



ARS INTERPRETANDI

ANNUARIO DI ERMENEUTICA GIURIDICA

XVI • 2011

Lo Stato contemporaneo e la sua crisi



Carocci editore



ARS INTERPRETANDI
ANNUARIO DI ERMENEUTICA GIURIDICA

XVI • 2011

Sommario

Lo Stato contemporaneo e la sua crisi

- 7 FRANCESCO VIOLA
Introduzione
- 19 GIORGIO PINO
La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione
- 57 FERDINANDO MAZZARELLA
La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto
- 81 MAURIZIO FIORAVANTI
La crisi dello Stato liberale di diritto
- 95 GAETANO SILVESTRI
Stato di diritto e principio di legalità costituzionale
- 107 GUIDO CORSO
Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto
- 131 ANTONELLO TANCREDI
Lo Stato nel diritto internazionale tra effettività e legalità/legittimità
- 173 LUIGI CONDORELLI
Crisi dello Stato e diritto internazionale: *simul stabunt simul cadent?*

INDICE

- 183 VINCENZO MILITELLO
Crimini internazionali e principi del diritto penale
- 203 JOSÉ A. ROZAS VALDÉS
Crisi e trasformazione fiscale dello Stato spagnolo

La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*

I. UNA SEMPLIFICAZIONE "RIVOLUZIONARIA"

La differenza di vedute tra Portalis, agli inizi dell'Ottocento, e Santi Romano, agli inizi del Novecento, racchiude in un'immagine di sintesi il processo di crisi dello Stato liberale di diritto, con esso intendendosi quel tipo storico di Stato che iniziò a prendere forma dopo la Rivoluzione francese per ricevere la sua compiuta formulazione teorica con la giuspubblicistica tedesca del XIX secolo: il primo è avvolto dal mito del *tout simplifier*, il secondo condanna il modello politico dello "Stato moderno" in quanto «eccessivamente semplice»¹. Da una visione tesa a risolvere il particolarismo sociale nell'unità politica della nazione e dello Stato, si sarebbe passati, a un secolo di distanza, a una riflessione critica intesa a valorizzare il pluralismo sociale e i suoi riflessi sul piano giuridico-istituzionale.

L'ossessione di "tutto semplificare", evocata da Portalis nel discorso pronunciato nel 1801 dinanzi al Consiglio di Stato, riassume lo spirito con cui gli architetti della modernità giuridica avevano inteso ridisegnare lo spazio sociale e l'universo giuridico della Francia post-rivoluzionaria, conformemente all'idea giusnaturalistica di uno Stato di libertà ed eguaglianza, formato da «individui isolati, viventi al di fuori di qualsiasi organizzazione sociale»². Se l'antico regime aveva salvato il particolarismo, la diversità e la molteplicità, la Rivoluzione faceva dell'eguaglianza, dell'uniformità e della semplicità i punti

* Il presente testo riflette i contenuti del saggio dal titolo *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, scritto nell'ambito del Progetto innovativo "Crisi dello Stato e della legalità e nuove forme di diritto e di sapere giuridico" finanziato dall'Ateneo di Palermo.

1. J. E. Portalis, *Discours préliminaire*, in F. Ewald (coord.), *Naissance du Code civil. La raison du législateur. Travaux préparatoires du Code civil*, Flammarion, Paris 2004, pp. 35-90, spec. p. 39; S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-10 nella Regia Università di Pisa, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 5-26, cit. a p. 13.

2. N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, M. Bovero (a cura di), *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, il Saggiatore, Milano 1979, pp. 17-109, cit. a p. 44.

salienti di un programma politico-ideologico congeniale al processo di accentramento statalistico³.

In un quadro a ogni livello pervaso da uno statuto semplice e unificante, anche il rapporto fra Stato, Costituzione, legge e libertà si votava all'unità, all'uniformità, all'unilinearità, quale conseguenza della drastica riduzione dei protagonisti e «dell'estrema semplificazione dei termini del problema», propeudeutica a «una concezione individualistica dello Stato» e «statualistica [...] della società»⁴. La strutturazione della società in senso individualistico consentiva una semplificazione dal lato del soggetto di diritto, dal lato della società e dal lato del potere pubblico: le libertà e i diritti appartenevano all'uomo, senza distinzioni né specificazioni di sorta; la società assorbiva il brulicante pullulare di corpi, gruppi e organismi, configurandosi in termini unitari e omogenei, quale insieme indistinto di cittadini formalmente eguali e indifferenziati; lo Stato, quale espressione politico-razionale della nazione sovrana, assumeva il ruolo di garante delle libertà individuali e di demiurgo di un diritto legislativo destinato a scandire la vita di un unico soggetto di diritto. Da qui la rappresentazione in termini semplici e dicotomici del rapporto fra Stato e società, improntato a un dualismo che avrebbe accompagnato l'intera parabola della dottrina dello Stato liberale. Da qui, soprattutto, l'idea di una costituzione che fosse, oltre che strumento giuridico di limitazione del potere, anzitutto «principio primo di unità e di ordine politico», fondamento «di una autorità politica capace di dominio sulle particolarità frazionali»⁵.

La cultura giuridica varava un "riduzionismo" ideologico che consentiva di superare le spinte centrifughe e il particolarismo disgregante dell'antico regime, ma che conteneva già, fondandosi su "mitologie giuridiche" ontologicamente distanti dalla realtà, i germi di una significativa insufficienza⁶. La semplificazione avviata dalla Rivoluzione e portata a compimento sotto il regime napoleonico metteva problematicamente sul tappeto una serie di relazioni antinomiche, fra unità e pluralità, statualità e socialità, autorità e libertà, monismo e pluralismo, che le soluzioni prospettate durante l'Ottocento liberale avrebbero risolto all'insegna di un mistificante disconoscimento della realtà: disconoscimento del pluralismo sociale, disconoscimento della molteplicità ordinamentale, disconoscimento della pluralità delle fonti, disconoscimento della storicità del diritto, disconoscimento di ogni contaminazione fra Stato e società.

3. P. Grossi, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed età moderna*, IUSOV, Napoli 2003.

4. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, cit., pp. 91-2.

5. M. Fioravanti, *Costituzione e Stato di diritto*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2001, tomo II, pp. 575-604, cit. a pp. 575-6.

6. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007³.

2. DALLA COSTITUZIONE ALLO STATO

Sotto l'influsso della dottrina liberale, la componente statualistica, già presente nelle dottrine giusnaturalistiche e rivoluzionarie, avrebbe assunto una paradossale posizione di preminenza, sia pur sotto forma di Stato costituzionale, limitato, neutro o immaginario⁷. In un'opera compiuta nel 1806, ma rimasta inedita fino al 1980, Benjamin Constant invitava a concentrarsi sul «grado di potere» spettante all'«autorità sociale», che avrebbe dovuto essere circoscritto alle «funzioni necessarie» e arginato dalla sfera intangibile dei «diritti inalienabili degli individui»⁸: lo Stato avrebbe dovuto essere «minimo» e «limitato», con competenza su difesa esterna e ordine interno, ma anche su proprietà, fisco, economia e istruzione, dal momento che gli individui avrebbero dovuto, sì, godere di una «libertà senza limiti», ma solo «fino a quando utilizzando la loro proprietà ed esercitando le loro attività non nuocciono agli altri, che possiedono gli stessi diritti»⁹. L'immagine mitologica di uno spazio sociale omogeneo e uniforme avrebbe consentito di affidare alla libera iniziativa del singolo, come sul piano economico avevano sostenuto Smith, Ricardo e Say, lo sviluppo equilibrato della comunità, senza per questo poter rinunciare del tutto a un'«autorità sociale» (Stato) che temperasse le diverse sfere di arbitrio e garantisse le condizioni per il concreto esercizio delle libertà.

