

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

41

(2012)



GIUFFRÈ EDITORE

FERDINANDO MAZZARELLA

UNA CRISI ANNUNCIATA. APORIE E INCRINATURE DELLO STATO LIBERALE DI DIRITTO (*)

1. Un'utopia rivoluzionaria: la semplificazione del giuridico quale antidoto contro l'antico regime. — 2. La funzione "contemperatrice" dello Stato: il liberalismo fra costituzione, individuo e libertà. — 3. La concezione monistica del diritto nel *Rechtsstaat* del secondo Ottocento. — 4. Dimensione organizzativa e tendenze associative: industrializzazione, questione sociale, lotta politica. — 5. Interventismo statale e spazio sociale: pluralità e socialità nella dottrina giuridica dello Stato. — 6. La costituzione pluralistica del sociale: il recupero della complessità fra comunitarismo, realismo e istituzionalismo. — 7. La « crisi dello Stato moderno » e il pluralismo ordinamentale nella sintesi di Santi Romano. — 8. Il richiamo dell'unità. Ideologie e totalitarismi nella prima metà del Novecento.

1. *Un'utopia rivoluzionaria: la semplificazione del giuridico quale antidoto contro l'antico regime.*

Se si volesse cercare di condensare in un'immagine la crisi del modello liberale dello Stato 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 secolo XIX, si sceglierebbe la prospettiva antinomica che assunsero Portalis (1746-1807), agli inizi dell'Ottocento, e Santi Romano (1875-1947), agli inizi del Novecento ⁽¹⁾: il primo è avvolto dal mito del « *tout simplifier* », il secondo

(*) Il saggio è stato scritto nell'ambito del progetto innovativo 2010-2011 denominato *Crisi dello Stato e della legalità e nuove forme di diritto e di sapere giuridico*, finanziato dall'Ateneo di Palermo.

(¹) Per un'analisi storiografica che dia conto delle diverse letture e delle diverse tesi sullo Stato e la sua crisi, ancora valida nonostante l'anno di pubblicazione, C. GALLI, *Lo Stato come problema storico-politico. Osservazioni su alcuni recenti contributi*, in « Il Mulino », 1983, 1, pp. 111-131. Una diversa e più generale nozione di « Stato di

condanna il modello politico dello « Stato moderno » in quanto « eccessivamente semplice » (2). 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, ad 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 » (3). 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 salienti di un programma politico-ideologico congeniale al processo di accentramento statalistico (4).

Raccolto il monito rousseauviano secondo il quale la formazione di un'unica « volontà generale » presupponeva uno « Stato »

diritto », metastorica ed astratta, è quella contemplata da G. FASSÒ, *Stato di diritto e Stato di giustizia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1963, pp. 83-119.

(2) J.E. PORTALIS, *Discours préliminaire*, ora in F. EWALD, *Naissance du Code civil. La raison du législateur. Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Flammarion, 2004, p. 39; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, in « Rivista di diritto pubblico », 1910, poi in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 13.

(3) N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Milano, Il Saggiatore, 1979, p. 44.

(4) P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003. Si vedano in breve, sul graduale processo di integrazione sociale e di accentramento politico, le voci di N. MATTEUCCI, *Sovranità*, e di P. SCHIERA, *Stato moderno*, in *Il Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino, Utet, 2004, rispettivamente pp. 909-917 e pp. 957-962, nonché R. RUFFILLI, *Il processo di statalizzazione nell'Europa moderna*, in « Quaderni sardi di storia », IV, 1983-84, pp. 9-24, ora in ID., *Istituzioni Società Stato*, vol. II, *Nascita e crisi dello Stato moderno: ideologie e istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 591-610.

depurato di ogni « società parziale » (5), il legislatore costituente partiva la geografia socio-politica fra i due soli poli dell'individuo e della nazione, idealizzando un paesaggio giuridico « semplice, anzi semplicissimo », artificialmente diviso tra « macro-soggetto politico » e « micro-soggetto privato » (6). In questa prospettiva, l'art. 3 della Dichiarazione dell'89 riconosceva la sovranità alla nazione, « una, indivisibile e imprescrittibile » (tit. III, art. 1 della Costituzione del 1791), quasi un'entità astratta, un'astrazione idealmente lontana dalla carnalità e dalle concrete differenze dei soggetti reali (7). L'obiettivo della libertà e dell'eguaglianza, come sottolineato nel preambolo della Costituzione del 1791, presupponeva l'« irrevocabile » abolizione di tutte le « istituzioni » che minacciavano l'astratta unicità dell'individuo: « nobiltà », « paria », « distinzioni ereditarie », « distinzioni di ordine », « regime feudale », « giustizie patrimoniali », « ordini cavallereschi », « giurande », « corporazioni di professioni, arti e mestieri ». Con le leggi D'Allard e Chapelier, emanate fra il marzo e il luglio del 1791, la Francia aveva già smantellato il regime corporativo e proibito ogni forma d'associazione, azzerando una secolare tradizione di corpi, ceti e microordinamenti. Nel 1810 il Codice penale napoleonico avrebbe sanzionato con lo scioglimento le associazioni religiose, letterarie, politiche o di altra natura e punito con la reclusione i responsabili di associazioni operaie e sindacali (8). Anche per la costituzione di società per azioni, che dietro l'anonimato nascondevano una deroga al principio della responsabilità individuale, si sarebbe pretesa l'autorizzazione governativa (9).

(5) J.-J. ROUSSEAU, *Le Contrat social*, 1762, trad. it. *Il contratto sociale*, Torino, Einaudi, 1994, II.3, pp. 42-43.

(6) P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 226.

(7) Sul diverso atteggiarsi, dallo specifico punto d'osservazione della rappresentanza politica, del rapporto fra i molti (corpi/ceti/individui) e l'uno (sovrano/nazione/Stato), G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco-Angeli, 2003².

(8) Artt. 291 ss., 415 e 416.

(9) Art. 37 *Code de commerce*. Cfr. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle. Du Code de Commerce à la loi de 1867 histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris, Puf, 1985, pp. 21-61.

La semplificazione del tessuto socio-politico travolgeva in primo luogo il pluralismo della vecchia rete “amministrativa”, basata sull’autonomo attivismo di poteri e giurisdizioni concorrenti, così da ricondurre verticisticamente all’unità dell’apparato nazionale ogni periferica diramazione dell’organizzazione burocratica, il « tutto » — come aveva già preconizzato Montesquieu (1689-1755) — « a un centro e questo centro costituisce, se così si può dire, tutto lo Stato »⁽¹⁰⁾. All’indefinita molteplicità di auto-amministrazioni (feudi, comuni, università, corporazioni, borghi, comunità rurali, signorie) si sostituiva così l’unitaria amministrazione dello Stato, chiamata e legittimata a monopolisticamente esercitare funzioni e « compiti amministrativi » fino ad allora espletati dagli « interessati locali »⁽¹¹⁾. Tramontato il modello che Weber (1864-1920) avrebbe battezzato « autocefalia », in cui « il capo e l’apparato amministrativo sono stabiliti in conformità agli ordinamenti propri del gruppo », prendeva forma un modello di « eterocefalia », nel quale l’organizzazione e l’esercizio delle funzioni amministrative erano avocati da soggetti esterni al territorio, più precisamente da funzionari statali⁽¹²⁾. L’amministrazione, così, assunta per la prima volta, grazie al principio della divisione dei poteri (art. 16 della Dichiarazione), quella dimensione soggettiva e funzionale che ne faceva un potere distinto da quello giudiziario, si strutturava, per effetto della sua “statalizzazione”, secondo una fisionomia unitaria che ubbidiva a precise logiche di gerarchia⁽¹³⁾: aboliti i parlamenti e le antiche

⁽¹⁰⁾ *Esprit des Lois*, 1748, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, vol. II, Torino, Utet, 1965, libro XXXIII, capo XXIV, p. 84.

⁽¹¹⁾ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. *Economia e società*, vol. II, Milano, Edizioni di Comunità, 1968², p. 298. Sulle auto-amministrazioni della Francia d’antico regime L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 17-35, e R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue. 1598-1789*, tome I, Paris, Puf, 1990, pp. 335-496.

⁽¹²⁾ M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 48.

⁽¹³⁾ Sulla genesi storica della distinzione tra giustizia e amministrazione si vedano in primo luogo le opere di L. MANNORI, *Giudicare e amministrare: preistoria e genesi di un dualismo istituzionale*, in *Tavolarotonda. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell’Europa mediterranea*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 119-142, *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in *Magistrati e potere nella storia europea*, a cura di R. Romanelli, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 39-65, e *Per una ‘preistoria’ della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici*

magistrature, la Rivoluzione smantellava ogni residuo di governo consensualistico ed ogni potenziale fonte d'autonomia disgregatrice, dividendo geometricamente lo spazio amministrativo in 83 dipartimenti, a loro volta suddivisi in distretti, cantoni e comuni, non autonomi corpi di auto-gestione, ma parti di un tutto, organi di un'unica amministrazione nazionale, statale, esecutrice della volontà generale ⁽¹⁴⁾. « Il Regno » — avrebbe fugato i dubbi l'Assemblea costituente — « è uno e indivisibile: il suo territorio è diviso in 83 dipartimenti, ogni dipartimento in distretti, ogni distretto in cantoni » ⁽¹⁵⁾. La figura del prefetto, istituita da Napoleone con la riforma del 28 piovoso anno VIII (17 dicembre 1800), avrebbe completato il quadro attraverso l'introduzione di un funzionario monocratico di diretta emanazione statale, perno di quello « Stato a pubblica amministrazione » che avrebbe agito in forza di una burocrazia centralizzata e razionale di tipo weberiano ⁽¹⁶⁾.

Alla suggestione di una nazione socialmente omogenea, amministrata da una burocrazia unificata nel segno dello Stato, corrispondeva ovviamente il progetto di un diritto semplice ed uniforme, sia

apparati nell'età del tardo diritto comune, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XIX, 1990, pp. 323-504. Sul paradigma giurisdizionale fra Medioevo e prima età moderna P. COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, 1969, rist. Milano, Giuffrè, 2002.

