

Varenna 2007

Mario Dogliani

Schema provvisorio

PRINCIPIO DI LEGALITÀ

1.

Nel *Dizionario di politica* diretto da Norberto Bobbio e Nicola Matteucci compare la voce “principio di legalità”, redatta da Bobbio, ma non compare la voce “Stato di diritto”.

Nella trattazione del principio di legalità, lo Stato di diritto (inteso in senso circoscritto: “lo Stato di diritto della dottrina tedesca di diritto pubblico” dell’800), come l’isonomia dei Greci e la *rule of law* della tradizione inglese, compaiono come modelli che “rispecchiano pur nella diversità delle situazioni storiche la permanenza del principio di legalità come idea regolativa del buon governo per eccellenza”.

Dunque: il principio di legalità (una delle “idee cardini della teoria politica”) è il principio generale di cui lo stato di diritto. (sia lo stato legislativo sia lo stato costituzionale) è una attuazione.

2.

Nella sua accezione più pura il principio di legalità indica un requisito che attiene all’esercizio del potere, non alla sua titolarità.

Mentre si definisce legittimo il potere giuridicamente fondato (il cui contrario è il potere di fatto), si definisce legale il potere esercitato secondo le leggi (il cui contrario è il potere arbitrario).

Il nucleo del principio di legalità sta nella prescrizione secondo la quale tutti gli organi che esercitano un pubblico potere sono tenuti ad agire conformemente alla legge, e dunque nel divieto dell’esercizio (non discrezionale, ma) arbitrario del potere, “qualora si intenda per esercizio arbitrario un atto compiuto in base ad un giudizio esclusivamente personale della situazione”.

Solo con la formulazione del potere legale-razionale come tipo particolare di potere legittimo, la legalità da requisito dell'esercizio del potere diventa titolo di legittimazione.

Analiticamente, il principio di legalità ha tre significati fondamentali.

Occorre innanzi tutto distinguere a seconda che venga invocato nei confronti del soggetto che pretende la titolarità ultima del potere politico o nei confronti di soggetti che esercitano un potere derivato.

Nel primo caso occorre ancora distinguere se sia in gioco il problema della latitudine del suo potere o il problema delle modalità d'esercizio di tale potere nei confronti dei membri del gruppo politico.

Se è in gioco il problema della latitudine del suo potere, il principio di legalità è la negazione – o la correzione/precisazione – del principio di sovranità, ed afferma che il principe non è mai *legibus solutus* (anche se non prescrive, nella sua forma più pura, o generale, o semplice, di che natura siano le leggi che vincolano il principe).

Se è in gioco il problema delle modalità d'esercizio di tale potere nei confronti dei membri del gruppo politico, il principio di legalità è la negazione – o la correzione/precisazione – del principio *quod principi placuit, legis habet vigorem*, perché prescrive che il piacere del principe non può consistere nel decidere misure concrete, caso per caso, ma solo nell'emanare atti generali, in quanto tali miranti al bene comune e non a interessi particolari.

Se viene invocato nei confronti dei soggetti che sono chiamati ad applicare le leggi ai casi singoli, il principio di legalità prescrive che nessuna condizione – interna o esterna – di arbitrio autorizzato deve turbare l'applicazione della legge da parte del giudice o dell'amministrazione, prescrivendo il trattamento eguale o imparziale (a seconda dei contesti in cui l'applicazione della legge ha luogo).

In sintesi: Il principio di legalità prescrive il reggimento della società attraverso la emanazione di leggi generali e attraverso la applicazione "esatta" di leggi generali, per quanto, ovviamente, tali leggi incontrino l'esercizio delle funzioni pubbliche. Costituisce una dilatazione del principio - non richiesta dal suo nucleo, ma frutto di scelte ideologiche - la identificazione delle attività pubbliche in attività di esecuzione, o applicazione, della legge.