Nel liberalismo etico di Humboldt e Mill, il ruolo dello Stato sarebbe risultato ancor più esplicitamente definito attraverso il tentativo di «determinare i confini» della sua attività¹⁰. La legge dello Stato sarebbe servita a contemperare e limitare, ad arrestare gli sconfinamenti di ogni singola «individualità», anche, talvolta, a sacrificare la libertà e la proprietà, se ciò fosse stato necessario a salvaguardare la «sicurezza», «la sola cosa che l'uomo isolato e abbandonato alle sue forze non può procurarsi da sé»¹¹. «Occuparsi delle cose private del cittadino», perciò, sarebbe stato lecito da parte dello Stato quando fossero stati «lesi i diritti degli altri»¹²; di modo che l'unico scopo che avrebbe reso legittimo «l'esercizio del potere nei confronti di un qualsiasi membro di una comunità civile» era «quello di evitare un danno agli altri», come però accadeva, leggendo gli esempi proposti da Mill nel saggio *On Liberty* (1859), in una quantità di occasioni riguardanti il matrimonio, la famiglia, la prole,

7. L. Lacchè, *Il circolo di Coppel e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 2, 1999, pp. 529-56.

8. B. Constant, *Principi di politica applicabili a tutte le forme di governo*, a cura di S. De Luca, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007, *passim*.

9. Ivi, pp. 503-4.

10. W. von Humboldt, *Saggio sui limiti dell'azione dello Stato* (1792 ma pubblicato postumo nel 1851), Giuffrè, Milano 1965, p. 5.

11. Ivi, p. 40.

12. Ivi, p. 17.

l'istruzione, il commercio, i contratti, l'ordine pubblico, la giustizia amministrativa¹³.

Il discorso liberale, con le sue diverse anime, tendeva così progressivamente a scivolare dalla Costituzione verso lo Stato, lo Stato in sé, come momento politico unitario in grado di coordinare le opposte spinte individualistiche e perciò di guadagnare uno spazio sovraordinato rispetto a quello della società¹⁴. Nel cercare da un lato di contrastare la deriva democratica insita nell'originalità di un potere costituente, dall'altro di arginare la minaccia rappresentata dal dispotismo del legislatore, il costituzionalismo liberale finiva con l'identificare nello Stato "minimo" e "limitato" il punto di equilibrio ideale, giacché era per il tramite del suo potere regolativo, esercitato sotto forma di legge, che avrebbe potuto mantenersi quell'uniformità di trattamento e quella disciplina di "sintesi" che integravano i presupposti dell'"universalizzazione dei diritti" e della garanzia delle libertà individuali¹⁵. Se all'indomani della Rivoluzione erano ancora forti gli echi di una prospettiva contrattualistica, in virtù della quale la Costituzione era concepita come contratto fra governanti e governati e lo Stato come potere fondato da quel contratto, con il più tardo liberalismo la Costituzione diventava sempre più un documento formale in forza del quale giuridicizzare i rapporti fra l'individuo e uno Stato limitato non più da un vincolo contrattuale o da un nucleo di diritti naturali, ma dal diritto popolare, dal diritto storico, dal diritto etico.

3. MONISMO STATUALISTICO E «UNITÀ DEL POPOLO»

Dalla metà dell'Ottocento, di pari passo con l'abbandono di ogni fondamento prepolitico della Costituzione, il primato dello Stato si sarebbe fatto sempre più evidente, consacrato dal fallimento dell'Assemblea di Francoforte¹⁶: lo Stato, quale espressione organica della comunità storico-culturale (*Volk*), persisteva alle regole che ne limitavano l'azione, come sembravano confermare le costituzioni del Norddeutscher Bund (1867) e del Reich (1871), caratterizzate dall'assenza di qualsivoglia catalogo di diritti e dall'implicito affidamento della materia alla legge statale. Si apriva la strada, in Germania e da lì all'intera Europa continentale, alla teoria del *Rechtsstaat*, che identificando nell'autorità politica dello Stato non più solo uno strumento di tutela delle libertà individuali,

13. J. S. Mill, *La libertà*, in Id., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milano 1999, pp. 57-227, 75 e 196-226.

14. M. Bovero, *Il modello hegel-marxiano*, in Bobbio, Bovero (a cura di), *Società e Stato*, cit., pp. 111-79.

15. Constant, *Principi di politica*, cit., pp. 37 e 123.

16. D. Grimm, *Costituzione e legge fondamentale dall'Illuminismo a oggi*, in H. Mohnhaupt, D. Grimm (a cura di), *Costituzione. Storia di un concetto dall'antichità a oggi*, Carocci, Roma 2008, pp. 111-53, 139-45.

ma il presupposto necessario della loro stessa esistenza, fissava intorno a un paradigma statocentrico le linee teoriche di una concezione monistica del diritto.

L'idea, già presente in Gerber, secondo cui «tutti i diritti pubblici» altro non erano che «effetti riflessi» del diritto prodotto dalla volontà statale, preannunciava la configurazione dello Stato come «persona giuridica sovrana», «organismo morale» munito di personalità giuridica, «custode e rivelatore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva»¹⁷. La residua articolazione del discorso pubblico, che con i liberali del primo Ottocento aveva oscillato fra nazione, libertà, Stato e Costituzione, si contraeva nell'unità monolitica dello Stato-persona: lo «Stato» era «unità organizzata», «persona giuridica sovrana», «soggetto di diritto» distinto da quella mera «relazione giuridica» che era la «società»¹⁸; la Costituzione discendeva dal potere dello Stato sovrano, la cui attività «costituente» aveva «per oggetto sé stesso»¹⁹; la «legge», per la prima volta dichiaratamente affrancata da profili «materiali», degradava ad atto «formale» contenente la volontà dello Stato²⁰; la garanzia delle libertà scivolava nella legge di quello stesso Stato dal quale occorreva difenderla; l'amministrazione dello Stato e la giustizia amministrativa si consacravano rispettivamente nel ruolo di esecutore della legge e in quello di guardiano della sua corretta applicazione; la «scienza giuridica dello Stato» si voleva chiamata alla descrizione delle leggi e delle ordinanze statali, onde «costruire», tramite una «logica pura», un quadro dogmatico «del diritto positivo» al quale «ricondurre» il profilo concettuale dei singoli istituti giuridici²¹.

Il vantaggio, agli occhi di chi vedeva nella complessità sociale la più pericolosa fonte di instabilità politica, consisteva ancora una volta nell'annullamento di ogni forza disgregatrice, nella configurazione di uno Stato che attraverso il suo diritto (*Stato di diritto*) neutralizzava le spinte centrifughe e frazionali della società, «le forze che gli si oppongono all'interno»²². Lo Stato rivendicava il monopolio del giuridico, concentrava nei suoi organi la produzione del diritto, assumeva in via esclusiva la responsabilità di governare lo sviluppo industriale e la crescita sociale, annullava la possibilità teorica di diritti e fonti del diritto di derivazione extrastatale, avvalendosi di una sovranità che designava, come

17. C. F. von Gerber, *Sui diritti pubblici* (1852), e *Lineamenti di diritto pubblico tedesco* (1865), entrambi in Id., *Diritto pubblico*, a cura di P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano 1971, rispettivamente pp. 3-87, 89-213, cit. a pp. 128-31, 95.

18. P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Band I, Mohr, Freiburg 1888², pp. 52-4.

19. Gerber, *Lineamenti*, cit., p. 105.

20. Laband, *Das Staatsrecht*, cit., Band I, § 54, spec. pp. 512-3, ma anche § 56, pp. 566-73.

21. Così Laband nella prefazione scritta nel 1887 alla seconda edizione del suo *Das Staatsrecht*, cit., Band I, pp. IX-XI.

22. Gerber, *Lineamenti*, cit., p. 111.

teorizzato da Jellinek, un potere «supremo» e «assoluto», «illimitato e illimitabile», soggetto, semmai, a vincoli «di fatto oppure di natura morale; mai, però di natura giuridica»²³. Nessuna forza giuridica poteva esistere al di fuori dello Stato, nessun gruppo al di là di quelli giuridicamente riconosciuti, nessuna libertà a parte quelle che lo Stato-persona, secondo il principio di «auto-obbligazione» anticipato da Jhering e consacrato da Jellinek, avrebbe ritenuto di riconoscere attraverso una «manifestazione di volontà unilaterale espressa in forma legale»²⁴.