⁽¹⁴⁾ Cfr. la legge 22 dicembre 1789 - 8 gennaio 1790. Sull'accentramento in Francia, con il suo carico di ambiguità e compromessi, P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, Puf, 1968, trad. it. *Stato e società in Francia*, Milano, Edizioni di comunità, 1978, pp. 101-145, e S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, specialmente il vol. I, *La formazione del sistema (1661-1815)*, Milano, Giuffrè, 1994, nonché, specificamente su « la fine dell'ordine antico », L. MANNONI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 182-221.

⁽¹⁵⁾ Tit. II, art. 1 della Costituzione del 1791.

⁽¹⁶⁾ M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 708-758. Sulla razionalizzazione del potere amministrativo in Weber cfr. W. SCHLUCHTER, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale. Un'analisi della storia sociale di Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 1987, specialmente pp. 192-221, e *Burocrazia e democrazia. Sul rapporto tra efficienza politica e libertà politica in Max Weber*, in ID., *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 96-149. Sulla riforma napoleonica L. MANNONI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 225-276.

sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo ⁽¹⁷⁾. Data una società egualitaria, composta da individui affrancati da appartenenze, gerarchie e prerogative, uomini « liberi e eguali nei diritti » (art. 1 della Dichiarazione), veniva meno ogni ragione di differenziazione giuridica. Cadevano la molteplicità di regimi giuridici e la pluralità di fonti del diritto ⁽¹⁸⁾. Non sarebbe più stata ammessa, come proclamato nel preambolo della Costituzione del 1791, alcuna « eccezione al diritto comune di tutti i francesi »: la legge, come recitava l'art. 6 della Dichiarazione, « deve essere la medesima per tutti », sicché anche le leggi civili avrebbero dovuto essere « rivedute e riformate dai legislatori », in modo da predisporre « un codice generale di leggi semplici, chiare e adatte alla Costituzione » ⁽¹⁹⁾. Annunciato dalla Costituzione del 1791, il « Codice di leggi civili comuni a tutto il Regno » sarebbe finalmente arrivato nel 1804, con quel *Code Napoléon* che, considerato dal Primo Console un insostituibile strumento di progettualità politica, avrebbe radicalmente trasformato, nel segno del monopolio statale, il tradizionale quadro delle fonti del diritto ⁽²⁰⁾. Dopo sette secoli di vigenza del sistema del diritto comune, all'insegna del pluralismo e del particolarismo, della *interpretatio* e della fattualità, la storia virava verso un modello monistico, drasticamente spegnendo la vivacità di fonti concorrenti, e con essa la storicità e la concretezza del fenomeno giuridico. Il *Code* attraeva il diritto nell'orbita totalizzante dello Stato,

⁽¹⁷⁾ Si veda il quadro delineato da I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 539-575.

⁽¹⁸⁾ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 18-42, nonché, dello stesso Autore, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, soprattutto pp. 41-60, e *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, Cooperativa Libreria Universitaria, 1970, pp. 14-67, sul quale cfr. la recensione di M. SBRICCOLI, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », I, 1972, pp. 422-429.

⁽¹⁹⁾ Art. 19 del titolo II del decreto sull'organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790.

⁽²⁰⁾ P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXV, 2006, pp. 83-114.

imponendosi « quale vero *epicentro di un nuovo sistema delle fonti* » (21).

In questo quadro, ad ogni livello pervaso da uno statuto semplice ed 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 », propedeutica ad « una concezione individualistica dello Stato » e « statualistica ... della società » (22). 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 ed omogenei, quale insieme indistinto di cittadini formalmente eguali ed 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 ad 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 » (23).

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 ger-

(21) P. CARONI, *Lezioni catalane*, in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 8.

(22) N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, cit., pp. 91-92.

(23) M. FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. II, pp. 575-576.

mi di una significativa insufficienza (24). 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.

2. *La funzione "contemperatrice" dello Stato: il liberalismo fra costituzione, individuo e libertà.*

Già nelle formulazioni costituzionali elaborate durante la Rivoluzione, che pur ambivano all'indipendenza dell'individuo dall'arbitrio politico (libertà *dallo* Stato), affioravano, come si è visto, inequivocabili profili di statualismo e di legicentrismo (25). La società civile degli individui era ancora logicamente e politicamente antecedente all'istituzione politica, ma lo Stato risultava, già nell'approccio individualistico e contrattualistico delle libertà, un protagonista ineliminabile, tanto come « strumento positivo di lotta al privilegio » quanto come « strumento di più salda garanzia dei diritti e delle libertà » (26). Proprio questa componente statualistica, già presente nelle dottrine giusnaturalistiche e rivoluzionarie, avrebbe nel corso dell'Ottocento assunto una paradossale posizione di preminenza, sia

(24) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, ma volendo ID., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXIX, 2000, pp. 217-240.

(25) M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 59-60.

(26) Ivi, p. 33. Fermi restando i limiti entro i quali secondo la dottrina liberale avrebbe dovuto muoversi l'azione legislativa, si ha sotto questo profilo, nella visione strumentale dello Stato, un elemento teorico che stempera la differenza tra concezione pre-liberale e concezione liberale della libertà, come illustrata da M. BARBERIS, *Libertà, liberalismo, costituzionalismo*, in « Teoria politica », 2000, 3, pp. 141-159.

pur sotto forma di Stato costituzionale, limitato, neutro o immaginario (27).

La dottrina liberale, infatti, attraverso i pensatori più sensibili all'esigenza garantista, guardava la costituzione dal punto di vista della società civile, intendendola come norma di limitazione dell'arbitrio politico, ma la medesima dottrina, attraverso gli esponenti più attenti alle istanze d'ordine, vedeva nello Stato l'unico soggetto legittimato ad assicurare l'ordinato esercizio delle libertà individuali (28): due tendenze diverse, all'interno del proteiforme universo liberale, destinate a produrre quella « tensione che, col tempo, si trasformerà in una vera e propria antinomia e nell'antitesi fra liberalismo etico e liberismo economico » (29).

In un'opera compiuta nel 1806, ma rimasta inedita fino al 1980, Benjamin Constant (1767-1830), lasciate in secondo piano le forme di governo, invitava a concentrarsi sul « grado di potere » spettante all'« autorità sociale », che avrebbe dovuto essere, indipendentemente dal numero dei reggitori, circoscritto alle « funzioni necessarie » e arginato dalla sfera intangibile dei « diritti inalienabili degli individui » (libertà religiosa, di pensiero, di stampa, d'azione, garanzie giudiziarie) (30): 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

(27) L. LACCHÈ, *Il circolo di Coppel e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XLIX, 1999, pp. 529-556.

(28) Cfr., di M. FIORAVANTI, i due saggi *Costituzione: problemi dottrinali e storici e Liberalismo: le dottrine costituzionali*, entrambi in ID., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, rispettivamente pp. 105-149 e 151-184.

(29) N. MATTEUCCI, *Dal costituzionalismo al liberalismo*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, vol. IV, *L'età moderna*, tomo II, Torino, Utet, 1975, p. 147.

(30) B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Genève, Droz, 1980, trad. it. *Principi di politica applicabili a tutte le forme di governo*, a cura di S. De Luca, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, *passim*.

gli stessi diritti »⁽³¹⁾. Il liberalismo garantista di Constant, riassunto nella formula secondo cui la libertà è « ciò che gli individui hanno il diritto di fare e che la società non ha il diritto di proibire » o più tardi in quella secondo cui la libertà è « godimento pacifico dell'indipendenza privata », implicava l'intangibilità dei diritti dell'individuo, ma non fino ad escludere i limiti sanciti dalla legge dello Stato per assicurare « agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti »⁽³²⁾. « Libertà » — osservava infatti Constant — è per ciascuno il diritto non già di agire senza limiti, ma di non « essere sottoposto » che « alle leggi », mai alla « volontà arbitraria di uno o più individui »⁽³³⁾. In questa versione, che pur sottintendeva una vera e propria « religione della libertà »⁽³⁴⁾, lo Stato era una presenza minima e neutrale, ma era comunque una presenza necessaria, perché l'immagine mitologica di uno spazio sociale omogeneo ed uniforme avrebbe consentito di affidare alla libera iniziativa del singolo, come sul piano economico avevano sostenuto Smith (1723-1790), Ricardo (1772-1823) e Say (1767-1832), lo sviluppo equilibrato della comunità, senza per questo poter rinunciare del tutto ad un'« autorità sociale » (Stato) che temperasse le diverse sfere di arbitrio e garantisse le condizioni per il concreto esercizio delle libertà⁽³⁵⁾.

(31) *Principi di politica*, cit., pp. 503-504. Sul disegno costituzionale di Constant S. HOLMES, *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*, New Haven and London, Yale University Press, 1984, pp. 128-155.

(32) Così l'art. 4 della Dichiarazione dell'89. Le definizioni di Constant si trovano rispettivamente in *Principi di politica*, cit., p. 14, e in *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*, 1819, trad. it. *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Torino, Einaudi, 2005, p. 15.

(33) *La libertà degli antichi*, cit., p. 6. Diverso, come argomentava lo stesso Constant, quanto aveva predicato Montesquieu, sostenendo che la libertà non consiste « affatto nel fare ciò che si vuole », ma nel « diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono » (*Lo spirito delle leggi*, cit., vol. I, 1973, libro XI, capo III, p. 292), perché « le leggi potrebbero proibire talmente tante cose che non vi sarebbe comunque nessuna libertà », sicché occorreva prima spiegare « quello che le leggi hanno o non hanno il diritto di proibire » (B. CONSTANT, *Principi di politica*, cit., p. 14).

(34) È il celebre titolo del capitolo primo dell'opera di B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Bari, Laterza, 1932, rist. 1965.

(35) Si vedano sul tema gli spunti suggeriti da V. FROSINI, *Da B. Constant a P. Rossi: l'idea dello Stato*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1993, 2, pp. 339-346.