Va anche precisato che, sotto il profilo analitico, il principio di legalità non ha un nesso concettualmente necessario con il principio rappresentativo, o della sovranità nazionale o della sovranità legislativa. Il nesso esiste, ed è fortissimo, ma è un nesso storico.

3.

Anche limitandoci ai modelli “Stato legislativo di diritto” e “Stato costituzionale di diritto”, molto diverse sono le modalità con le quali l’idea regolativa che oggi, in modo sintetico, definiamo “principio di legalità” è stata positivizzata; e molto numerosi sono i principi che si ritiene siano da essa implicati.

Nel linguaggio scientifico per “principio di legalità” si deve intendere il modello – necessariamente selettivo (si pensi all’uso che del concetto è stato fatto anche da una parte della dottrina nazista) – che raccoglie, astraendole e tipizzandole, le diverse norme che storicamente sono state elaborate come sua attuazione.

La trattazione del modello deve dunque rispettare la sua “non semplicità”, piuttosto che mettere in evidenza le sue aporie (com’è nella brillante critica di Troper).

4.

Essendo un modello fortemente presente nella nostra storia giuridica, e, come tale presupposto, dalla nostra Costituzione, il problema della capacità prescrittiva del principio di legalità va trattato all’interno di impostazioni che potremmo definire di “epistemologia riflessiva” (Zolo), la cui più nota espressione negli studi giuridici è quella che ispira l’opera di Haeberle. Sul problema tornerò più avanti.

5.-

I contenuti normativi del principio di legalità come attuato storicamente presentano una triplice *ratio*, o funzione.

- a) regolare il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo assicurando la preminenza del primo;

b) instaurare una forma di potere legale razionale, che consenta la prevedibilità e calcolabilità dell'azione dei pubblici poteri;

c) far coincidere il diritto oggettivo che realizza la funzione sub b) con la legge parlamentare, in quanto manifestazione del potere rappresentativo, garantito come sovrano dalla funzione sub a).

Sotto questo profilo il principio di legalità (in senso moderno) rappresenta l'esito della fusione del modello dello stato legale razionale con il modello dello stato rappresentativo.

Su ognuna di queste funzioni occorre riflettere separatamente.

5.A) La funzione sub a) è la più antica. Può essere definita come l'affermazione del diritto all'ultima parola del Parlamento nei confronti del Governo.

La sua origine è propriamente costituzionalistica. E' il principio che realizza la forma di governo costituzionale pura, o monarchia costituzionale, o monarchia rappresentativa. E' la traduzione immediata – assieme alla nullificazione mediante burocratizzazione del potere giudiziario – del principio della divisione dei poteri. Sancisce e sanziona la divisione dei poteri.

La sua funzione immediata è stata di impedire al Re la possibilità di una politica antagonista rispetto a quella voluta dal Parlamento.

L'origine del principio è plasticamente rappresentata dagli esiti della rivoluzione inglese del 1689. La formula plurisecolare del giuramento che pronunciò ancora Carlo I era: "Concedis iustas leges et consuetudines esse tenendas et promittis eas per te esse protegendas et ad honorem Dei roborandas, quas vulgus elegerit, secundum vires tuas? Respondebis "Concedo et promitto". Guglielmo e Maria giurarono invece "di governare il popolo di questo Regno di Gran Bretagna, e i Domini a questo appartenenti, in armonia con gli statuti approvati in Parlamento e alle leggi e consuetudini dello stesso.". Il Parlamento era diventato il padrone del diritto, e il Re non poteva opporsi.

Il principio fu espressamente sancito nelle costituzioni della Restaurazione.