Il processo di semplificazione, così, raggiungeva il suo culmine. «Mediante il potere unitario dello Stato», spiegava Jellinek, «la pluralità dei membri» si assommava «nell'unità del popolo» e «questa unità» era «quella del popolo dello Stato, della moltitudine statalmente unificata»²⁵. La questione dei diritti pubblici subiettivi, pertanto, atteneva ai «rapporti fra un tutto, che crea il diritto, e le unità comprese in questo tutto, e quindi in prima linea ai rapporti fra lo Stato e l'individuo»²⁶. «Lo Stato moderno» – come sintetizzato da Vittorio Emanuele Orlando – non aveva più «forma corporativa», perché «il potere sovrano» era «in rapporto diretto e immediato con il “soggetto” individualmente considerato nei suoi diritti e nei suoi doveri»²⁷. «Il diritto pubblico» non riconosceva «più alcuna forma di associazione intermedia» che si presentasse come «soggetto passivo della sovranità», di modo che «la monade costitutiva dello Stato moderno» era «l'individuo», come «individuale» era «la base dei doveri pubblici»²⁸. Scomposta la società in individui, essa si ricompattava sotto forma di popolo, dalla cui unità, quale insieme collettivo degli individui («collettività dei cittadini»), si formava «direttamente lo Stato»²⁹.

Da Gerber a Jellinek, da Gneist a Laband, da Orlando a Carré de Malberg, la giuspubblicistica continentale confermava la centralità del dualismo tra Stato e società, ma lo risolveva ora, lungo una tradizione che risaliva a Savigny, in forza del nesso organico che collegava lo Stato al popolo, talché lo Stato cessava di essere considerato una minaccia per le libertà e diventava invece il necessario portavoce dell'ordine storico nazionale, mentre la società civile usciva «fuori nel suo contenuto disgregante»: «il vecchio organicismo» diven-

23. G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1900), trad. it. di M. Petrozziello, Giuffrè, Milano 1949, pp. 71-2.

24. Id., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, SEL, Milano 1912, p. 215 e *passim*.

25. Id., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 36.

26. Id., *Sistema*, cit., p. 54.

27. V. E. Orlando, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 417-56, cit. a p. 422.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

tava «statualismo»³⁰. La diffidenza verso le potenzialità centrifughe di una società politicamente attiva aveva portato la dottrina, nel corso dell'Ottocento, a spostare la sovranità dalla nazione allo Stato, la fonte del diritto dal legislatore come espressione della volontà generale alla legge come espressione del potere neutrale dello Stato, la garanzia delle libertà dallo stato di natura al diritto dello Stato.

Da qui il poco peso dato al momento elettorale (e l'avversione per il suffragio universale), inteso non già come canale volto a dar rappresentanza alla pluralità di interessi, valori e opinioni di una società complessa, ma a legittimare il governo dello Stato da parte di un ceto borghese ritenuto rappresentativo di una presunta unità di popolo³¹. Da qui, ancora, il paradosso di uno Stato monoclasse al governo di una società pluriclasse, di uno Stato centripeto al vertice di una rete di forze centrifughe, di uno Stato sovrano mai «assolutamente limitato», ma mai nemmeno «assolutamente illimitato»³².

4. DIMENSIONE ORGANIZZATIVA E TENDENZE ASSOCIATIVE

La costruzione di uno statuto giuridico semplice, con cui dal modello napoleonico di Stato amministrativo al modello tedesco di Stato di diritto la cultura giuridica aveva preteso di sospendere il pluralismo di fonti, ordinamenti, soggetti, diritti, giurisdizioni e amministrazioni, culminava dunque nel parossismo di un diritto pan-statale (legge dello Stato, amministrazione unica dello Stato, libertà concesse dallo Stato, Costituzione dello Stato), ma sacrificava ingenuamente la complessità e la trasversalità del mondo reale. Negli stessi anni in cui la dottrina dello Stato metteva a punto la nozione continentale di Stato di diritto, la società si andava risistemando secondo moduli organizzativi e statuti complessi, ribadendo il suo carico di contraddizioni, differenziazioni, spinte aggregative e tendenze autonomistiche.

Lo sviluppo economico in senso capitalistico innescava fenomeni associativi e generava forme organizzative destinate a intrecciarsi con l'universo dei movimenti politici e delle associazioni rappresentative. Il dualismo con cui fin dall'età della Rivoluzione si era preteso di semplificare lo spazio politico-sociale, dividendolo fra Stato e individuo, si rivelava insufficiente a contenere una realtà sociale in ebollizione, attraversata da organizzazioni, associazioni, «gruppi economici», «gruppi regolativi dell'economia», «gruppi di ordinamento», tutti basati, «in linea di principio», su un'«autonomia più o meno grande dei

30. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979, p. 231.

31. Orlando, *Del fondamento*, cit., pp. 440-8, nonché Id., *La riforma elettorale*, Hoepli, Milano 1883, pp. 51-134.

32. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 76.

soggetti economici»³³. Cadevano uno dopo l'altro, in Inghilterra e in Francia, in Germania e in Italia, i divieti di coalizione e d'associazione, mentre affioravano nuove forme societarie, come la società a responsabilità limitata, e nuove combinazioni organizzate di beni e persone, sotto forma di *fonds de commerce*, aziende e imprese, paradigmi complessi molto più funzionali alle esigenze della produzione industriale di quanto lo fosse l'individualistico e unilineare diritto di proprietà³⁴.

Il quadro politico, in concomitanza con l'allargamento del suffragio e la nascita dei comitati elettorali, rifletteva le nuove fibrillazioni sociali e il particolarismo degli interessi economici, articolandosi in formazioni partitiche chiamate a un'essenziale funzione di mediazione tra individuo e nazione, società civile e Stato. L'aspirazione delle nuove classi a partecipare alla vita politica si traduceva nella formazione di organizzazioni rappresentative di frazioni di popolo, modelli funzionali a convogliare il consenso e a suscitare sostegno intorno a ideali, interessi economici, rivendicazioni sociali e convinzioni religiose. Il movimento operaio, già organizzato in società di mutuo soccorso, circoli, società di miglioramento, leghe di resistenza, federazioni di mestiere, Camere del lavoro e cooperative, si strutturava in veri e propri partiti di massa, come la *Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands*, il *Parti ouvrier français*, il Partito socialista italiano.

Sollecitata dalle nuove questioni provocate dall'industrializzazione, anche la Chiesa si proponeva, in concorrenza allo Stato, quale istituzione in grado di risolvere, grazie alla rete capillare di parrocchie, comitati, circoli, associazioni di carità e opere pie, i problemi sociali e assistenziali del proletariato urbano e del ceto contadino. Dal *Syllabus errorum* (1864), con cui Pio IX aveva rifiutato fra le altre cose l'idea che il cattolicesimo potesse venire a patti «con il progresso, il liberalismo e la civiltà moderna», si passava all'Enciclica *Rerum novarum* (1891), con la quale, nell'intento di elaborare una «dottrina sociale cattolica», Leone XIII affrontava apertamente la «questione operaia», propugnando un rinnovamento in senso corporativo del tessuto sociale, invitando gli industriali a rispettare la dignità dei lavoratori e ad assicurare loro un adeguato salario, incoraggiando esplicitamente l'associazionismo di operai e artigiani sotto principi cristiani.

Dal secondo Ottocento la dimensione organizzativa e aggregativa del fenomeno sociale si avviava così a tornare al centro del quadro politico e dell'equilibrio costituzionale, dapprima imponendosi quale oggetto teorico di nuove scienze e discipline, poi condizionando il metodo e le proposte di innovativi

33. M. Weber, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano 1968², vol. I, p. 69.

34. F. Mazzarella, *La scoperta di un paradigma complesso. L'«Unternehmen» nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 39, 2010, pp. 299-386.

indirizzi "giurisprudenziali"³⁵. L'influenza del positivismo scientifico e della sociologia contribuiva a radicare sul terreno giuridico una visione "sociocentrica", in virtù della quale da un lato si vedeva nello Stato l'autorità capace di intervenire a favore delle categorie svantaggiate, dall'altro si sottolineava l'irrinunciabilità dei gruppi sociali come canali di integrazione economica e di partecipazione politica, ammortizzatori di tensioni e di conflitti, fonti di norme e di diritti³⁶. Se la società era un organismo vivente, un'organizzazione composta da gruppi e da associazioni, da «cellule sociali» e da «tessuti connettivi»³⁷, l'universo giuridico riacquistava la sua complessità, si ramificava in una moltitudine di «combinazioni» delle quali l'individuo non era che una componente, un «atomo», una «molecola», con la conseguenza che l'impostazione del diritto liberale, costruita intorno allo Stato e all'«individuo umano astratto», risultava del tutto insufficiente³⁸: data una società di gruppi, di individui economicamente «disuguali»³⁹, occorrevano non solo Codici nuovi (Codice privato-sociale, Codice industriale, Codice delle obbligazioni, Codice sociale), ma anche «leggi civili speciali»⁴⁰, nonché il riconoscimento di fonti del diritto innervate nel tessuto sociale, come la consuetudine, la dottrina e la giurisprudenza. Il giuridico si spostava dallo Stato alla società, dall'unità politica alla pluralità sociale, dalla legge al fatto, dal legislatore alla giurisprudenza pratica e teorica, imponendo una rilettura «in senso moderno» dello «Stato di diritto», che era tale, come dagli anni Trenta avevano via via illustrato Mohl, Stahl, Gneist e Stein, per «la forma» e «il carattere» del suo agire, non per «lo scopo» e «il contenuto» della sua azione: una volta che il «sistema dei gruppi sociali» avesse riguadagnato il suo posto, lo Stato avrebbe dovuto ridisegnare il perimetro del suo intervento, riconsiderando il rapporto tra potere politico e forze sociali, legge e amministrazione, diritto e interpretazione⁴¹.

35. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà liberale*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 3-136.

36. G. Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), ed. postuma a cura di P. Ungari, Giuffrè, Milano 1980.

37. G. Vadalà-Papale, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Loescher, Roma-Torino-Firenze 1883, p. 329.

38. E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, UTET, Torino 1895³, p. 11.

39. E. Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* (1891), in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Libreria dello Stato, Roma 1947, pp. 262-9.

40. G. Cavagnari, *Leggi civili speciali*, in "La Scienza del Diritto Privato", 1, 1893, pp. 93-116, 229-35 e 275-83.

41. F. Filomusi-Guelfi, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (1886), in Id., *Lezioni e saggi di Filosofia del diritto*, a cura di G. Del Vecchio, Giuffrè, Milano 1949, pp. 181-207, spec. pp. 196-200.

5. APERTURE E INCRINATURE DELLA TEORIA GIURIDICA DELLO STATO

Tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, pertanto, il rapporto fra Stato e società andava incontro a una trasformazione radicale, che vedeva la società articolarsi in una molteplicità di enti, istituzioni e organizzazioni, e lo Stato compenetrarsi sempre più con la società, compromettersi sempre più arditamente con uno spazio sociale che il puro liberalismo aveva fino a quel momento ordinato di lasciare all'autoregolazione. La rapidità e la settorialità delle trasformazioni che giorno dopo giorno rinnovavano il volto dell'Europa richiedevano infatti interventi mirati, provvedimenti specifici e speciali, la frantumazione dell'unità codicistica a vantaggio di una legislazione articolata, lo spostamento del baricentro legislativo dal Codice al «diritto civile extravagante»⁴². La funzione della legge non era più quella di dettare una disciplina eguale per tutti, ma di prevedere discipline differenziate per soggetti, rapporti, cose. La sfera dell'amministrazione si dilatava fino a ricomprendere l'ambito del sociale e dell'economico, articolandosi in strutture decentrate e parallele, ricorrendo a moduli privatistici che preconizzavano la nascita dello Stato-impresa.

L'ingerenza sociale dello Stato incrinava il dogma liberale della separazione tra Stato e società, riacutizzando il problema del rapporto fra eguaglianza giuridica formale e differenziazione reale, ordinamento statale e ordinamenti giuridici minori, soggetto unico di diritto e gruppi giuridicamente qualificati, unità dello Stato e pluralismo della società. Lo stesso Jellinek, attraverso la finzione dell'autolimitazione, avrebbe avvertito l'esigenza di dare concretezza al rapporto giuridico fra Stato, cittadini e «corpi di diritto pubblico riconosciuti». Se è vero – notava Orlando – che l'esistenza di ogni «diritto subbiettivo», conformemente al «concetto di autolimitazione», sarebbe dipesa da «una norma di diritto obiettivo e che il diritto obiettivo derivi, tutto e sempre, dallo Stato», non era meno vero che «quando uno Stato positivo» avesse stabilito «il suo diritto», esso si sarebbe sempre e comunque mosso «entro limiti, predeterminati dalle condizioni svariate e complesse della coscienza giuridica del popolo, del grado di civiltà da esso raggiunto e così via»⁴³.

Lo Stato moderno, stretto fra l'aspirazione a una sovranità assoluta e la constatazione di un'originaria autorità delle forze sociali, fra la pretesa di un diritto unico di matrice statale e l'obiettiva esistenza di diritti sociali, piombava nel paradosso di uno Stato al tempo stesso sovrano e limitato, vittima di un'aporia conclamata dalla concezione di una sovranità, sì, illimitata, ma che si voleva in qualche modo assoggettata a limiti giuridici. Non c'era «contraddi-

42. C. Ghigi, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, in "Giurisprudenza Italiana", 42, 1890, iv, cc. 124-156.

43. V. E. Orlando, *Prefazione*, in Jellinek, *Sistema*, cit., pp. v-xv, spec. pp. x-xi.

zione» – insisteva Jellinek – «nel concetto di auto-obbligazione dello Stato», perché la sovranità non implicava necessariamente «assenza di limiti», ma esprimeva in primo luogo la potestà dello Stato, che «giuridicamente» non era «vincolato da forze esterne», di sottoporsi al diritto, così da rendere la propria attività «giuridicamente valutabile»⁴⁴.

La realtà era che i limiti cui si sottoponeva lo Stato erano quelli che derivavano dal diritto obiettivo delle organizzazioni sociali, delle forze storiche, conformemente a una concezione della sovranità che, peraltro fin dalle «assolutistiche» tesi di Bodin, non poteva fare a meno di confrontarsi con poteri decentrati e di contemplare di conseguenza l'esistenza di limiti obiettivi derivanti dal vitalismo pluralistico della società⁴⁵. Tanto è vero che, consapevole della sempre più movimentata pluralità di soggetti sociali, Jellinek elaborava pure una «dottrina sociale dello Stato»⁴⁶, in virtù della quale apriva alla legittimazione di «forze sociali» e «associazioni», fino a riconoscere taluni «gruppi d'autoamministrazione»⁴⁷ e ad ammettere in qualche misura l'esistenza di un «diritto non statale», innervato in formazioni sociali minori che, anche se non riconosciute giuridicamente come «persone», rappresentavano comunque «subbietti di diritto»⁴⁸.

Di fronte a un'ingerenza «permanente, necessaria, organizzata», anche Orlando, diviso fra lo statalismo di Laband e lo storicismo di Savigny, sollecitava una rivisitazione della questione riguardante i limiti e la natura «dell'azione dello Stato sulla società»⁴⁹. Ferma restando la comune premessa dei moderni indirizzi del diritto pubblico, giusta la quale «lo Stato si afferma in netta e vigorosa antitesi della società», era innegabile il moto di avvicinamento che aveva portato «la nozione di Stato [...] a porsi in immediato rapporto colla nozione di società»⁵⁰. Il processo di ingerenza dello Stato era ormai diventato «trionfante e incontrastabile» in una serie sempre più estesa di materie, al punto da giustificare anche sul piano teorico «una dottrina dell'ingerenza sociale dello Stato» (la scienza dell'amministrazione), una scienza nuova, non giuridica ma sociale, avente a oggetto non lo Stato, ma la società⁵¹.

44. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., pp. 75-6.

45. D. Quaglioni, *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la «Dottrina generale del diritto dello Stato» di G. Jellinek)*, in M. Basciu (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 271-82.

46. G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, vol. I, *Studi introduttivi. Dottrina generale sociale dello Stato*, SEL, Milano 1921, spec. pp. 604-56.

47. Id., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 196.

48. Id., *Sistema*, cit., pp. 281-2.

49. V. E. Orlando, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (1887), in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 127-66, cit. a p. 153.