Nel liberalismo etico di Humboldt (1767-1835) e Mill (1806-1873), il ruolo dello Stato sarebbe risultato ancor più esplicitamente definito attraverso il tentativo di « determinare i confini » della sua attività ⁽³⁶⁾. La legge dello Stato sarebbe servita a temperare 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 » ⁽³⁷⁾. « Occuparsi delle cose private del cittadino », perciò, sarebbe stato lecito da parte dello Stato quando fossero stati « lesi i diritti degli altri » ⁽³⁸⁾; 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, l'istruzione, il commercio, i contratti, l'ordine pubblico, la giustizia amministrativa ⁽³⁹⁾.

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 società ⁽⁴⁰⁾. Nel cercare da un lato di contrastare la deriva democratica insita nell'originarietà di un potere costituente, dall'altro di arginare la minaccia rappresentata dal dispotismo di un re-legislatore, il costituzionalismo liberale finiva con l'identificare nello Stato « minimo » e « limitato » il punto di

⁽³⁶⁾ W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, 1792 (ma pubblicato postumo nel 1851), trad. it. *Saggio sui limiti dell'azione dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 5.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 40. Su questa funzione della legge come strumento di protezione della sicurezza, quest'ultima considerata lo scopo essenziale, se non unico, dello Stato, cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, vol. I, *Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 53-90.

⁽³⁸⁾ W. VON HUMBOLDT, *Saggio*, cit., p. 17.

⁽³⁹⁾ J. STUART MILL, *On Liberty*, 1859, trad. it. *La libertà*, in Id., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Milano, Bur, 1999, pp. 75 e 196-226.

⁽⁴⁰⁾ M. BOVERO, *Il modello hegel-marxiano*, in N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e Stato*, cit., pp. 111-179.

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 individuali (41).

Nel generale clima di aspirazione alla certezza, all'unità, alla semplificazione e alla semplicità, il rapporto di forza tra costituzione e Stato, pertanto, andava progressivamente pendendo a favore del secondo, del quale, onde scongiurare esiti democratici o dispotici, si profilava via via una genesi autonoma. 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, contaminato da elementi del romanticismo e dello storicismo, la costituzione diventava sempre più un documento formale in forza del quale giuridicizzare i rapporti fra l'individuo ed 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 (42). La pratica delle carte ottriate, come lo furono quella spagnola del 1812, quella bavarese del 1818, quella francese del 1814, quella austriaca e lo Statuto albertino del 1848, quella prussiana del 1850, non poteva che rafforzare, sotto questo profilo, l'idea di una preesistenza e di una

(41) Il testo dentro apici è ancora di B. CONSTANT, *Principi di politica*, cit., pp. 37 e 123. Cfr. G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, 1925, ed. Roma-Bari, Laterza, 2003², pp. 384-391, e P.P. PORTINARO, *Profilo del liberalismo*, in B. CONSTANT, *La libertà degli antichi*, cit., pp. 73-74. Più in generale, su questa visione strumentale e antipaternalistica dello Stato, da Kant a Humboldt, da Bentham a Constant, si vedano G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 1-176, e N. BOBBIO, *Liberalismo e Democrazia*, Milano, Simonelli, 2006, in particolare pp. 37-44.

(42) Il complesso rapporto tra Stato e costituzione, dalla Rivoluzione alle democrazie del Novecento, è brillantemente illustrato, nelle sue diverse forme e fasi, da M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, in « *Ars interpretandi* », XVI, 2011, *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, pp. 81-93. Sull'evoluzione storica, dall'Illuminismo in poi, del costituzionalismo e del concetto di costituzione, cfr. almeno N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1992, ora in ID., *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 127-168, e M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica* », 1988, 1, pp. 61-81.

prevalenza dello Stato rispetto alla legge costituzionale ⁽⁴³⁾: la costituzione, degradata a documento giuridico in grado di “intaccare” la pienezza dell’autorità sovrana, sarebbe stata eventualmente concessa da un potere statale che, presto acclamato quale « unità personificata della comunità umana », risultava già costituito e autonomamente fondato ⁽⁴⁴⁾.

3. *La concezione monistica del diritto nel Rechtsstaat del secondo Ottocento.*

La speranza di fondare la garanzia delle libertà in un momento pre-statalistico si sarebbe definitivamente dissolta fra il 1848 e il 1871, in mezzo alle delusioni generate dal fallimento dell’Assemblea di Francoforte e gli entusiasmi per la fondazione dell’Impero unitario tedesco ⁽⁴⁵⁾. Il primato dello Stato, fino ad allora arginato da una dottrina divisa fra rivendicazioni di libertà contro l’arbitrio politico e ricerca dell’ordine contro il particolarismo, si sarebbe fatto sempre più evidente, di pari passo con l’abbandono di ogni fondamento pre-politico della Costituzione, fosse contrattualistico

⁽⁴³⁾ L. LACCHÈ, *Le carte ottriate. La teoria dell’octroi e le esperienze costituzionali nell’Europa post-rivoluzionaria*, in « Giornale di storia costituzionale », XVIII, 2010, 2, pp. 229-254.

⁽⁴⁴⁾ Così già F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Band II, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Tübingen und Leipzig, Mohr, 1878⁵, p. 194, che in quanto personalità di confine, vissuta a cavallo della Rivoluzione del ’48, rappresenta una figura emblematica, nella quale si incontrano al contempo la legittimazione divina del potere sovrano e l’identificazione organica fra popolo e Stato, la derivazione del diritto dalla religione e la centralità dello Stato come fonte del diritto. Sulla sua teoria, fra storicismo e statalismo, rappresentanza cetuale e sovranità statale, legittimismo e anti-assolutismo, C. DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XIII, 1984, pp. 407-450.

⁽⁴⁵⁾ La « sconfitta della prospettiva liberale », con il conseguente profilarsi di una concezione statualistica del diritto pubblico, è sinteticamente ricostruita da G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi in Germania tra Otto e Novecento*, in *Diritto e filosofia nel XIX secolo*, a cura di F. Belvisi e M. Cavina, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 463-493. Per un’indagine sulle cause della fragilità del liberalismo in Germania D. BLACKBOURN, *Liberals, cattolici e mutamento sociale in Germania dal 1848 al 1914*, in *L’organizzazione della politica. Cultura, istituzioni, partiti nell’Europa liberale*, a cura di N. Matteucci e P. Pombeni, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 61-101.

(Rousseau), storico-organicistico (Savigny) o etico (Hegel) ⁽⁴⁶⁾: lo Stato, quale espressione organica della comunità storico-culturale (*Volk*), preesisteva alle regole che ne limitavano l'azione, come sembravano confermare la Costituzione del *Norddeutscher Bund* del 17 aprile 1867 e quella del *Reich* del 16 aprile 1871, caratterizzate dall'assenza di uno specifico catalogo di diritti e dall'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, ma il presupposto necessario della loro stessa esistenza, fissava intorno ad un paradigma statocentrico le linee teoriche di una concezione monistica del diritto ⁽⁴⁷⁾.

L'idea, già presente in Gerber (1823-1891), secondo cui « tutti i diritti pubblici », trovando « il loro fondamento, il loro contenuto, il loro fine nell'organismo statale », altro non erano che « effetti riflessi » del diritto prodotto dalla volontà statuale, preannunciava la configurazione dello Stato come « persona giuridica sovrana », « organismo morale » munito di personalità giuridica ⁽⁴⁸⁾. Se il tessuto reticolare di corporazioni e micro-ordinamenti aveva da tempo ceduto il passo ad una società individualistica, questa, unitariamente ricompattata sotto forma di popolo, si sottometteva ora alle leggi di uno Stato eticamente connotato, « custode e rivelatore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva »: il popolo « valeva giuridicamente » nello Stato « come

⁽⁴⁶⁾ D. GRIMM, *Costituzione e legge fondamentale dall'Illuminismo a oggi*, in H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, 2002, ed. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, a cura di M. Ascheri e S. Rossi, Roma, Carocci, 2008, pp. 139-145.

⁽⁴⁷⁾ M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., pp. 41-49. Per l'analisi della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento il riferimento rimane M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, ma si veda anche P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2003, specialmente pp. 111-120.

⁽⁴⁸⁾ C.F. VON GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, trad. it. *Sui diritti pubblici*, e *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, trad. it. *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, entrambi in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 3-87 e specialmente pp. 128-131.

un'unità etica totale », trovando in esso « la disciplina giuridica della sua vita collettiva » (49).

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 (50): lo « Stato » era « unità organizzata », « persona giuridica sovrana », « soggetto di diritto » distinto da quella mera « relazione giuridica » che era la « società » (51); la costituzione discendeva dal potere dello Stato sovrano, la cui attività « costituente » aveva « per oggetto se stesso » (52); la « legge », per la prima volta dichiaratamente affrancata da profili « materiali », degradava ad atto « formale » contenente la volontà dello Stato (53); la garanzia delle libertà scivolava nella legge di quello stesso Stato dal quale occorreva difenderla (54); 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 (55);

(49) C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 95.

(50) Per una ricostruzione dell'itinerario storico che ha per protagonista il concetto di Stato-persona giuridica, da Albrecht a Ranelletti, da Laband a Romano, A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 9-192, nonché, con una prospettiva maggiormente concettuale, G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XI/XII, 1982/1983, *Itinerari moderni della persona giuridica*, vol. II, pp. 1001-1033.

(51) P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Band I, Freiburg, Mohr, 1888², pp. 52-54.

(52) C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 105.

(53) P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., Band I, §. 54, specialmente pp. 512-513, ma poi §. 56, pp. 566-573. Cfr. R. GRAWERT, *Gesetz*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 2, pp. 863-922, ma specialmente pp. 914-922.

(54) Per una sintesi sul nesso tra Stato, libertà e legge formale nell'esperienza teorica del *Rechtsstaat* cfr. M. STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, herausgegeben von A. Erlner und E. Kaufmann, IV. Band, Berlin, Schmidt, 1990, cc. 367-375.

(55) P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2000; L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 305-373; G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, vol. VII, Torino, Utet, 1991, pp. 502-508; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985.

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 », messa da parte ogni contaminazione « storica, economica, politica e filosofica », il profilo concettuale dei singoli istituti giuridici ⁽⁵⁶⁾.