Nello Statuto albertino (Art. 6: "Il Re ... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne."); nella Carta costituzionale francese del 14 agosto 1830 (Art. 13: "Il Re è il capo supremo dello Stato, comanda le forze di terra e di mare, dichiara la guerra, fa i trattati di pace,

d'alleanza e di commercio, provvede alle nomine per tutti gli impieghi della amministrazione pubblica e fa i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi, senza poter mai né sospendere le leggi stesse, né dispensare dalla loro esecuzione. Tuttavia solo in virtù di una legge una truppa straniera potrà essere ammessa al servizio dello Stato”.); nella Costituzione belga del 1831 (Art. 67: “Egli fa i regolamenti ed emana gli ordini necessari per eseguire senza poter mai né sospendere le leggi medesime, né dispensare dalla loro esecuzione”).)

Questo profilo del principio di legalità, che oggi definiamo principio di preferenza di legge – ma che alle origini si presenta come il principio dell’ultima parola al Parlamento (formula più diretta e realistica di quella della sovranità parlamentare) - ha poco a che fare con i significati che il principio di legalità trae dall’idea della isonomia, del “governo delle leggi”.

Anzi – se Stato assoluto è il più riuscito stato di diritto (Costa) – il principio in parola nasce proprio dalla cancellazione di quella forma di stato in cui il sovrano non era padrone del diritto; e pone, con la sua stessa nascita, il rompicapo del moderno stato di diritto: come assoggettare al diritto colui che si è posto nella posizione di padrone del diritto (il parlamento).

In modo solo apparentemente paradossale si può affermare che la prima affermazione del principio di legalità, nella sua versione moderna, legislativa, è al tempo stesso il deragliamento dalla tradizione del costituzionalismo. L’onnipotenza parlamentare è il contrario del costituzionalismo.

La storia del principio di legalità si svolge all’interno della contraddizione aperta dalla realizzazione dell’obiettivo di monopolizzare la produzione normativa “ultima” nel parlamento (il che non significa valutare negativamente le ragioni storico-politiche di quest’ultimo).

5.B) La funzione sub b) viene attuata attraverso la triplice operazione consistente:

- Nelle consolidazioni e codificazioni;
- Nella grande produzione legislativa e regolamentare;
- Nella nullificazione del potere giurisdizionale, ottenuta risolvendo la giurisdizione in una attività di applicazione della legge svolta da funzionari pubblici; applicazione posta sotto il segno di una teoria cognitiva

dell'interpretazione, che configura l'applicazione medesima come atto di conoscenza e non di volontà.

- Nella totale burocratizzazione dei poteri amministrativi, fino a configurare integralmente la loro azione come esecutrice della legge.

5.C) La funzione sub c) è stata realizzata attraverso il successo dell'operazione ideologica consistente nel presentare la legge come espressione della volontà generale.

Sul piano strettamente giuridico attraverso:

- La trasformazione del "diritto all'ultima parola" nel principio di preferenza di legge come principio comportante la giustiziabilità anche degli atti normativi dell'esecutivo.

Trasformazione che non si è verificata in modo omogeneo, tanto che ha generato la distinzione tra Stato legislativo e Stato di diritto (inteso come quello in cui i regolamenti sfuggono al controllo giurisdizionale: Carré de Malberg afferma che il primo – realizzato dalla III Repubblica - rappresenta un livello di maggiore perfezione democratica, ma che il secondo – concettualmente – mantiene una eccedenza di significato in quanto tiene ferma l'aspirazione ad una sottoposizione al diritto anche del potere legislativo).

Infine, punto particolarmente importante, con

- la elaborazione del "diritto alla prima parola" del Parlamento, e cioè del principio di legalità in senso formale, inteso come il principio in virtù del quale tutti i poteri amministrativi devono essere stabiliti dalla legge (che deve almeno indicare "su che cosa" e "con quali forme" l'amministrazione possa agire, essendo il "come" rimesso, più o meno completamente, alla sua discrezionalità).

6.-

L'avvento delle costituzioni rigide segna il compimento di un disegno già individuato dal liberalismo pre-1848; che estende l'applicazione del principio di legalità anche alla legislazione.

Quali ulteriori cambiamenti si verificano nella configurazione del principio?