50. Ivi, pp. 155-65.

51. Ivi, pp. 127-66.

Lo Stato, così, si riscopriva avvinghiato alla società, la sua unità compromessa dalla pluralità di soggetti sociali interessati dall'attività di governo, la sua volontà unitaria inquinata da scelte che frantumavano l'unità del popolo, l'astrattezza della sua personalità incrinata dalla concretezza dei diversi tipi di soggetto contemplati nella legge. Accanto alla legislazione in senso stretto, che aveva per contenuto la determinazione o la regolazione di «un rapporto di diritto», Orlando collocava da un lato il diritto d'ordinanza, con cui il potere esecutivo partecipava della funzione legislativa, dall'altro le «leggi improprie», divenute essenziali per le attribuzioni di uno «Stato moderno» impegnato «sempre più a specificare il proprio fine nel senso della tutela e dell'ingerenza nei rapporti sociali»⁵². Attraverso la legislazione impropria, il Parlamento esercitava una funzione esecutiva, da considerarsi, negli Stati progrediti, non «uno sconfinamento», ma «esplicazione normale e fisiologica», purché fosse chiaro che questo avveniva per il tramite di uno Stato che non era «rappresentanza degli elementi sociali», ma espressione organica del popolo tutto⁵³. Grazie a un'interpretazione evolutiva del principio della divisione dei poteri, Parlamento e Gabinetto, organi dello Stato unitario, avrebbero sinergicamente concorso al governo della società «in quella maniera complicata che risponde alla varietà degli interessi sociali moderni, all'intrecciarsi di tanti diversi rapporti, di tante delicate incombenze, di così molteplici funzioni»⁵⁴. Per effetto di un procedimento ascensionale che avrebbe condotto «la forza» politica dagli «aggregati sociali minori» fino al «sommo della costituzione», la «vita giuridica» dalla «periferia» «verso il centro», le «istituzioni» dello Stato-persona da un lato «dichiaravano» il diritto contenuto nella «coscienza popolare» («*diritto del popolo*»), dall'altro promuovevano un'azione politica tesa a ordinare e temperare le forze sociali⁵⁵.

6. COMUNITARISMO E SOLIDARIETÀ, ISTITUZIONALISMO E SOCIALITÀ

L'articolazione pluralistica della società imponeva dunque di riconsiderare la relazione fra Stato e corpi sociali, fino a determinare l'obiettiva necessità di ripensare la stessa funzionalità della nozione di Stato liberale di diritto.

Già Gierke, nel 1868, aveva riscoperto il momento collettivo, constatando, nello spazio fra Stato e individuo, l'esistenza di libere comunità, generate dall'iniziativa spontanea dei singoli, ma organicamente ricomprese nell'unità

52. V. E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345-415, spec. pp. 373-91.

53. Ivi, pp. 398-400.

54. Ivi, p. 402.

55. Ivi, pp. 376-412.

della più ampia comunità statale⁵⁶. Anche lo Stato, in questa prospettiva, non era altro che una comunità organizzata, «la più alta e la più generale», la stessa comunità organica che, a fronte dell'unità compatta di diritto pubblico, sviluppava al suo interno l'idea associativa mediante le spinte aggregative dei suoi membri⁵⁷. La tendenza associativa dell'individuo finiva così con l'attenuare l'atomizzazione della società, generando al suo posto, nel pubblico come nel privato, organizzazioni di persone, gruppi sociali, collegamenti tra forze complementari e opposte⁵⁸. Il che avveniva in forza di scelte libere e consapevoli, tali, proprio per questo, da escludere un ritorno alla società per stati e per ceti, ma sufficienti a rievocare un modello corporativo di società in grado di esprimere una positiva tensione fra il polo dell'unità e quello della molteplicità⁵⁹.

La concezione «atomistico-meccanica» di Laband, che oltre lo Stato-persona vedeva solo individui isolati, sinteticamente ricompattati in un'unità di popolo personificata dalla volontà dominatrice dello Stato, andava dunque decisamente respinta, perché trascurando il piano sociale riduceva il giuridico a una relazione normativa di soggezione fra la persona giuridica dello Stato e il soggetto giuridico individuale⁶⁰. Il diritto, invece, lungi dal discendere monopolisticamente dalla volontà unitaria dello Stato, scaturiva diffusamente dalla forza creatrice delle libere comunità, nella cui sfera si sviluppavano anche i diritti fondamentali dei cittadini⁶¹.

Al principio del Novecento, nel 1901, sarebbe toccato a Léon Duguit mettere a nudo gli equivoci dello Stato liberale di diritto, di un impianto concettuale diviso tra «il diritto individuale» e «l'onnipotenza dello Stato», di una concezione del diritto fondata sull'idea di uno Stato-persona che, munito di volontà e «investito di un potere sovrano», si presentava come «personificazione giuridica» della «collettività»⁶². Era di tutta evidenza, agli occhi di Duguit, come una tale concezione, imperniata su «finzioni» e «astrazioni», scaturisse da una semplificazione della realtà che conduceva dritta alla mistificazione più eclatante, quella secondo cui il diritto fosse il risultato di una volontà unica in quanto presuntivamente collettiva⁶³.

56. O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Band 1, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1868, pp. 882-907.

57. Ivi, pp. 832-3.

58. O. von Gierke, *La natura delle associazioni umane* (1902), in P. Schiera (a cura di), *Società e corpi*, Bibliopolis, Napoli 1986, pp. 29-56.

59. Id., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., § 54, pp. 638-57.

60. Id., *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft", 1874, pp. 265-335.

61. Id., *Deutsches Privatrecht*, Band 1, Duncker & Humblot, Leipzig 1895, pp. 119-20.

62. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris 1901, pp. 1-2.

63. Ivi, pp. 1-8.

Per Duguit, invece, il diritto era un fatto sociale, tale da limitare il potere dello Stato e da svelare così il carattere «puramente illusorio» dell'«auto-limitazione» vagheggiata dalla giuspubblicistica tedesca: «una regola di diritto», «una regola oggettiva», «una regola di fatto», originata e immersa nella realtà sociale, «superiore all'individuo e allo Stato», che s'imponeva agli uomini «non in virtù di un principio superiore», ma «in virtù e per la forza dei fatti, perché l'uomo vive in società e non può vivere che in società»⁶⁴. Il diritto era «la legge della vita sociale»⁶⁵; derivava, sotto forma di «regola di condotta», dai vincoli di «solidarietà» che univano ciascun individuo agli altri, era un «prodotto dei rapporti sociali» ed esisteva come tale in ogni sorta di collettività umana, dalle primitive alle più progredite⁶⁶.

Entrava così irrimediabilmente in crisi ogni concezione monistica del giuridico, ogni visione aggrappata all'idea che l'esistenza di una regola giuridica passasse da una norma coattiva formulata dall'autorità politica dello Stato, fino al paradosso di ritenere che «il diritto» derivasse «esclusivamente dallo Stato», fosse «una creazione dello Stato», sempre, solo e «unicamente la regola stabilita dallo Stato sotto la minaccia della sanzione»⁶⁷. Tra il monismo statualistico di Jhering, Laband e Jellinek, e il pluralismo comunitaristico di Gierke, Haenel e Preuss, Duguit, di conseguenza, non aveva il minimo dubbio: mentre i primi avevano costruito la nozione di diritto sulla volontà unitaria dello Stato-persona, ipotizzando quali unici limiti del potere quelli derivanti in via di autolimitazione dalle regole elaborate dallo stesso legislatore statale, i secondi avevano allargato il campo giuridico alla pluralità delle «forze sociali», ravvisando nel diritto obiettivo prodotto dai gruppi umani un limite giuridico valevole così per tutti gli individui, come per lo Stato, che avrebbe dunque potuto considerarsi «di diritto» non quando si fosse «autolimitato» per il tramite della propria legge, ma quando i contenuti della sua potestà fossero stati conformi alle «regole di condotta» fondate «sulla coscienza della solidarietà sociale»⁶⁸.

Proprio negli stessi anni in cui Duguit metteva a punto la sua dottrina realista, Maurice Hauriou avviava la riflessione scientifica intorno alle persone morali collettive, a quei «corpi» e a quelle «comunità», più precisamente, che presentavano una personalità giuridica sostanzialmente eguale a quella degli individui⁶⁹. Poiché nel sopprimere il pluralismo di fonti e diritti la Rivoluzione aveva creato un ordine artificialmente appiattito sulle unità elementari dello Stato e dell'individuo, occorre, per ripristinare un ordine giuridico che riflet-

64. Ivi, pp. 12-6.

65. Ivi, pp. 16-7.

66. Ivi, pp. 92-105.

67. Ivi, pp. 106-9.

68. Ivi, pp. 105-37.

69. M. Hauriou, *Il fondamento della personalità morale* (1899), in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano 1967, pp. 171-92.

tesse la complessità della realtà sociale, spezzare il vincolo di «indissolubilità» che circondava «il matrimonio del diritto con lo Stato unitario», senza cadere nell'errore di sostituire un'unità con l'altra⁷⁰: se la concezione del *Rechtsstaat* aveva infatti ridotto il diritto a un prodotto della potestà di dominio dello Stato-persona, la «dottrina della solidarietà sociale» rischiava di instaurare un nuovo monismo, stavolta dal lato del polo sociale.