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 » ⁽⁵⁷⁾. 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, schiacciava con la sua autorità ogni forma di potere concorrente, annullava la possibilità teorica di diritti e fonti del diritto di derivazione extra-statale, avvalendosi di una sovranità che designava, come teorizzato da Jellinek (1851-1911), un potere « indipendente », « supremo » e « assoluto », « illimitato e illimitabile », soggetto, semmai, a vincoli « di fatto oppure di natura morale; mai, però di natura giuridica » ⁽⁵⁸⁾. « Lo Stato » era « una unità » — « teleologica », « fisica », « continuativa » — che « vincolando i suoi organi » vincolava « se stesso » e assoggettando l'amministrazione e la giurisdizione alla legge seguiva « un processo, che, contemporaneamente, si svolge nell'interno del potere statale unitario » ⁽⁵⁹⁾. Sovranità e personalità diventavano le insegne del potere, i tratti distintivi del nuovo Leviatano, la giustificazione teorica della dimensione imperativistica e potestativa del diritto. Nessuna forza giuridica poteva esistere al di fuori dello Stato, nessun gruppo al di là di quelli giuridicamente

⁽⁵⁶⁾ Così P. LABAND nella Prefazione scritta nel settembre del 1887 alla seconda edizione di *Das Staatsrecht*, cit., Band I, pp. IX-XI.

⁽⁵⁷⁾ C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 111.

⁽⁵⁸⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, trad. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 71-72.

⁽⁵⁹⁾ ID., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 73, e *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr, 1905², trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, Sel, 1912, p. 29.

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 » (60).

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 » (61). 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 » (62). « Lo Stato moderno » — come sintetizzato da Vittorio Emanuele Orlando (1861-1952) — non aveva più « forma corporativa », perché « il potere sovrano » era « in rapporto diretto ed immediato col “soggetto” individualmente considerato nei suoi diritti e nei suoi doveri » (63). « Il diritto

(60) ID., *Sistema*, cit., p. 215 e *passim*, ma su « Selbstbestimmung », da un lato, e « Selbstbeschränkung », dall'altro, il giurista di Lipsia si era già estesamente soffermato in *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, Mohr, 1887, ed. New York, Elibron Classics, 2005, pp. 196-205. Prima di lui, come accennato, di « autolimitazione » ed « autocontrollo », peraltro « non più di quanto sia assolutamente necessario », aveva parlato R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1884², trad. it. *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1972, pp. 269-307.

(61) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 36.

(62) ID., *Sistema*, cit., p. 54. Sul punto, anche per la continuità con la tesi gerberiana dei « Reflexrechte », M. LA TORRE, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1982, 1, pp. 79-116.

(63) V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in « Revue de Droit Public et de la Science Politique », III, 1895, poi in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 422. Sulla figura di Vittorio Emanuele Orlando, la sua vita, il suo pensiero e la sua collocazione nel contesto culturale di fine Ottocento-primo Novecento, si veda in primo luogo, anche per riferimenti bio-bibliografici, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980. Per un breve profilo sia consentito rinviare ora a F. MAZZARELLA, *Vittorio Emanuele Orlando. Un giurista al servizio dell'Italia*, in « Mediterranea. Ricerche storiche », XXIII, 2011, pp. 577-582.

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 » (64). 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 » (65).

Il termine medio, capace di unire organicamente la collettività di individui allo Stato, era per Orlando, come per la giuspubblicistica tedesca, il popolo « savignianamente » inteso, che rappresentava ormai, nel delicato asse teorico fra Stato e società, l'unico « polo sociale », predisposto, grazie alla sua omogeneità, a veder realizzato il proprio diritto interamente nello Stato (66). Anche la soluzione escogitata da Orlando, sotto certi aspetti originale rispetto alla dottrina tedesca, approdava dunque ad una nozione che, in quanto fondata anch'essa sulla sovranità dello Stato e sull'idea che la volontà dello Stato fosse quella del tutto, presupponeva necessariamente « una società semplice, omogenea al suo interno, scarsamente conflittuale, non scomponibile in interessi organizzati e in partiti » (67).

Da Gerber a Laband, da Jellinek a Orlando, 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

(64) V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza*, cit., p. 422.

(65) *Ibidem*.

(66) P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 106-107. Ma sulle novità che, in tema di sovranità e di rappresentanza popolare, sopraggiunsero nel pensiero di Orlando a seguito del ventennio fascista e della Seconda guerra mondiale, cfr. D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico in Vittorio Emanuele Orlando*, in « Le Carte e la Storia », 2007, 1, pp. 17-26.

(67) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia*, cit., p. 20.

disgregante»: « il vecchio organicismo » diventava « statualismo » (68). 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 (69). La dottrina dello Stato liberale di diritto, come pensata e applicata nella Germania imperiale, nella Francia della Terza Repubblica e nell'Italia giolittiana, individuava nello Stato-persona l'espressione storica ed organica del popolo come soggetto unitario e ordinato, ravvisando nella sua sovranità la migliore garanzia delle libertà individuali e nella sua volontà la necessaria espressione della comunità storica popolare (70).

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 ed 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 popolo (71). 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 » (72).

(68) M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 231.

(69) Cfr. M. LA TORRE, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., soprattutto pp. 99-108.

(70) M. FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. II, pp. 855-869.

(71) V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza*, cit., pp. 440-448, ma si veda anche, su questa concezione della rappresentanza come « istituzione dello Stato » e del voto come canale di « genuina » e « diretta » estrinsecazione della « coscienza popolare », ID., *La riforma elettorale*, Milano, Hoepli, 1883, soprattutto pp. 51-134. Cfr. su questi profili, anche per saggiare i collegamenti e le influenze fra le tesi orlandiane e la dottrina straniera, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., specialmente pp. 39-149.

(72) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 76.

4. *Dimensione organizzativa e tendenze associative: industrializzazione, questione sociale, lotta politica.*

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-statuale (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. Se l'enfatizzazione della fisionomia unitaria dello Stato liberale di diritto era funzionale ai processi di costruzione delle identità nazionali e alle esigenze politiche derivanti dai nuovi conflitti internazionali, la negazione di ogni geometria policentrica, sul piano politico, sociale, economico e giuridico, strideva con l'articolazione complessa e pluralistica della società industriale.

Negli stessi anni in cui la dottrina dello Stato metteva a punto la nozione continentale di Stato di diritto, infatti, la società si andava risistemando secondo moduli organizzativi e statuti complessi, ribadendo il suo carico di contraddizioni, differenziazioni, spinte aggregative e tendenze autonomistiche ⁽⁷³⁾. Dalla metà dell'Ottocento alla Grande guerra, sotto l'impulso del vapore e dell'elettricità, l'industrializzazione ridisegnava la carta del mondo ricalcando le traiettorie delle reti ferroviarie e delle nuove rotte commerciali, accelerava le comunicazioni al ritmo del telegrafo e i trasporti nel segno delle prime grandi opere d'ingegneria civile, incrementava la produzione in virtù dei progressi raggiunti nell'industria chimica, meccanica e siderurgica, intensificava i processi di inurbamento facendo della città da un lato lo sfondo nel quale si consumavano le miserie del proletariato, dall'altro il luogo d'incontro privilegiato per cittadini d'ogni estrazione sociale.

Lo sviluppo economico in senso capitalistico, fondandosi su scambi, relazioni e contatti, innescava fenomeni associativi e gene-

⁽⁷³⁾ Una prima introduzione storica che tenga insieme, in una cornice europea, gli aspetti economici, sociali, politici e scientifici, può leggersi in L. GALL, *Europa auf dem Weg in die Moderne. 1850-1890*, München, Oldenbourg, 1997³.

rava forme organizzative destinate ad intrecciarsi con l'universo dei movimenti politici e delle associazioni rappresentative. L'« epopea dell'industria » sanciva « il trionfo della borghesia », ma si basava paradossalmente su un modello economico che, come rilevato da Marx (1818-1883) nel *Capitale* (1867), non poteva prescindere dall'apporto delle altre classi sociali, ciascuna « corporativamente » organizzata intorno ad un proprio interesse (74). Come già accaduto per quei movimenti cospiratori che, sotto gli ideali del patriottismo, del nazionalismo, del liberalismo e della democrazia, avevano animato i processi unitari e risorgimentali, l'associazionismo, ora ridefinito su basi economiche, rappresentava l'unico modo per avanzare rivendicazioni, esprimere esigenze collettive e tutelare interessi comuni, ma costituiva anche il mezzo più efficace e sicuro per esercitare l'attività commerciale ed industriale. Da un lato società di mutuo soccorso, cooperative, sindacati, camere del lavoro, federazioni di mestiere e leghe contadine, dall'altro banche, compagnie, imprese, consorzi, società in accomandita e società per azioni: « gruppi economici », « gruppi regolativi dell'economia », « gruppi di ordinamento », tutti basati, « in linea di principio », su un'« autonomia più o meno grande dei soggetti economici » (75).

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 gruppi, organizzazioni e associazioni. Dopo l'effimero annuncio contenuto nella Costituzione del 1848 (art. 8), la Francia completava, tra il 1864 e il 1901, il percorso di riconoscimento del diritto d'associazione, sulla scia di quanto avvenuto in Inghilterra tra il 1824 e il 1871. Contenuto nella Dichiarazione dei diritti fondamentali del popolo tedesco (art. VII), approvata dall'assemblea di Francoforte nel 1848 ma rimasta in vigore solo fino al 1851, il diritto di associazione, « speranza delle classi oppres-

(74) Si vedano almeno E.J. HOBBSAWM, *The age of Capital. 1848-1875*, 1975, trad. it. *Il trionfo della borghesia. 1848-1875*, Roma-Bari, Laterza, 2003, e A. CARACCIOLLO, *L'età della borghesia e delle rivoluzioni. XVIII-XIX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1979, soprattutto pp. 203-298.