6.A.) Le vicende del principio di legalità come diritto all'ultima parola del Parlamento poco hanno a che vedere con l'avvento delle costituzioni rigide.

Dipendono dalle trasformazioni delle forme di governo, dovute ad un diritto non scritto prodotto da trasformazioni dei sistemi politici. Si può sostenere che gli strumenti estremi del diritto all'ultima parola (leggi di interpretazione autentica e soprattutto leggi provvedimento) avevano senso solo nelle forme di governo dualiste; non più in quelle moniste, come quelle pienamente parlamentari, e soprattutto quelle maggioritarie.

E' diffusa l'opinione che, anzi, siano strumenti odiosi per piegare l'amministrazione – costituzionalmente tenuta all'imparzialità - da parte di maggioranza "tirannica" (che esercita una volontà politica di parte, in senso deteriore).

Il principio di preferenza di legge rimane come espressione del "diritto alla giurisdizione" e come anello del principio di gerarchia delle fonti, che salda il principio di costituzionalità con quello di legalità, strettamente inteso.

6.B) La Costituzione rigida realizza un perfezionamento della funzione sub c), garantendo la supremazia della legge formale: art. 101 e riserva di legge.

Ma, consistendo la ratio fondamentale della costituzione rigida, in un contesto di forma parlamentare, nell'apprestare una garanzia giurisdizionalizzata contro l'arbitrio del continuum maggioranza-governo, la riserva – in quanto garanzia di procedura e di pubblicità nei confronti della sola legge formale - viene considerata una garanzia debole. Paradossalmente, dice Mortati, la riserva tanto meglio adempie a detta funzione (preservare dall'arbitrio di maggioranze) quanto più la legge perde carattere di assolutezza. Il che significava: quanto più è piegata al controllo di costituzionalità; ma anche: quanto meno la sua concezione "ideologica" è di ostacolo ad estendere il controllo di costituzionalità anche dei regolamenti.

7.-

Intorno al rapporto tra principio di legalità e Costituzione si danno, ormai da due decenni, letture divaricate, che ruotano intorno al quesito se la Costituzione abbia o meno costituzionalizzato il principio di legalità, come "diritto del parlamento alla prima parola", al di là delle riserve di legge; e se sì, attribuendogli quale significato.

Le risposte in senso positivo sono diverse:

a) E' stato costituzionalizzato nel suo significato forte, che implica una specifica, materiale, conformazione del potere, tale che la legge possa costituire parametro del suo esercizio (il potere deve essere specificamente conferito e specificamente disciplinato);

b) E' stato costituzionalizzato in un significato più debole, che implica una specifica, espressa, materiale, identificazione e autorizzazione senza che la legge disciplini la materia sulla quale il potere amministrativo verrà esercitato (il potere deve essere solo specificamente conferito, per singole ipotesi espressamente individuate, ma non specificamente disciplinato);

c) E' stato costituzionalizzato in un significato ancora più debole, che richiede solo una autorizzazione, anche generale, che conferisca il potere senza individuare le specifiche ipotesi in presenza delle quali potrà essere esercitato. Il potere deve essere solo genericamente conferito. Le questioni che si dibattono a questo proposito si riassumono nella questione se siano da considerarsi *praeter legem*, e non indipendenti (nel senso di "spontanei"), solo i regolamenti sub b) o anche quelli sub c).

d) E' stato costituzionalizzato nel significato sub b), ma non è richiesta un'autorizzazione legislativa espressa, potendo essa derivare da principi generali (dell'ordinamento generale o di quello amministrativo) o da fonti equiparate alla legge.

La risposta che nega la costituzionalizzazione del principio, nega la necessità della previa legge in tutti i campi non coperti da riserva, attraverso un'interpretazione a contrario dell'art. 23, considerato norma di chiusura (posizione che oggi mi sembra dominante tra gli amministrativisti).