La chiave, secondo Hauriou, stava nel riconoscimento del ruolo svolto dalle «istituzioni», «sintesi tra sistema soggettivistico e sistema oggettivistico, tra elementi soggettivi ed elementi oggettivi del fenomeno giuridico»⁷¹. L'«istituzione corporativa» era «una idea di opera o di intrapresa», per la cui realizzazione un gruppo sociale (società anonima, ospedale, Stato, associazioni, sindacati) si organizzava in potere e si dotava di organi, al fine di acquisire capacità, di compiere «operazioni giuridiche di governo e di amministrazione», di assumere obblighi giuridici, di dettare «regole di diritto disciplinare e statutario», «regole morali o intellettuali»⁷². Un vero e proprio organismo complesso, luogo di perfetto equilibrio tra un momento oggettivo («l'idea di un'opera o di un'impresa» incarnata «in un'istituzione corporativa») e un momento soggettivo (la personificazione dell'istituzione)⁷³.

In questo modo, accomunando la personalità dello Stato e quella dei corpi, Hauriou riconduceva lo Stato e le istituzioni corporative sul medesimo terreno della socialità, così da avvicinare, fino a fondere sul piano qualitativo, lo Stato e gli altri corpi sociali, lo Stato-istituzione e le altre istituzioni: lo Stato diventava l'esempio massimo dell'istituzione, «l'institution des institutions»⁷⁴. La nuova teoria, che identificava il problema della crisi dello Stato di diritto nell'aporia tra soggettività dello Stato-persona e oggettività dell'ambiente sociale, ribaltava la prospettiva tradizionale, passando dallo Stato alla società, descritta come una rete di gruppi e associazioni, «un corpo sociale organizzato», «il corpo obiettivo, l'individualità nella quale si sprigiona la personalità giuridica dello Stato»⁷⁵. Non era da una volontaristica scelta di autolimitazione, di conseguenza, che discendevano i limiti giuridici dello Stato, ma da un ordine obiettivo costituito dal tessuto reticolare delle istituzioni sociali⁷⁶.

70. Id., *Principes de droit public*, Sirey, Paris 1910, p. 86.

71. F. Modugno, *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano 1973, pp. 69-96, cit. a p. 85.

72. M. Hauriou, *Teoria della istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)* (1925), in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 3-46, pp. 12-36.

73. Ivi, p. 30.

74. Ivi, p. 126.

75. Hauriou, *Principes de droit public*, cit., pp. 253-5.

76. G. Gurvitch, *Les idées-maitresses de Maurice Hauriou*, in "Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique", 1-2, 1931, pp. 155-94, spec. pp. 182-93.

7. COMPLESSITÀ SOCIALE E PLURALISMO ORDINAMENTALE
NELLA TEORIA DI SANTI ROMANO

È in questo quadro in fibrillazione, impregnato di socialità e di storicità, che nel 1909 si inseriva la celebre prolusione di Santi Romano: la concezione ottocentesca dello Stato stava subendo «un'eclissi», l'assalto di «un movimento» costituito da «molteplici e svariate energie», sprigionate dalle nuove tendenze associative e corporative della società industriale, da un «sindacalismo integrale» che andava acquistando «movenze e forme sempre più larghe e complesse», tali da determinare «una specie di crisi nello Stato moderno»⁷⁷. Al suo interno, ma più spesso «contro di esso», si erano infatti andate moltiplicando «organizzazioni e associazioni» dagli scopi «più disparati», sorte su base economico-professionale e inclini a ulteriori collegamenti⁷⁸.

Di fronte a questo tessuto complesso e disomogeneo, l'organizzazione dello Stato moderno si dimostrava del tutto superata, inadeguata e «insufficiente», compromessa dal «peccato di origine» che recava con sé dal primo Ottocento: «quello, cioè, di essere eccessivamente semplice»⁷⁹. Dalla Rivoluzione in avanti si era preteso di cancellare le «forze sociali», di sopprimere «ceti e corporazioni», ponendo «di fronte allo Stato» nient'altro «che l'individuo»⁸⁰. Occorreva «tener conto», invece, «delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali», fra le quali, nel contesto della moderna società industriale, «le più salde», «le più spontanee» e «le più necessarie» erano quelle «determinate dall'interesse economico degli individui che le compongono»⁸¹.

Nell'opera della sua maturità, che giungeva nel 1917-18, il giurista palermitano poteva così dare veste tecnica alle ragioni della crisi, muovendo senza mezzi termini dalla «necessità della revisione del concetto di diritto», che andava affrancato da ipoteche normativistiche e imperativistiche non per «esigenze d'ordine astratto», ma onde dare esatta soluzione «a molti problemi concreti»⁸². Una volta scelto il piano «storico-sociale» come base di partenza per l'osservazione del fenomeno giuridico, Romano ravvisava nelle molteplici organizzazioni sociali, dalla comunità internazionale allo Stato, dalla Chiesa al sindacato, altrettante istituzioni, che andavano colte e valorizzate nella loro intrinseca giuridicità, giacché «ogni ordinamento», conformemente a un'«equazione [...] necessaria e assoluta», costituiva «un'istituzione, e viceversa ogni istitu-

77. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 9-13.

78. Ivi, p. 12.

79. Ivi, p. 13.

80. Ivi, pp. 13-8.

81. Ivi, p. 19.

82. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1946², pp. 9 e 78.

zione è un ordinamento giuridico», donde la conseguenza che «ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni»⁸³.

La complicazione del giuridico, pertanto, derivava direttamente dalla «molteplicità politipica» di ordinamenti sociali, enti, corpi, comunità e associazioni dai caratteri non tipizzabili, né riproducibili⁸⁴. Attraverso il «recupero della complessità» e del pluralismo, della storicità e dell'organicità, della socialità e della fattualità, Santi Romano smontava pezzo dopo pezzo il «riduzionismo illuministico» che aveva determinato l'itinerario della modernità borghese, sgretolando, in quanto profili uno all'altro concatenati, il monismo statualistico, la dottrina dell'autolimitazione, lo Stato monoclasse, la neutralità statale, l'accentramento burocratico⁸⁵.

Riconoscere l'esistenza di una molteplicità di formazioni sociali dotate di giuridicità, infatti, significava non solo ridimensionare l'unità assolutizzante dello Stato, non solo limitare con «persone» sociali la sovranità dello Stato-persona, ma anche frantumare una volta per tutte il monismo della legge, restituendo pluralità al quadro delle fonti⁸⁶. Il diritto andava rintracciato nel sociale, individuato nella molteplicità di quegli ordinamenti sociali che, al di là della loro personalità, costituivano altrettanti ordinamenti giuridici⁸⁷: «prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali», il diritto era «organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante»⁸⁸.

A differenza di Hauriou, che foggiaandola «a immagine e somiglianza» dello Stato considerava l'istituzione una «fonte del diritto»⁸⁹, e di Gierke, che rimanendo legato a una concezione normativistica considerava il diritto «come il prodotto dell'istituzione», Santi Romano scorgeva dunque il diritto nell'«istituzione stessa»⁹⁰, nello stesso fatto della società organizzata, così elidendo alla radice «il vecchio dilemma della teoria dell'autolimitazione»⁹¹: come fra i concetti di «istituzione», «ordinamento giuridico» e «diritto» c'era «perfetta identità», così vi sarebbe stata piena identità fra i concetti di «Stato»,

83. Ivi, pp. 23 e 86.

84. F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. xxxiv, Giuffrè, Milano 1985, pp. 1-58, cit. a p. 8.

85. P. Grossi, *Il diritto tra potere e ordinamento*, in Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 163-201, spec. pp. 178-87.

86. Id., *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2006), in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 669-88.

87. F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Morano, Napoli 1963, pp. 218-27.

88. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

89. Ivi, p. 28.

90. Ivi, p. 108.

91. Modugno, *Istituzione*, cit., p. 92.

«ordinamento giuridico statale» e «diritto statale», sicché non vi sarebbe stata alcuna potestà pregiuridica legittimata a un'autolimitazione, né alcuno Stato prima del diritto, né alcun momento in cui lo Stato non fosse stato «limitato, appunto perché, sin dalla sua origine, esso è un ordinamento» e la sua legge «non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto»⁹².