(75) M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 69.

se »⁽⁷⁶⁾, veniva contemplato anche in Germania, dalla *Gewerbeordnung* del 1869, mentre nel Regno d'Italia il Codice civile del 1865 parlava di « corpi morali legalmente riconosciuti » (art. 2) e il Codice penale del 1889 non prevedeva alcun delitto di associazione⁽⁷⁷⁾. Il favore verso forme collettive di esercizio commerciale, inoltre, spingeva il legislatore ad abolire, in Francia (1867), Spagna (1869), Germania (1870), Belgio (1873), Ungheria (1875) e Italia (1882), ogni autorizzazione governativa alla costituzione di società per azioni e ad introdurre, sul modello della *Private Company Limited* inglese, nuove forme societarie, come la società a responsabilità limitata, prevista in Francia da una legge del 1863 e in Germania da una legge del 1892⁽⁷⁸⁾. Le combinazioni organizzate di beni e persone, che tenevano insieme imprenditore e lavoratori, beni materiali e immateriali, energie e macchinari, affioravano sul piano giuridico 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 ed unilineare diritto di proprietà⁽⁷⁹⁾.

(76) T. MOMMSEN, *Die Grundrechte des deutschen Volkes*, Leipzig, 1849, trad. it. *I diritti fondamentali del popolo tedesco. Commento alla costituzione del 1848*, a cura di G. Valera, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 73. Sulla storia dei diritti fondamentali in Germania K. KRÖGER, *Grundrechts-entwicklung in Deutschland — von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*, Tübingen, Mohr, 1998.

(77) Sanzionato invece dal Codice albertino del 1839 (artt. 483 ss.).

(78) Sulla "liberalizzazione" delle società per azioni H. COING, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, Band II, 19. Jahrhundert, München, Beck, 1989, pp. 95-110; A. PADOA SCHIOPPA, *Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni in Italia (1862-1942)*, in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Led, 1992, pp. 205-259; P. UNGARI, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma, Bulzoni, 1974, specialmente pp. 61-73; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, cit., pp. 419-435; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1946, pp. 48-123. Sulla società a responsabilità limitata W. SCHUBERT, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. — Eine neue juristische Person*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XI/XII, 1982/1983, vol. I, pp. 589-629.

(79) Oltre che a P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, vol. II, pp. 999-1038, sia consentito rinviare a 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 », XXXIX, 2010, pp. 299-386.

Il quadro politico, in concomitanza con l'allargamento del suffragio e la nascita dei comitati elettorali, rifletteva le nuove fibrillazioni sociali ed il particolarismo degli interessi economici, articolandosi in formazioni partitiche chiamate ad un'essenziale funzione di mediazione tra individuo e nazione, società civile e Stato ⁽⁸⁰⁾. 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* (1875), il *Parti ouvrier français* (1880), il Partito operaio italiano (1892), l'*Independent Labour Party* (1893), il Partito socialista italiano (1895).

Sollecitata dalle nuove questioni provocate dall'industrializzazione, anche la Chiesa si proponeva, in concorrenza o eventualmente in alternativa 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 « col progresso, il liberalismo e la civiltà moderna », si passava all'Enciclica *Rerum novarum*, emanata da papa Leone XIII nel maggio del 1891, con la quale, nell'intento di elaborare una « dottrina sociale cattolica », la Chiesa affrontava apertamente la « questione operaia », propugnando un rinnovamen-

⁽⁸⁰⁾ È sufficiente richiamare A. BERGOUNIOUX, *Partiti*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. X, Torino, Einaudi, 1980, pp. 479-495, M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Parigi, Colin, 1958, trad. it. *I partiti politici*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961, e P. POMBENI, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea (1830-1968)*, Bologna, Il Mulino, 1994. Si veda anche, con specifico riferimento all'Italia, D. CORRADINI, *Rafforzamento e crisi dello Stato di diritto. Socialisti e cattolici dall'età crispina alle soglie dell'età giolittiana*, in « Prassi e teoria », V, 1980, pp. 7-71.

to 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 indirizzi "giurisprudenziali" ⁽⁸¹⁾. Configurata quale vero e proprio organismo, a immagine di quanto Darwin (1809-1882) faceva nel mondo naturale, la società, che Comte (1798-1856) aveva messo al centro della nuova scienza della sociologia, si misurava con le leggi dell'evoluzione, della selezione e dell'adattamento. Ma se l'evoluzionismo di Spencer (1820-1903) riaccendeva i temi liberali dell'individualismo e dell'anti-statalismo, conformemente all'assunto secondo cui la misura della libertà individuale sarebbe stata inversamente proporzionale all'ampiezza dell'interventismo statale, le teorie di Comte, Darwin, Marx e più tardi Durkheim (1858-1917), restituivano un'immagine complessa della società, basata su vincoli di cooperazione, interdipendenza e solidarietà, in uno scenario popolato non più da individualità indipendenti, ma da gruppi e formazioni sociali minori, non più da individui eguali, ma da soggetti divisi in classi, organizzazioni, categorie professionali ⁽⁸²⁾.

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

⁽⁸¹⁾ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 3-136.

⁽⁸²⁾ Si vedano A. GIDDENS, *Capitalism and Modern Social Theory*, Cambridge, 1971, trad. it. *Capitalismo e teoria sociale. Marx, Durkheim, Weber*, Milano, Est, 1998, pp. 78-93 e 125-149, e E. RUTIGLIANO, *Teorie sociologiche classiche. Comte, Marx, Durkheim, Simmel, Weber, Pareto, Parsons*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001, pp. 39-55, 72-78 e 110-127.

integrazione economica e di partecipazione politica, ammortizzatori di tensioni e di conflitti, fonti di norme e di diritti ⁽⁸³⁾. Se la società era un organismo vivente, un'organizzazione composta da gruppi e da associazioni, da « cellule sociali » e da « tessuti connettivi » ⁽⁸⁴⁾, 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 insufficiente ⁽⁸⁵⁾: data una società di gruppi, di individui economicamente « disuguali » (« usurari » e « popolani », « proprietari » e « contadini », « imprenditori » e « operai ») ⁽⁸⁶⁾, occorrevano non solo Codici nuovi (Codice privato-sociale, Codice industriale, Codice delle obbligazioni, Codice sociale), ma anche « leggi civili speciali » ⁽⁸⁷⁾, 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 » ed « il carattere » del suo agire, non per « lo scopo » ed « 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 rap-

⁽⁸³⁾ G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), edizione postuma a cura di P. Ungari, Milano, Giuffrè, 1980.

⁽⁸⁴⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1883, p. 329.

⁽⁸⁵⁾ E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, Utet, 1895³, p. 11.

⁽⁸⁶⁾ E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, poi in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Libreria dello Stato, 1947, pp. 262-269.

⁽⁸⁷⁾ G. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in « La scienza del diritto privato », 1893, pp. 93-116, 229-235 e 275-283.

porto tra potere politico e forze sociali, legge e amministrazione, diritto e interpretazione ⁽⁸⁸⁾.

5. *Interventismo statale e spazio sociale: pluralità e socialità nella dottrina giuridica dello Stato.*

Tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, pertanto, il rapporto tra Stato e società andava incontro ad 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'auto-regolazione ⁽⁸⁹⁾. Socialità, complessità e pluralismo significavano differenze e diversità, implicavano la registrazione di una realtà che non era formata da individui astratti, eguali e indifferenziati, ma da soggetti concreti, diseguali e differenti: uomini e donne, fanciulli e adulti, nati e concepiti, forti e deboli, sani e malati, ricchi e poveri, figli legittimi e figli naturali ⁽⁹⁰⁾. Il ruolo dello Stato cambiava nel senso di un interventismo sempre più spinto nel settore sociale ed economico, uno « Stato provvidenza », che, come avveniva con l'emanazione di una legislazione industriale e di una legislazione sociale, avrebbe dovuto farsi mediatore e arbitro nel giuoco degli interessi contrapposti, garante e protettore dei soggetti

⁽⁸⁸⁾ F. FILOMUSI-GUELF, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 3 novembre 1886, in Id., *Lezioni e saggi di Filosofia del diritto*, a cura di G. Del Vecchio, Milano, Giuffrè, 1949, in particolare pp. 196-200. Il forte nesso tra proposte metodologiche, istanze riformistiche ed esigenze di una nuova concezione dello Stato è illustrato da P. BENEDEUCE, *Questione del « metodo » e critica dello « Stato indifferente » nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1983, 1, pp. 57-84.

⁽⁸⁹⁾ Sui « paradossi dell'autoritarismo liberale », derivanti dalla « contrapposizione elementare » di Stato e società, R. ROMANELLI, *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1988 (la citazione è tratta da p. 24).

⁽⁹⁰⁾ Cfr. G. ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, 1992, 2, pp. 435-473.

più deboli, promotore e sempre più spesso protagonista dell'iniziativa economica ⁽⁹¹⁾.

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 » ⁽⁹²⁾. La funzione della legge non era più quella di dettare una disciplina eguale per tutti, ma di prevedere discipline differenziate per soggetti, rapporti, cose ⁽⁹³⁾. 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 ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, ma sull'origine della formula P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, 1981, trad. it. *Lo Stato provvidenza. Tra liberalismo e socialismo*, Roma, Armando, 1984, pp. 124-125. Un protagonismo, quello dello Stato, che inaugurava un secondo liberalismo, il suo superamento, il suo epicidio, o forse, come ipotizzato da N. TRANFAGLIA, *Dallo stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Milano, Feltrinelli, 1973, p. 16, semplicemente la « crisi dello stato liberale ».

⁽⁹²⁾ C. GHIGI, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, in « Giurisprudenza italiana », XLII, 1890, IV, cc. 124-156. Si vedano, di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, e *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 27-65. Si leggano inoltre le considerazioni di N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in « Rivista di diritto civile », 1979, I, pp. 141-153.