8.-

Per ricostruire le ragioni delle opposte visioni occorre ritornare alla ratio del principio di legalità, consistente nella fusione tra principio della razionalità del potere e principio della sovranità parlamentare.

Il principio di legalità presenta, in considerazione di questa fusione, che esso opera, un duplice profilo: uno, per così dire, statico, o formale, (derivante dal principio di razionalità) e uno dinamico, o materiale, (derivante dal principio della sovranità parlamentare).

Quello statico, o formale, consiste nel realizzare la certezza e la calcolabilità del potere, indipendentemente da ogni considerazione sulla qualità della legislazione.

Quello dinamico, o materiale, consiste nel funzionalizzare stabilmente, istituzionalmente, la legislazione alla tutela dei diritti. Funzionalizzazione che non si risolve nel consentire la calcolabilità, ma che discende dalla qualità – dal valore – dell'atto legislativo.

Il valore è una qualità attribuita. Discende – è inevitabile il bisticcio di parole - da un giudizio di valore, che è cosa diversa da un giudizio di fatto (da una tesi cognitiva).

Al di là delle ideologie, il valore della legge veniva legato:

a) Al suo essere espressione dell'unico arbitro immaginabile, legittimato a risolvere i conflitti d'interesse che attraversano la società. Il convincimento che solo un Parlamento eletto da tutto il popolo possa decidere i conflitti tra i gruppi sociali (Weber) è stato il fatto culturale che ha legittimato i parlamenti, fino a quando è stato travolto dal corporativismo e dal fascismo.

b) Alla procedura di approvazione, che garantisce la presenza delle minoranze. Il che avrebbe garantito le libertà perché le minoranze:

b.1) possono sottomettere all'opinione pubblica il comportamento della maggioranza;

b.2) possono realizzare compromessi, attraverso lo scambio, ma soprattutto attraverso la più ampia generalizzazione della disciplina, aumentandone l'inclusività.

E' questo il vero elemento ottimistico del principio di legalità, e il vero punto del suo fallimento: che il contrasto degli interessi avrebbe garantito la generalità della legge, data l'impossibilità "politica" di scendere sotto una tipizzazione mediana degli interessi disciplinati (ancora Calamandrei in questo senso).

Il carattere generale e astratto della legge avrebbe dovuto innescare un procedura generatrice di giustizia simile a quella teorizzata da Rawls attraverso il velo d'ignoranza.

Questa componente è riconosciuta da Troper, seppur come eccessivamente ingenua). Ma – a differenza di quel che Troper sembra pensare - non si tratta di una generalizzazione dovuta al calcolo razionale del decisore, che vuole evitare di dettare una legge sotto la quale potrà trovarsi in una posizione non desiderabile. Non si tratta di una preoccupazione soggettiva dei parlamentari.

Se si considera il principio di legalità dal punto di vista del “diritto all’ultima parola”, emerge chiaro come la preoccupazione dei costituenti della Restaurazione fosse che il Re potesse introdurre o restaurare situazioni di privilegio (dispense o deroghe). La garanzia della generalità della legge avrebbe dovuto essere l’invidia dei privilegi e la conseguente determinazione a smantellarli e a impedirne il risorgere. Non si può negare che fosse una posizione realistica.

Oggi, si dice, questa posizione appare sconfitta dallo “scambio politico” che caratterizza l’azione delle democrazie.

Ma, molto prima, la fiducia che la generalità della legge coincidesse con la generalizzazione degli interessi è stata sconfitta dalla ristrettezza della base sociale dello stato liberale. Quando si parla di “resa” del principio di legalità di fronte alle maggioranze tiranniche, si suole sovente fare riferimento alle maggioranze che hanno consentito l’instaurazione legale delle dittature; ma in realtà le dittature della maggioranza sono state quelle dello stato liberale censitario, che non hanno garantito l’uguaglianza (Kelsen ...). E’ allora che si è consumato lo scacco teorico del principio di legalità.

b.3) Ma esiste una terza giustificazione del “valore” della legge. Secondo Kelsen nello stato costituzionale (che garantisce, nella sua ottica, non sistemi di principi di giustizia, ma solo la rigidità delle procedure) democratico (e cioè politicamente strutturato in forti partiti) il vero pregio della legge sta nella sua reversibilità.