Anche per Romano, che sotto questo profilo tutto era fuorché “antistatualista”, lo Stato manteneva dunque un ruolo di primo piano, ma non più come ente unitario dotato di volontà dominatrice, bensì in quanto «organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi»⁹³. Erano «l'unità e la sovranità» dello Stato, la pretesa della sua assolutezza e della sua esclusività, a essere «destinate a scomparire», non la sua esistenza, né la sua utilità⁹⁴: il ruolo e la natura dello Stato, che si era voluto ingenuamente rappresentare come «il signore e l'arbitro non soltanto del suo diritto, ma di tutto il diritto»⁹⁵, andavano ridefiniti alla luce di un «movimento corporativo» che era «diretto, non già a travolgere lo Stato, nella figura che, per diritto moderno, è venuto assumendo, ma a completarne le deficienze e le lacune, che, come si è visto, presenta per necessario effetto della sua origine»⁹⁶.

Nel clima della politica liberale giolittiana – segnato da una graduale apertura verso la partecipazione delle classi popolari e verso il riconoscimento dei partiti come necessaria mediazione fra Stato e società – Santi Romano non condannava quindi lo Stato-soggetto all'irrelevanza, ma cercava di reinterpretarlo alla luce dei nuovi filtri istituzionalistici e pluralistici, ravvisando nel Parlamento, in una composizione rimodulata per effetto della partecipazione dei gruppi ai processi formativi della legge, il luogo di mediazione degli interessi espressi dalle organizzazioni di categoria⁹⁷. Lo Stato, disorientato dal superamento del modello individualistico di società, manteneva la personalità, rimaneva la «vera personificazione» della «collettività ampia e integrale», ma come esso avrebbe dovuto convivere con una vasta pluralità di gruppi sociali, politici ed economici, così il suo diritto avrebbe dovuto integrarsi con quelli derivanti dai molteplici ordinamenti giuridici⁹⁸.

92. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 28 e 67-9.

93. Ivi, pp. 24-5.

94. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 17.

95. Id., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 89.

96. Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 19.

97. R. Ruffilli, *Santi Romano e la “crisi dello Stato” agli inizi dell'età contemporanea* (1977), in Id., *Istituzioni, società, Stato*, vol. II, *Nascita e crisi dello Stato moderno: ideologie e istituzioni*, il Mulino, Bologna 1990, pp. 163-80.

98. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 25.

8. IL RICHIAMO DELL'UNITÀ FRA DIRITTO, IDEOLOGIA E POLITICA

La via indicata dagli indirizzi sociologici e istituzionalistici risultava dunque ormai tracciata. Tuttavia, se si eccettua l'esperienza della Repubblica di Weimar, fondata su una Costituzione pluralistica e comunitaristica, alla crisi dello Stato liberale fecero seguito, nell'Europa continentale della prima metà del Novecento, soluzioni che sembravano prepotentemente tornare, a livello teorico e costituzionale, sul terreno di un'unità semplificante. Delle svariate «forme di pensiero giuridico» che nascevano «dalla crisi dello Stato liberale», solo l'istituzionalismo avrebbe cercato di sciogliere le aporie facendo leva sulla costituzione pluralistica e complessa del tessuto sociale, le altre rinnovando, sotto nuova luce, una visione monistica del giuridico, all'insegna ora del sistema normativo, ora dello Stato, ora del diritto popolare⁹⁹.

Il richiamo dell'unità riaffiorava già nel normativismo kelseniano, che pur rompendo in molti punti con la «tradizione giuridica dell'Ottocento» avrebbe poco valorizzato il momento pluralistico, almeno rispetto a quanto sarebbe accaduto con le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra¹⁰⁰. Se sul piano della filosofia politica Kelsen abbracciava convintamente un modello di democrazia parlamentare fondato sulla libertà politica e sull'uguaglianza, sul suffragio universale e sul sistema proporzionale, sul principio di maggioranza e sui partiti, sul piano della teoria giuridica egli approdava a un «monismo formalistico» imperniato sul rispetto di parametri formali gerarchicamente collegati¹⁰¹.

All'interno della visione dinamica e plurilivellare disegnata con la *Stufenbaulehre*, Kelsen ribadiva a più riprese l'«esigenza teorica di un presupposto unitario, sulla cui base si possa fondare l'unità dell'ordinamento» e ricondurre a unità la «molteplicità degli atti statali e rapporti di potere puramente fattuali»¹⁰². «La *norma fondamentale*», capace di ricondurre a unità di sistema la «molteplicità di norme», avrebbe fondato, «con l'unità, la *sovranità* dello Stato»¹⁰³. Ma poiché «*sovrano* nel senso più proprio della parola» avrebbe potuto essere «un solo ordinamento», quando si fosse definito un ordinamento «come “sovrano”» avrebbe dovuto intendersi «appunto che lo si vuole far vale-

99. G. Zarone, *Crisi e critica dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, ESI, Napoli 1982, p. 144.

100. M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, cit., tomo II, pp. 605-56.

101. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2003, pp. 89-170, spec. pp. 136-8.

102. H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato (1923-24)*, in Id., *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano 1982, pp. 77-120, cit. a p. 111.

103. Id., *Lineamenti di teoria generale dello Stato (1926)*, in Id., *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, ESI, Napoli 1994, pp. 41-115, cit. a pp. 63-4.

re come «ordine totale» e «unico»¹⁰⁴. Lo Stato, «come unità», non era altro, in questa prospettiva, che «l'espressione personificativa dell'unità di questo ordinamento», il «punto finale comune dell'imputazione di tutti gli atti statali specificamente qualificati normativi»¹⁰⁵, l'«ordinamento giuridico totale», ossia la sua «unità personificata»¹⁰⁶: Stato e diritto non erano «entità differenti», ma l'uno la personificazione dell'altro, l'uno la rappresentazione unitaria della «pluralità» e della «molteplicità delle relazioni»¹⁰⁷. Con la conseguenza che il «popolo», sotto il profilo sociologico una vera e propria «molteplicità di gruppi», diventava, «dal punto di vista giuridico», un'unità «in senso normativo», un'«unità normativa»¹⁰⁸.

In maniera del tutto diversa, in Italia, la dottrina fascista rielaborava il nesso organico fra Stato e società intorno a un modello statocentrico, facendo dello Stato totale l'elemento nel quale risolvere la dimensione pluralistica del sociale. Già nel 1920 Alfredo Rocco confidava nella capacità unificante dello Stato per superare la crisi descritta da Santi Romano agli inizi del secolo¹⁰⁹. Se la «crisi dello Stato» derivava dal suo dissolversi «in una moltitudine di aggregati minori, partiti, associazioni, leghe, sindacati», andava in primo luogo abbandonato l'atteggiamento di «agnosticismo» che la dottrina politica del liberalismo aveva impresso allo Stato nei confronti della società, concepita «come una somma di individui uguali, come una grigia massa amorfa e indifferenziata»¹¹⁰. Respingere l'«assalto delle nuove forze disgregatrici, che attentano alla sovranità dello Stato», significava spegnere «lo spirito dissolvitore, individualistico, antistatale» che aveva pervaso la civiltà liberale, senza che questo implicasse un annullamento dell'organizzazione degli interessi professionali¹¹¹. Tutt'altro: l'associazionismo di coloro che esercitavano lo stesso mestiere costituiva «un fenomeno di tutti i tempi, naturale e incoercibile», che andava però monopolizzato e diretto da parte dello Stato, così da trasformare il «sindacalismo», nel quale le associazioni professionali si ponevano «all'infuori dello Stato e spesso contro lo Stato», in «corporativismo», nel quale i sindacati cadevano nell'orbita dello Stato, divenendone «suoi organi»¹¹².

Quando negli anni Trenta Giorgio Del Vecchio sarebbe tornato sulla «crisi

104. Ivi, p. 65.

105. Ivi, p. 51.

106. Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Etas Kompass, Milano 1966, p. 198.

107. Id., *Lineamenti*, cit., p. 58.

108. Id., *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, il Mulino, Bologna 1984³, pp. 35-144, cit. a p. 51.

109. A. Rocco, *Crisi dello Stato e sindacati* (1920), in Id., *Scritti e discorsi politici*, vol. II, *La lotta contro la reazione antinazionale (1919-1924)*, Giuffrè, Milano 1938, pp. 631-45.