⁽⁹³⁾ Sulla stretta connessione tra legislazione speciale di marca sociale e mutamento dello Stato G. GOZZI, *Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto in Italia*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », X, 1984, pp. 195-230, poi con modifiche in ID., *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 181-231, nonché, sui nessi fra politica sociale e questione costituzionale in Germania, specie ai fini di una conservazione dello Stato in senso autoritario, pp. 127-180 dello stesso volume.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 400-452, e G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996, nonché, sulla nascita, nella prima metà del Novecento, di un « Verwaltungsrecht » chiamato a ridefinire gli equilibri fra diritto pubblico e diritto privato e a

L'ingerenza sociale dello Stato, via via più massiccia e capillare, incrinava dunque 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⁽⁹⁵⁾. Lo stesso Jellinek, attraverso la finzione dell'auto-limitazione, avrebbe avvertito l'esigenza di dare concretezza al rapporto giuridico fra Stato, cittadini e « corpi di diritto pubblico riconosciuti »⁽⁹⁶⁾. Se è vero — notava Orlando — che l'esistenza di ogni « diritto subiettivo », 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 »⁽⁹⁷⁾. La cosiddetta « autolimitazione », pertanto, era molto « meno libera e spontanea » di quanto volessero far credere i detrattori della teoria di Jellinek, i quali negavano « ai diritti pubblici subiettivi... un fondamento certo, solido e definitivo »⁽⁹⁸⁾. La decisione di auto-limitarsi, in altri termini, non dipendeva dal puro arbitrio del potere statale, ma rispondeva « alla concezione giuridica germanica, al fatto storico dello sviluppo graduale del potere statale », sicché la

disciplinare una burocrazia fondata su modelli consensualistici B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

⁽⁹⁵⁾ Sul rapporto fra pluralismo, trasversalità d'interessi e forme politico-istituzionali si veda R. EISFELD, *Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus*, Stuttgart, Kohlhammer, 1972, trad. it. *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1976, in particolare, sul superamento dell'individualismo e della presunta omogeneità di interessi propri del liberalismo, pp. 85-187.

⁽⁹⁶⁾ Ma sui « limiti del potere dello Stato » cfr. già C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., pp. 118-128.

⁽⁹⁷⁾ V.E. ORLANDO, Prefazione a G. Jellinek, *Sistema*, cit., pp. X-XI.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. XII.

« libertà » non era dallo Stato « creata », sibbene semplicemente « riconosciuta » (99).

Lo Stato moderno, stretto fra l'aspirazione ad 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'aporìa conclamata dalla concezione di una sovranità, sì, illimitata, ma che si voleva in qualche modo assoggettata a limiti giuridici (100). Non c'era « contraddizione » — insisteva Jellinek — « nel concetto di autobbligazione dello Stato », perché la sovranità non implicava necessariamente « assenza di limiti », ma esprimeva in primo luogo la « capacità della esclusiva autodeterminazione, e quindi dell'autolimitazione del potere statale », vale a dire la potestà dello Stato, che « giuridicamente » non era « vincolato da forze esterne », di sottoporsi al diritto, così da rendere la propria attività « giuridicamente valutabile » (101).

La realtà era che i limiti cui si sottoponeva lo Stato erano quelli che derivavano dal diritto obiettivo delle organizzazioni sociali, del complesso delle forze storiche, conformemente ad 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 società (102). Tanto è vero che, consapevole della sempre più movimentata pluralità di soggetti sociali, Jellinek elaborava pure una « dottrina sociale dello Sta-

(99) G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1927⁴, trad. it. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 117.

(100) L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Atti del XIX Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Trento, 29-30 settembre 1994, a cura di M. Basciu, Milano, Giuffrè, 1996, specialmente pp. 47-53.

(101) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., pp. 75-76.

(102) D. QUAGLIONI, *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la « Dottrina generale del diritto dello Stato » di G. Jellinek)*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, cit., pp. 271-282.

to» (103), in virtù della quale apriva alla legittimazione di « forze sociali » e « associazioni », fino a riconoscere taluni « gruppi d'autoamministrazione » (« comuni », « chiese », « camere di commercio e d'industria », « unioni di mestieri », « Casse per malati », « associazioni professionali », « corporazioni artigiane », « sindacati operai ») (104) 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 » (« istituzioni » e « corporazioni »), rappresentavano comunque « subbietti di diritto », con un « diritto interno » composto da norme e regole di condotta cogenti per il « gruppo di persone per le quali sono destinate ad avere valore » (105).

Di fronte ad un'ingerenza « permanente, necessaria, organizzata », anche Orlando, diviso fra lo statalismo di Laband e lo storicismo di Savigny, fra l'esaltazione dell'elemento statale e la valorizzazione della componente popolare, sollecitava una rivisitazione della questione riguardante i limiti e la natura « dell'azione dello Stato sulla società » (106). 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 » (107). Il processo di ingerenza dello Stato era ormai diventato « trionfante ed

(103) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, trad. it. *La dottrina generale dello Stato*, vol. I, *Studi introduttivi. — Dottrina generale sociale dello Stato*, Milano, Sel, 1921, specialmente pp. 604-656. Sulla « Sozialehre » di Jellinek si veda M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 391-423.

(104) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 196.

(105) Id., *Sistema*, cit., pp. 281-282.

(106) V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in « Archivio giuridico », 1887, poi in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., p. 153. Fondamentale, per questi diversi aspetti del pensiero di Vittorio Emanuele Orlando, il saggio di M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 67-180, ma la necessità di considerare le diverse anime del pensiero orlandiano — razionalismo, normativismo, storicismo, istituzionalismo — all'interno di una concezione unitaria, fu autorevolmente predicata, com'è noto, già da C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », III, 1953, pp. 69-95.

(107) V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 155-165.

incontrastabile » in una serie sempre più estesa di materie (igiene, sanità, commercio, industria, assistenza ai poveri e agli orfani, prevenzione, urbanistica, appalti, comunicazioni, trasporti), 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 ad oggetto la società e non lo Stato ⁽¹⁰⁸⁾.

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 ⁽¹⁰⁹⁾. 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 ⁽¹¹⁰⁾, con cui il potere esecutivo partecipava della funzione legislativa, dall'altro le « leggi *improprie* », che, tali « solo in virtù dell'autorità da cui emanano e della forma che assumono », erano 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 » ⁽¹¹¹⁾. Attraverso la legislazione impropria — con cui si regolava l'esercizio di una rete ferroviaria, si sovvenzionava l'industria, si disciplinava l'istruzione, si introducevano forme di assistenza e di previdenza, si moderava il lavoro delle donne e dei fanciulli, si approvava il bilancio — il Parlamento esercitava dunque una funzione di governo, una funzione esecutiva,

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, pp. 127-166. Sul punto P. BENEDEUCE, *Culture dei giuristi e "revisione" orlandiana: le immagini della crisi*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 57-106, e G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale*, cit., pp. 81-126.

⁽¹⁰⁹⁾ Sulle soluzioni di compromesso che Orlando prospetta dinanzi al problema della crisi dello Stato, rimanendo all'interno della teoria giuridica, in equilibrio fra sovranità statale, tutela amministrativa dei diritti ed intervento sociale dello Stato, cfr. L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in « Studi storici », 1982, 1, pp. 75-100.

⁽¹¹⁰⁾ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in « Archivio giuridico », 1886, poi in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 388-391.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, pp. 373-380.

da considerarsi, negli Stati progrediti, non « un'esorbitanza violatrice del diritto », né « 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 tutto ⁽¹¹²⁾. Grazie ad 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 » ⁽¹¹³⁾. La società, in questo modo, risultava governata da uno Stato che si presentava quale insostituibile veicolo di armonizzazione degli elementi sociali e che attraverso l'azione governativa dei più capaci si presumeva realizzare le soluzioni migliori ⁽¹¹⁴⁾. 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 contemperare le forze sociali ⁽¹¹⁵⁾.

6. *La costituzione pluralistica del sociale: il recupero della complessità fra comunitarismo, realismo e istituzionalismo.*

L'esigenza di individuare giuridicamente la relazione di dominio fra Stato e corpi sociali, dunque, si insinuava fra gli esponenti della teoria generale dello Stato, ma per chi fosse stato meno legato

⁽¹¹²⁾ Ivi, pp. 398-400.

⁽¹¹³⁾ Ivi, p. 402.

⁽¹¹⁴⁾ Si veda la complessa posizione di Orlando sul sistema rappresentativo e sul parlamentarismo come ricostruita da F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, Morano, 1963, pp. 117-173, ma in particolare pp. 120-132 e 144-160.

⁽¹¹⁵⁾ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., pp. 376-412. Su questa immagine dello Stato come unità, in rapporto alla pluralità, P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, specialmente pp. 263-278.

alla concezione monistica che faceva dello Stato una presenza giuridica esclusiva, l'articolazione pluralistica e disegualizzante della società determinava, più drasticamente, un'obiettiva necessità di riconsiderare la stessa funzionalità della nozione di Stato liberale di diritto, specialmente in ordine alla separazione fra Stato e società, alla semplificazione individualistica dello spazio sociale, alla derivazione di tutto il diritto dalla volontà dello Stato ⁽¹¹⁶⁾.

Già Gierke (1841-1921), nel 1868, aveva riscoperto il momento collettivo, constatando, nello spazio fra Stato e individuo, l'esistenza di libere comunità (« die freien Genossenschaften ») con scopi morali, religiosi, spirituali, politici, sociali ed economici, generate dall'iniziativa spontanea dei singoli, ma organicamente ricomprese nell'unità della più ampia comunità statale ⁽¹¹⁷⁾. 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 membri ⁽¹¹⁸⁾. 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 opposte ⁽¹¹⁹⁾. 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

⁽¹¹⁶⁾ Un affresco sulle teorie "pluralistiche" di fine Ottocento primo Novecento in P. COSTA, "Oltre lo Stato": teorie "pluralistiche" del primo Novecento, in *Agire associativo e sfera pubblica*, a cura di M. Bortolini, Milano, FrancoAngeli, 2002, pp. 11-35.

⁽¹¹⁷⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I. Band, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868, pp. 882-907. Si vedano almeno P. COSTA, *Civitas*, cit., pp. 159-168; G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein « Juristensozialismus » Otto V. Gierkes?*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », III-IV, 1974-1975, pp. 319-365; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 319-368.

⁽¹¹⁸⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., pp. 832-833. Sull'articolazione dello Stato nella teoria di Gierke, R. EISFELD, *Il pluralismo*, cit., pp. 53-59.