La legge sta al vertice della gerarchia delle fonti non malgrado la, ma a causa della, sua reversibilità. La quale consente di non identificare la validità della legge con la sua conformità ad un principio di giustizia che, necessariamente (nell’ottica molto politicizzata, e generalmente misconosciuta, di Kelsen) divide il corpo sociale.

9.-

Contro queste ragioni, che militano a favore di una difesa del senso del principio di legalità, stanno quelle di coloro che considerano il principio di legalità ormai travolto:

per un verso, nel suo profilo statico, dal caos normativo, inteso sia come caos delle fonti (europee, transnazionali, regionali ...) che legislativo in senso stretto (numero e qualità): il fenomeno che ormai viene definito – con significativa assonanza – il problema dell'”insicurezza” legislativa;

per l'altro, nel suo profilo funzionale, dal controllo di costituzionalità, che ne assorbe, in modo efficace, tutte le ragioni, e che anzi, per la prima volta, le attua efficacemente, contro le promesse mancate del principio stesso.

Ma altre critiche, più profonde e interessanti, attengono al “senso” del principio di legalità in rapporto all'amministrazione e alla giurisdizione, al di là del problema dell'inflazione legislativa.

9.A) Per quanto attiene all'amministrazione.

A torto o a ragione, si è stabilito un nesso tra titolarità dei diritti costituzionali e pretesa alla loro efficiente ed efficace soddisfazione; nesso che individua un larghissimo settore di intervento pubblico a fronte del quale la legge appare solo come uno strumento cui si deve ricorrere per ragioni di forza maggiore (istituzionali o finanziarie), ma non per ricercarvi la garanzia di un qualche valore, di giustizia o di razionalità che dir si voglia (in uno degli innumerevoli significati che queste parole evocano).

Detto in altri termini: la legittimazione delle politiche non deriva dall'essere tradotte in legge e in attività amministrative autorizzate dalla legge, ma dal rispondere a criteri sostanziali: quelli sottesi a espressioni come efficacia, efficienza, razionalità economica, semplicità procedimentale...

A fonte di una “misura” (ritenute) efficace, efficiente, economicamente razionale, semplificante ... il principio di legalità costituisce un vincolo, mentre ciò che imprime alla misura il suo carattere “legale”, nel senso di “non arbitrario” (conformemente al nucleo della idea regolativa che costituisce l'oggetto storicamente

costante del principio di legalità) è la conformità della misura al complesso di regole che connotano le specifiche forme di razionalità evocate: regole elaborate dalla scienza dell'organizzazione, dalla scienza dell'amministrazione, dalla scienza economica ...

Mentre per i teorici dello Stato di diritto, fino alla svolta labandiana – ma in realtà anche oltre: si pensi alla riflessione di V.E. Orlando sulla *felix culpa* di Jellinek – le regole prodotte dall'ambiente sociale costituivano il sostrato di fatto, ma non teoricamente irrilevante, che vincolava in modo oggettivo l'azione e la legislazione dello Stato (tanto che – successivamente alla svolta predetta - si è parlato di uno Stato di diritto materiale e di uno formale), oggi sembra di assistere ad un ritorno ad una fase ancora anteriore, in cui il sostrato di regole “di fatto” rileva non solo in quanto filtrato dal diritto positivo, che ne resta condizionato, ma direttamente, come *ratio* oggettiva.

