili. Si tratta di saper mediare tra i diritti degli individui – che non possono essere l’unico criterio di legittimazione della società, come appariva a Rawls – per fondare la “giustizia” e il bene pubblico, ovvero della città. Ciò significa ripensare il diritto al di là della sua vuota artificialità. La legalità è diventata in un certo punto della storia europea niente altro che la forma assunta dal diritto, fenomeno che la dottrina ha pensato di poter travolgere e stravolgere elaborando dottrine, criteri, metodi anti-positivistici, quasi che il positivismo sia stato (e di fatto continui ad essere) altro che la cognizione di una realtà storicamente determinata. «Questa trasformazione del diritto in legalità – ha osservato Carl Schmitt – è una conseguenza del positivismo: conseguenza inevitabile non appena un sistema politico si differenzia dalla Chiesa. Dal punto di vista sociologico essa costituisce una parte dello sviluppo dell’epoca tecnico-industriale. Dal punto di vista storico-filosofico essa rientra nella trasformazione del pensiero rivolto alla sostanza in pensiero rivolto alla funzione: una trasformazione che, fino a poco tempo fa, ci è stata decantata come un grande progresso scientifico e culturale»<sup>40</sup>.

La specializzazione del diritto, inevitabile nello Stato amministrativo, implica ovviamente una separatezza crescente tra Stato e cittadini, che la legalità, paradossalmente, accentua, in quanto la “legge”, sempre più “provvedimento” concreto, si sottrae alla conoscenza di tutti quelli che non sono i suoi destinatari. L’aumento delle leggi-provvedimento ha creato quella frammentazione del diritto che lo sottrae definitivamente alla sua funzione di espressione normativa di una determinata comunità. Non v’è al momento nessun possibile “ritorno al diritto”, anche perché il “diritto” cui si vorrebbe ritornare altro non è che l’insieme delle decisioni giudiziarie di corti che decidono sulla base di valori assolutamente discutibili e discussi. Il diritto ha perduto ogni “sacralità” e quel che resta è un insieme di strumenti tecnici finalizzati a scopi con-

---

<sup>40</sup>C. Schmitt, *Il problema della legalità*, (1950), in Id., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, trad. it. a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, p. 287.

tingenti e settoriali. Se di ciò si riuscisse ad avere consapevolezza diffusa sarebbe già di per sé un progresso enorme. La crisi della legalità deve dunque essere accettata come una transizione necessaria verso una condizione al momento incerta, la cui incertezza cresce anzi in maniera esponenziale sotto la pressione di fattori di diversa origine, dalla cosiddetta “globalizzazione” alle migrazioni etniche, dai “populismi” alla crescente finanziarizzazione dell’economia, dalla crisi della religione cristiana alla volgarizzazione spinta delle relazioni sociali, dalla debolezza della politica alla fine della cultura che una volta si chiamava “alta”.

Questa situazione è un esito inevitabile del weberiano “disincanto del mondo”, delle sue premesse e delle sue conseguenze legate alla tecnicizzazione della vita: «Qualunque sia la configurazione che il diritto e la pratica assumono sotto questa influenza, sarà comunque sempre inevitabile che, per effetto dello sviluppo tecnico ed economico – e a dispetto di qualsiasi giurisdizione di profani –, cresca l’ignoranza da parte dei profani di un diritto che diventa di continuo più tecnico nel suo contenuto e quindi cresca la sua specializzazione, e al tempo stesso si faccia valere sempre più la considerazione del diritto vigente come un apparato tecnico razionale, cioè trasformabile a piacimento in senso razionale rispetto allo scopo e privo di ogni contenuto sacro. La tendenza crescente a prestare ossequio a un diritto esistente – quale si riscontra spesso, per motivi generali – potrà tutt’al più mascherare ma non evitare questo destino»<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> M. Weber, *Economia e società*, trad. it. a cura di P. Rossi, Milano, Edizioni di Comunità, 1968, vol. II, p. 200. Entro questo destino occorre ridare dignità alla norma di contro ai valori, che restano sempre qualcosa di arbitrario, pur essendo a fondamento dell’ordinamento, di ogni ordinamento giuridico-politico: «Il carattere arbitrario dei valori che servono di base ad un sistema normativo, la loro pluralità e opposizione, fanno sì che un sistema di giustizia necessario e perfetto sia irrealizzabile»: C. Perelman, *La giustizia*, trad. it. di L. Ribet, Torino, Giappichelli, 1983, p. 99. Non nel senso che senza i valori questa sistema sarebbe realizzabile, ma solo nel senso di denunciare la soggettività tirannica dei valori.