110. Ivi, pp. 631-6.

111. Ivi, pp. 634-6.

112. Ivi, pp. 637-9.

dello Stato», le linee tracciate da Rocco avrebbero ormai rappresentato i punti fermi di un'impostazione teorica che vedeva nello Stato fascista il «centro di gravità di un sistema», il «focus nel quale convergono e dal quale irradiano tutti i raggi che compongono una reale unità»¹¹³. Chiamato a misurarsi dinamicamente con una quantità crescente di forze centrifughe e disgregatrici, lo Stato avrebbe dovuto garantire unità «mediante una continua assimilazione degli elementi, anche eterogenei, che gli gravitano d'intorno, attraendoli esso in certa guisa nella sua orbita, e imprimendo, per così dire, il proprio formale sigillo sopra le loro spontanee energie»¹¹⁴.

L'atteggiamento antiparlamentare e antirappresentativo dello Stato liberale di diritto trovava qui nuove e diverse motivazioni, connesse all'esigenza di convogliare proficuamente verso l'unità dello Stato totalitario le diverse forze politiche, economiche e sociali del paese. L'invenzione dello Stato corporativo, portata a compimento fra il 1926 e il 1939, avrebbe espresso al massimo livello l'istanza di unificazione avanzata dal regime fascista, conformemente all'idea secondo la quale la pluralità di gruppi e interessi avrebbe dovuto essere non già negata, ma filtrata in categorie da armonizzare e rendere funzionali all'unità dello Stato. Il successo delle politiche di regime passava da un'unità di intenti che non avrebbe tollerato energie indipendenti e politiche antagoniste, spinte centrifughe e forme di dissenso, secondo una logica monistica che ancora una volta utilizzava il «mito dello Stato» per conseguire l'unità¹¹⁵. L'affermazione di una visione del giuridico semplice e unitaria era così compiuta sotto il sigillo dello Stato: «la nazione italiana» – recitava l'art. 1 della Carta del Lavoro – «è una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato fascista».

Negli stessi anni, specialmente dopo che nel 1933 il governo conseguiva un potere legislativo dilatato dalla possibilità di emanare provvedimenti modificativi della Costituzione, anche la Germania di Hitler adottava una soluzione unitaria per superare la crisi dello Stato liberale¹¹⁶. All'indomani della notte dei lunghi coltelli, riprendendo i discorsi pronunciati da Hitler davanti all'associazione dei giuristi tedeschi e al *Reichstag*, Carl Schmitt poteva ormai illustrare come la recente storia tedesca avesse dimostrato la fragilità dello Stato liberale di diritto, l'inconsistenza del nesso tra legalità e neutralità, l'equivoco che aveva portato a identificare nello Stato e nella sua legge i pilastri dell'ordine giuridico¹¹⁷. Proprio l'aver compreso questi errori dava al *Führer* «la forza» e «il diritto».

113. G. Del Vecchio, *La crisi dello Stato*, Pallotta, Roma 1934², p. 15.

114. Ivi, p. 16.

115. E. Gentile, *Il mito dello Stato nuovo. Dal radicalismo nazionale al fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1999.

116. Il riferimento è al *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* del 24 marzo 1933.

117. C. Schmitt, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in "Deutsche Juristen-Zeitung", 15, 1° agosto 1934, cc. 945-950.

to» di fondare «un nuovo Stato e un nuovo ordine», che avessero a cuore non lo Stato e la sua legge, ma il popolo e il suo diritto¹¹⁸. Il *Führer* avrebbe «protetto il diritto» del popolo davanti a nuovi «abusi», sarebbe stato «responsabile del destino della Nazione tedesca» e «giudice supremo del popolo tedesco»¹¹⁹. Il vero diritto non era quello contenuto nella legge dello Stato, ma il «*Lebensrecht des Volkes*», del quale il *Führer*, nella sua qualità di giudice supremo, si faceva – in un momento di crisi – legittimo e autorevole portavoce¹²⁰.

Dalla triade «Stato, movimento, popolo», che animava la dialettica costituzionale di Schmitt, usciva ancora una volta una concezione monistica del diritto, la cui semplicità sistematica («la *totalità* dell'unità politica»), però, discendeva stavolta non dal suo essere tutto riconducibile allo Stato, ma dal suo promanare interamente dal popolo, all'insegna del quale si fondevano i due termini antinomici della tradizionale «bipartizione» dello Stato liberale di diritto¹²¹: lo Stato-persona e la società degli individui. Il popolo nella sua unità, sostituito l'individuo nella sua singolarità, prendeva il sopravvento sullo Stato: la protezione e la realizzazione del diritto popolare erano affidate al *Führer*, capo del Partito nazionalsocialista, dal quale dipendeva «il destino dell'unità politica del popolo tedesco»¹²².

Archiviato il modello classico dello «Stato di diritto», nient'altro che uno «Stato legislativo» nel quale il concetto di legge veniva «spogliato di ogni riferimento contenutistico alla ragione e alla giustizia», Schmitt spostava così il momento politico unitario dal legislativo all'esecutivo, dal legislatore all'amministrazione, conformemente a una «tendenza verso uno Stato totale» che assumeva «per sua natura» i caratteri di «uno Stato amministrativo», caratterizzato dalla «conformità immediatamente concreta delle sue misure, provvedimenti e comandi, alle cose»¹²³. Lo Stato liberale di diritto avrebbe funzionato solo a condizione di una «congruenza» tra «diritto» e «legge formale», mentre il nuovo Stato nazionalsocialista avrebbe fatto affidamento su organi giudiziari e amministrativi direttamente a contatto con il diritto e con la giustizia¹²⁴.

Schmitt, così, finiva per adottare un punto di vista antilegalistico, antistatalistico, antivolontaristico: il diritto per lui non era *sollen*, ma *sein*, non era legge positiva, ma realtà di un «ordinamento concreto» che «sorge in una

118. Ivi, c. 946.

119. *Ibid.*

120. Ivi, c. 947.

121. Ivi, c. 949. Cfr. C. Schmitt, *Stato, movimento, popolo* (1933), in Id., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Neri Pozza, Vicenza 2005, pp. 255-312, spec. pp. 264-72.

122. Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, cit., c. 949.

123. Ivi, pp. 211-28.

124. C. Schmitt, *Legalità e legittimità* (1932), in Id., *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972, pp. 211-44, spec. pp. 228-30.

evoluzione involontaria», procede storicamente e viene «savignianamente», dall'amministrazione, dal presidente, dal capo, dal giudice e dalla scienza giuridica, raccolto e recepito¹²⁵. Un diritto quindi ancorato a contenuti, valori e principi, opposto a una legalità «neutrale, avalutativa e aqualitativa, formalistica e funzionalistica in quanto priva di contenuto»¹²⁶. La Costituzione, intesa quale «condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale»¹²⁷, non era data da una norma scritta, né da un sistema di norme, ma si identificava con una decisione politica fondamentale, che in ultima istanza spettava, monopolisticamente e monocraticamente, al presidente del Reich, «custode di tutto quanto questo ordinamento costituzionale»¹²⁸.

Era ancora una volta nell'unità, nella *reductio ad unum* della complessità, che la cultura giuridica del primo dopoguerra affrontava la «crisi dello Stato». Anche Schmitt vedeva nel «pluralismo sociale» un potenziale fattore di disgregazione e nell'unità il primo valore del diritto, solo che il principio unificante non era per lui da ricercare in una costituzione in senso formale, in una struttura normativa o nello Stato, ma in un nucleo non scritto che esprimeva l'unità della tradizione e del popolo tedesco¹²⁹. L'aspirazione alla semplificazione e all'unità si traduceva ancora una volta in insofferenza verso la diversità, il pluralismo, le differenze: verso la diversità di razza, di religione, di nazionalità.

125. Id., *La condizione della scienza giuridica europea* (1943-44), in A. Carrino (a cura di), *Dottrine dello Stato tra Vienna e Weimar*, ESI, Napoli 1996, pp. 147-84.

126. Id., *Legalità e legittimità*, cit., pp. 230-1.

127. Id., *Dottrina della Costituzione* (1928), Giuffrè, Milano 1984, pp. 15-57.

128. Id., *Il custode della Costituzione* (1931), Giuffrè, Milano 1981, p. 199.

129. Id., *Etica di Stato e Stato pluralistico* (1930), in Id., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 2007, pp. 217-36.