Questo fenomeno rappresenta, a mio avviso, la causa più profonda della crisi del principio di legalità come principio normativo, perché mina le ragioni per le quali esso “meriti” di essere riconosciuto come tale. Mina cioè il giudizio di valore dal quale discende la legittimazione del principio stesso.

Ma questo fenomeno rappresenta solo un lato del problema, perché il prevalere delle tesi non-cognitivistiche dell'interpretazione mette in luce il carattere sostanzialmente decisionistico dell'attività giurisdizionale, carattere che il principio di legalità argina solo debolmente con la cornice linguistica della disposizione scritta. E' ovvio che quando si sostiene, oggi, che è tuttora aperto il problema di sottoporre al principio di legalità anche l'attività giurisdizionale, dopo che essa è stata istituzionalmente identificata con l'applicazione della legge (Guastini), si intende fare riferimento ad un livello ulteriore del problema, che non ha più nulla a che fare con la creazione di un sistema di norme, giacché in tal caso esso si riproporrebbe all'infinito.

10.-

Di fronte a questa situazione, le soluzioni improntate all'idea della “sicurezza legislativa” (come se le leggi fossero dei migranti senza arte né parte) e incentrate intorno all'idea della valutazione preventiva dell'impatto della legislazione

spravvenienda (come se le leggi in cammino dovessero dimostrare di avere un “buon lavoro” da fare) mi sembra non andare al cuore del problema.

Certo, le strategie incentrate sulla semplificazione e sulla consolidazione/codificazione sono utili (purché evitino di creare più problemi di quanti ne risolvano, come è accaduto con la delegificazione e soprattutto con i T.U. misti, che hanno rischiato addirittura di cancellare l’idea stessa di “atto normativo scritto”).

Ma assolutamente preliminare è decidere quale credito al principio debba ancora essere attribuito, partendo dalla radice della sua crisi.

Crisi che, come si è detto, è sintomo di un cambiamento profondo di stile di pensiero, cambiamento in forza del quale la “legalità”, come non arbitrio, viene oggi percepita come una qualità che deve fondarsi su una razionalità che non è comprovata dalla – e che dunque non può esaurirsi nella – presenza della forma della legge. Una razionalità sottostante che può anche sostituirsi direttamente alla presenza della legge (Trimarchi Banfi).

Le strade che il giurista può percorrere di fronte a questa situazione sono quattro.

O ritenere che una tale razionalità che dia oggettività alla legge (e alle scelte discrezionali dell’amministrazione e a quelle interpretative dei giudici) non esista; che dunque il diritto oggettivo si risolva nei singoli atti normativi, i quali formalizzano mere decisioni; che tale decisionismo, aperto a ogni varianza, non consenta nemmeno di elaborare un sistema concettualmente ordinato che possa ambire a determinare un quadro culturalmente condizionante l’attività legislativa.

Il decisionismo legislativo e il decisionismo giudiziario si affiderebbero solo al “salvagente della forma”, intesa come garanzia socialmente accettata come ultima alternativa al caos.

E’ questa la strada del post-modernismo giuridico, che in Italia chiamiamo del nichilismo (Irti).

Oppure ritenere che una tale razionalità esista; ed identificarla con una delle forme possibili di razionalità scientifica. Il tentativo più organico è quello dell’analisi

economica del diritto, che ha preteso di legare la spiegazione del diritto alla teoria cognitiva più potente elaborata dalle scienze sociali.

Oppure ritenere che una tale razionalità esista, ed identificarla con una ragione metafisica, riprendendo il tentativo di dare ad essa un fondamento giusnaturalistico.

Oppure, infine, ritenere che una tale razionalità non esista come assoluta, ma possa derivare da un cauto storicismo, che ispiri la cultura politica generale, ma soprattutto quella dei giuristi, i quali pongano il loro sapere e la loro azione al centro dell'opera di rielaborazione (nel senso più ricco del termine) del diritto.