⁽¹¹⁹⁾ Sulla natura di tali « unità associative umane », ritenute organismi viventi e persone reali, O. VON GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin, 1902, trad. it. *La natura delle associazioni umane*, in *Società e corpi*, a cura di P. Schiera, Napoli, Bibliopolis, 1986, pp. 29-56.

rievocare un modello corporativo di società in grado di esprimere una positiva tensione fra il polo dell'unità e quello della molteplicità ⁽¹²⁰⁾.

Attento alle soluzioni organicistiche del positivismo scientifico, Gierke riproponeva così, rompendo « con la concezione individualistica della società », un associazionismo di nuovo conio, che conduceva, attraverso il recupero della dimensione storica e sociale del fenomeno giuridico, a ridiscutere il sistema delle fonti, a ricollocare il fondamento dei diritti individuali, a rivedere la funzione del diritto privato ⁽¹²¹⁾. 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 ad una relazione normativa di soggezione tra la persona giuridica dello Stato e il soggetto giuridico individuale ⁽¹²²⁾. 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 cittadini ⁽¹²³⁾.

⁽¹²⁰⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., § 54, pp. 638-657. Sul concetto di corporativismo e sul suo rapporto con quello di pluralismo si veda N. MATTEUCCI, *Corporativismo*, in « Il Mulino », 1984, 2, pp. 305-313, ora in Id., *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 189-198.

⁽¹²¹⁾ O. VON GIERKE, *La natura delle associazioni umane*, cit., pp. 36 e 54.

⁽¹²²⁾ La posizione di Gierke, sebbene ancora senza diretti riferimenti a Laband, appare già critica verso ogni formalismo dogmatizzante che rappresenti dicotomicamente, anziché comunità e organismi sociali, lo Stato-persona e l'atomismo individualistico, in *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in « Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft », 1874, pp. 265-335, di qualche anno precedente rispetto al forse più noto Id., *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in « Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich », Neue Folge, VII, 1883, pp. 1097-1195, ma specialmente pp. 1125-1130. Si veda anche *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., pp. 645 ss.

⁽¹²³⁾ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I. Band, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 119-120, e *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, cit., pp. 1133-1135. Significativamente diversa, nello stesso torno di anni, la posizione di R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. 230-231, secondo il quale « lo stato » era « l'unica fonte del diritto », con la conseguenza che « non esiste un diritto delle

Né un monopolio, né una visione monistica e semplice, dunque, ma una concezione organicistica e comunitaristica, in forza della quale mutavano inevitabilmente anche la natura e la funzione del diritto privato, che la partecipazione attiva delle libere associazioni proiettava in una dimensione pubblica e sovra-individuale, assegnandogli una funzione sociale e differenziatrice, chiamandolo a disciplinare l'ambito del sociale quanto quello dell'individuale e a conciliare le ragioni del credito con quelle dei risparmiatori, quelle della proprietà con quelle dei conduttori, quelle della produzione con quelle dei consumatori, quelle dell'industria con quelle dei lavoratori ⁽¹²⁴⁾.

Al principio del nuovo secolo, nel 1901, sarebbe toccato a Léon Duguit (1859-1928), che proprio dello storicismo e della sociologia, del « sindacalismo » e della socialità avrebbe fatto i motivi dominanti di un'originale cornice teorica, 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 » ⁽¹²⁵⁾. 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 collettiva ⁽¹²⁶⁾. 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

associazioni indipendente dall'autorità dello stato, ma soltanto ne esiste uno derivante da quest'ultima ».

⁽¹²⁴⁾ O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, ora in Id., *Aufsätze und kleinere Monographien*, herausgegeben von W. Pöggeler, Hildesheim, Olms-Weidmann, 2001, Band II, pp. 605-642. Cfr. T. REGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, pp. 54-64.

⁽¹²⁵⁾ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, pp. 1-2.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, pp. 1-8.

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 » (127). Il diritto era « la legge della vita sociale », la « legge dell'uomo sociale », « legge di scopo », a differenza di quelle che regolavano il « mondo fisico e biologico » che erano « leggi di causa » (128); 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 progredite (129).

Non c'era alcuna contrapposizione, dunque, fra Stato e individuo, fra “collettivo” e “individuale”, perché lo Stato altro non era che un gruppo impegnato a realizzare l'integrazione sociale dell'individuo (130). L'individualismo giuridico del primo Ottocento non poteva essere più lontano: mentre il diritto era « un produit social », un fatto « esclusivamente sociale », le legislazioni e i codici del secolo XIX avevano riprodotto l'immagine astratta di un « diritto individuale », negando apertamente la struttura associativa della realtà umana, il « fatto primario, irriducibile e spontaneo » di un ordine sociale articolato in gruppi umani, « classi sociali » e « sindacati professionali », conformemente alla tendenza dell'uomo a

(127) Ivi, pp. 12-16. In questo, nell'essere la « regola di diritto » una « regola sociale », in quanto tale « mutevole come le società umane » ed « infinitamente variabile ... col variare delle tanto varie forme di vita che le società umane ci presentano », stava la differenza tra la concezione di Duguit ed ogni forma teorica di giusnaturalismo: si legga in questi termini la prima delle tre conferenze che Duguit pronunciò nel marzo del 1908 presso l'*École des hautes études sociales* di Parigi, riunite sotto il titolo *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, 1922², trad. it. *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, Sansoni, 1950, p. 45.

(128) L. DUGUIT, *L'État*, cit., pp. 16-17 e 82-83.

(129) Ivi, pp. 92-105.

(130) Ivi, pp. 10 e 81.

vivere non già « isolato, ma unito ad altri uomini » affini a sé ma diversi da altri ⁽¹³¹⁾.

La « solidarietà sociale » esprimeva una tendenza oggettiva alla coesione e al raggruppamento sotto l'impulso di una comunanza « d'ambiente, d'origine, di credenze religiose, di pericoli, di sofferenze, di vittorie », nella convinzione sempre più forte che determinati bisogni, anche individuali, non potessero aver soddisfazione che attraverso una « via comune » ⁽¹³²⁾: la solidarietà era « un fatto, il fatto fondamentale di tutta la società umana » ⁽¹³³⁾. Il che significava, evidentemente, che gli uomini avevano interessi, attitudini, ambizioni, esigenze e bisogni diversi, che li portavano ad associarsi ai più « simili » e che li rendevano, a dispetto di quanto aveva proclamato la Dichiarazione dell'89, diseguali e differenti ⁽¹³⁴⁾. Come « la tendenza generale dell'evoluzione umana » portava « ad una disuguaglianza ogni giorno più grande », così la tendenza alla « socializzazione » e alla « individualizzazione » era andata intensificandosi a misura che si sviluppava la società industriale, quando più stretti e frequenti, per effetto del principio della divisione del lavoro teorizzato da Durkheim, si facevano i vincoli solidaristici e più numerosi e differenziati i bisogni degli individui ⁽¹³⁵⁾. « Socialità » e « solidarietà », qui senza connotazioni ideologiche né imperativi etici, rappresentavano, come con diverse sfumature predicavano in tutta Europa Cimballi e Gianturco, Salvioli e Vadalà-Papale, Menger e Unger, Burgeois e Saleilles, le chiavi di lettura del nuovo ordine

⁽¹³¹⁾ Ivi, pp. 13 e 32. Cfr. anche L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'État — Organisation politique*, Paris, Fontemoing, 1907, pp. 6-8, e sui concetti di « classe sociale », « sindacato professionale » e « sindacalismo economico e burocratico », quanto osservato da Duguit in occasione della terza conferenza del 1908, in *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., pp. 119-145.

⁽¹³²⁾ L. DUGUIT, *L'État*, cit., p. 35.

⁽¹³³⁾ Ivi, p. 24.

⁽¹³⁴⁾ Ivi, p. 41.

⁽¹³⁵⁾ Ivi, pp. 40-52. Sulle relazioni e sulle reciproche influenze tra Durkheim e Duguit si veda C. DIDRY, *De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et É. Durkheim au tournant du siècle (1880-1900)*, in « Genèses. Sciences sociales et histoire », II, 1990, pp. 5-27.

giuridico e delle nuove « doctrines du droit social » (136): « solidarietà per similitudine », che spingeva gli uomini ad associarsi sulla base di bisogni comuni, e « solidarietà per divisione del lavoro », che costringeva gli uomini a « cooperare » nella consapevolezza che, avendo attitudini e bisogni diversi, occorreva scambiarsi servizi e prestazioni (137).

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 » (138). 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 auto-limitazione dalle regole elaborate dallo stesso legislatore statale, i secondi avevano allargato il campo giuridico alla pluralità delle « forze sociali »,

(136) L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, cit., pp. 8-9. Su questi aspetti del pensiero di Duguit cfr. L. BAGOLINI, *Il metodo di Léon Duguit*, introduzione a L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., p. 14, che spiega come « socialismo », anche per Duguit, non abbia « un significato politico specifico », ma esprima l'affermazione di presupposti filosofici e antropologici opposti rispetto a quelli dell'« individualismo metafisico contro il quale l'autore combatte. Il concetto di socialismo tende qui ad identificarsi per l'appunto con il significato di associazionismo. Per cui l'individuo anziché essere considerato in se stesso, è considerato sperimentalmente in relazione alle varie situazioni sociali nelle quali esercita la sua attività ».

(137) L. DUGUIT, *L'État*, cit., p. 80. Sulla nozione di « solidarietà sociale » Id., *Manuel de droit constitutionnel*, cit., pp. 9-18.