Oggi è diffuso un atteggiamento – che ritengo molto criticabile – che fa discendere giudizi di (dis)valore sulla legge da giudizi di fatto, attinenti alla sua scarsa qualità. E che presuppone implicitamente che i giudizi – passati - di valore, assunti dai teorici dello Stato di diritto fossero fondati su giudizi di fatto.

E' scorretto il procedimento (giacché un giudizio di valore può discendere solo da un principio di valore e non da una osservazione di fatto) ed è errato il presupposto (che Orlando o Cammeo o Carré ... avessero davanti agli occhi una realtà assolutamente diversa, fatta di una legislazione olimpica, generale, astratta ...). Non è vero che l'amministrazione attraverso la legge come fatto strutturale – non episodico – sia un fatto recente. (Citare dati legislazione sabauda). E' anche ridicolo che si continui a citare Schmitt – dopo quasi ottant'anni – non per affrontare le ragioni della persistenza dei fenomeni “denunciati”, ma per disvelare quello che viene additato come un cattivo presente.

Sotto un altro piano, rievocare la legge generale come portatrice dell'interesse generale è ingenuo, o peggio ancora, mistificatorio. (E non è necessario rifarsi all'autorità di Kelsen per sostenere questa critica).

Il problema sta nell'uscire da questa contrapposizione, della quale sono sbagliati entrambi i termini, e che produce una sorta di disperazione ingiustificata perché fondata su basi inesistenti.

Il presupposto perché un cauto storicismo si sviluppi come forma di pensiero dominante tra i giuristi sta non solo nella accettazione della lunga storia del modello “stato costituzionale”, e nella piena consapevolezza delle sue debolezze e dei suoi fallimenti, ma anche nella “buona coscienza” della storia del nostro diritto pubblico.

Un ceto di giuristi può pretendere di essere l'artefice della rielaborazione del diritto solo in quanto si presenti come il rielaboratore delle proprie esperienze ed attività passate, giacché il "diritto all'ultima parola dei giuristi" (con tutti i limiti entro i quali l'espressione deve essere uita) non può avere altro fondamento se non la fiducia che tale parola venga spesa in ragionevole continuità con le parole del passato. In questo senso la giurisprudenza e la scienza possono essere espressione di una oggettività che risponde all'idea regolativa insita nel principio di legalità.

Se la "buona coscienza del passato costituzionale" non esiste, e se i giuristi si trovano nella necessità di discostarsene radicalmente attraverso il richiamo a parametri estranei, per quanto soggettivamente nobili, allora il carattere decisionistico del loro operare balza agli occhi, e può essere difeso solo in termini di condivisione ideologica. L'anomia dell'attuale giurisprudenza statunitense (il postmodernismo) si spiega – anche - con i contraccolpi degli orientamenti che la giurisprudenza ha attraversato (incrociando questioni quali la schiavitù, i diritti civili collegati alla razza, la pena di morte, l'intervento pubblico in economia, la redistribuzione ... in conseguenza dei limiti e delle contraddizioni della costituzione stessa), che hanno minato la credenza in una qualche autonomia, in una qualche *ratio* interna, autonoma, del diritto.

Ma la storia del nostro diritto costituzionale e pubblico, invece, è buona. E' un'eredità da non disperdere.

Ripreso il filo del senso della legalità – la fiducia che la storia dello stato costituzionale (come modello) e la storia della nostra costituzione positiva meritino di essere coltivate, con *pietas*, come *ratio* storicamente oggettiva – si potrà riprendere il filo dei problemi pratici.

Potrà venirne l'impulso per un gusto della ricostruzione, e della critica, anche del dato legislativo (o della sua assenza, o della sua abdicazione di fronte alle pretese che le singole forme di razionalità pensano di poter imporre), che oggi manca. La scienza giuridica non deve la sua origine alla semplicità delle fonti, ma esattamente al suo contrario.

Il che dimostra che il problema non è la morte di Dio, ma l'incapacità di comporre teogonie.