(138) L. DUGUIT, *L'État*, cit., pp. 106-109. « Lo Stato » — affermava enfaticamente L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., pp. 62-63, evocando una frase di Édouard Berth (1875-1939) — era « morto », almeno nella forma « romana, regalistica, giacobina, napoleonica, collettivistica, che sotto questi diversi aspetti non è che una sola forma dello Stato », ma era riapparso in una forma « più larga, più agevole, più protettrice, più umana », i cui elementi erano « la concezione di una regola sociale che s'imponga a tutti o *diritto oggettivo* » e « il decentramento o il *federalismo sindacalista* ».

ravvisando nel diritto obiettivo prodotto dai gruppi umani un limite giuridico valevole così per tutti gli individui, come per lo Stato ⁽¹³⁹⁾. Poiché, dunque, il diritto non discendeva dallo Stato, ma da « tutte le formazioni sociali », uno Stato avrebbe potuto considerarsi « di diritto » non quando si fosse « auto-limitato » per il tramite della propria legge, come voleva quell'assurdo « feticismo » che faceva della legge « la volontà della collettività personificata nello Stato » ⁽¹⁴⁰⁾, ma quando i contenuti della sua potestà, in forma di legge o di atto amministrativo, fossero stati conformi alle « regole di condotta » fondate « sulla coscienza della solidarietà sociale » ⁽¹⁴¹⁾. Solamente allora la legge e l'atto amministrativo sarebbero stati legittimi, solamente allora vi sarebbe stato « un ordine giuridico », solamente allora vi sarebbe stata « una giustizia » ⁽¹⁴²⁾: la « notion de droit », in senso oggettivo e soggettivo, era « donc antérieure et supérieure à la notion d'État » ⁽¹⁴³⁾.

Proprio negli stessi anni in cui Duguit metteva a punto la dottrina realista, Maurice Hauriou (1856-1929) avviava la sua 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 individui ⁽¹⁴⁴⁾. Accanto allo Stato e agli individui — emergeva da questa

⁽¹³⁹⁾ Id., *L'État*, cit., pp. 105-137.

⁽¹⁴⁰⁾ Così L. DUGUIT nella seconda conferenza del 1908, in *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., p. 73.

⁽¹⁴¹⁾ L. DUGUIT, *L'État*, cit., pp. 109-114.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 109.

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 227. Un « État lié par le droit » (L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, cit., pp. 48-55).

⁽¹⁴⁴⁾ M. HAURIOU, *Il fondamento della personalità morale*, 1899, ora in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 171-192. Ma già prima cfr. *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in « Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence », 1898, pp. 5-23 e 119-140, mentre più tardi lo stesso tema sarebbe stato ripreso in *La liberté politique et la personnalité morale de l'État*, in « Revue trimestrielle de droit civil », XXII, 1923, pp. 331-346. Sulla personalità delle istituzioni e dello Stato nell'opera di Hauriou, fra le nozioni di « persona », « personalità » e « personificazione », « personalità » e « individualità », « personalità morale » e « personalità giuridica », A. DUFOUR, *La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno »,

visione complessa dell'ordine sociale — proliferavano « organismi » rappresentativi, dotati di « individualità sociale », aventi natura politica ed economica, capaci di intrattenere « rapporti organici » e « rapporti giuridici » ⁽¹⁴⁵⁾.

Alla ricerca di un equilibrio fra « diritto individuale » e « diritto sociale », Hauriou prendeva così le distanze da quella dottrina individualistica che, sorta con la Rivoluzione e proclamata dalla Dichiarazione, inseguiva « l'ideale chimerico dell'eguaglianza matematica degli uomini », riducendo il giuridico all'« autonomia della volontà individuale », ma rifiutava altresì, prendendo di mira il realismo di Duguit, una prospettiva obiettivizzata in una regola sociale impersonalmente e « monisticamente » prodotta dalla « natura delle cose sociali » ⁽¹⁴⁶⁾. La « dottrina della solidarietà sociale », intesa semplicemente come « interdipendenza degli uomini », finiva, secondo Hauriou, per sostituire una concezione monistica con un'altra, per sostituire al monismo dello Stato quello della società ⁽¹⁴⁷⁾. Se la concezione del *Rechtsstaat*, infatti, riduceva il diritto ad un prodotto della potestà di dominio dello Stato-persona, risolvendo il giuridico in manifestazioni di volontà lungo l'asse Stato-individuo, la dottrina della solidarietà sociale, contemplando unicamente il

XI/XII, 1982/1983, *Itinerari moderni*, cit., vol. II, pp. 685-719. Un profilo più generale, assai utile anche come introduzione, è quello offerto da G. GURVITCH, *Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou*, in « Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique », I-II, 1931, pp. 155-194, mentre per una messa a fuoco a sfondo filosofico si veda N. BOBBIO, *Istituzione e diritto (Renard e Gurvitch)*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1936, pp. 385-418.

⁽¹⁴⁵⁾ M. HAURIOU, *Il fondamento della personalità morale*, cit., pp. 188-190. Sull'articolato insieme di maestri che emerge quale quadro culturale di riferimento dalle opere di Hauriou cfr. da ultimo C.B. GRAY, *The Methodology of Maurice Hauriou*, Amsterdam-New York, Rodopi, 2010.

⁽¹⁴⁶⁾ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, pp. 53-66. Specificamente, sulle divergenze dottrinali tra Hauriou e Duguit, A. DE LAUBADÈRE, *Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Journées Hauriou, Toulouse, Mars 1968, Paris, Pédone, 1969, pp. 209-228.

⁽¹⁴⁷⁾ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., pp. 66-67. Di questo « rejection », da parte di Hauriou, di ogni forma di « monism », ha parlato M. WALINE, *Maurice Hauriou*, in *The French Institutionalists. Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, edited by A. Broderick, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1970, pp. 139-160.

diritto obiettivizzato nella società, rischiava di instaurare un nuovo monismo, stavolta dal lato del polo sociale. 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, occorreva, per ripristinare un ordine giuridico che riflettesse 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'altra, di mettere l'unità della società al posto di quella fondata sull'asse Stato-individuo ⁽¹⁴⁸⁾.

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 » ⁽¹⁴⁹⁾. Le « istituzioni collettive » — associazioni o fondazioni — erano corpi organizzati, aventi individualità sociale e personalità morale, formati da collettività di individui che conferivano forze materiali, ideali e morali. Costituivano perciò figure giuridiche, dotate di personalità e produttive di regole, munite di una disciplina interna, organica e non solo repressiva, di un diritto statutario e di un diritto disciplinare, di origine deliberativa o consuetudinaria ⁽¹⁵⁰⁾. 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 » ⁽¹⁵¹⁾. Un vero e

⁽¹⁴⁸⁾ M. HAURIUO, *Principes de droit public*, cit., p. 86.

⁽¹⁴⁹⁾ F. MODUGNO, *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 85.

⁽¹⁵⁰⁾ In questi termini cfr. già M. HAURIUO, *Principes de droit public*, cit., pp. 123-175 e 500-539.

⁽¹⁵¹⁾ M. HAURIUO, *Teoria della istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, 1925, ora in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 12-36. Ne derivava, come in altra occasione avrebbe sintetizzato M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 76, una definizione del seguente tenore: « une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en une oeuvre sociale par un fondateur, idée qui, ensuite, recrute des adhérents en nombre indéterminé ».

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) ⁽¹⁵²⁾.

Hauriou, in questo modo, rifiutava la concezione unilineare del rapporto tra Stato e società, focalizzando il problema della crisi dello Stato di diritto sull'aporia fra soggettività dello Stato-persona e oggettività dell'ambiente sociale. La « teoria dell'istituzione » consentiva di superare sia il sistema del « tutto alla soggettività », che riportava il diritto alla volontà politica della persona Stato, sia quello del « tutto all'oggettività », che con Duguit, sotto l'influenza del sociologismo, riconduceva il diritto all'ambiente sociale ⁽¹⁵³⁾. Con la nuova teoria, che succedeva tanto al sistema soggettivista quanto a quello oggettivista, Hauriou ribaltava la prospettiva tradizionale, passando dallo Stato alla società, che egli descriveva 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 » ⁽¹⁵⁴⁾. In questo quadro, lo Stato diventava l'esempio massimo

dans le milieu social et assujettit ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées ». Elementi dell'istituzione erano dunque: l'opera, il gruppo, il potere organizzato, le manifestazioni giuridiche prodotte dal gruppo organizzato per il perseguimento dei suoi fini.

⁽¹⁵²⁾ M. HAURIOU, *Teoria della istituzione*, cit., p. 30. La combinazione fra elemento oggettivo ed elemento soggettivo dell'istituzione, fra « idée objective », da un lato, e « consciences » e « volontés subjectives », dall'altro, era un aspetto centrale, sul quale M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, cit., pp. 81-82, avrebbe insistito molto, affinché fosse chiaro che « bien que l'institution soit l'élément objectif de la société, elle ne cesse pas d'être elle-même imprégnée de subjectivisme, de même qu'en sens inverse les relations sociales les plus subjectives ne cessent point d'être mélangées d'éléments d'institutions ».

⁽¹⁵³⁾ M. HAURIOU, *Teoria della istituzione*, cit., pp. 5-12. La critica a Duguit è ampiamente sviluppata anche nei *Principes de droit public*, cit., pp. 64-69, ma non va dimenticato che L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *La règle de droit — Le problème de l'État*, Paris, Fontemoing & C^{ie}, 1927³, pp. 25-30, avrebbe replicato ravvisando anche nella teoria istituzionalistica di Hauriou una « pure doctrine objectiviste », in considerazione del fatto che « l'institution est un fait social de formation naturelle, duquel naît le droit disciplinaire et statutaire, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit » (p. 28). Sul problema dell'« oggettivismo » delle concezioni sociali del diritto G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 13-37.

⁽¹⁵⁴⁾ *Principes de droit public*, cit., pp. 253-255.

dell'istituzione, « l'institution des institutions »⁽¹⁵⁵⁾: Hauriou fondeva la personalità dello Stato e quella dei corpi, 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. Non era da una volontaristica scelta di auto-limitazione, di conseguenza, che discendevano i limiti giuridici dello Stato, ma da un ordine obiettivo costituito dal tessuto reticolare delle istituzioni sociali⁽¹⁵⁶⁾.

« Gli elementi » che, in ultima analisi, stavano « in prima linea » nel sistema giuridico, erano « da una parte, gli individui e, dall'altra, le istituzioni corporative, perché questi sono i personaggi viventi e creatori, a causa sia delle idee di intrapresa che rappresentano sia del loro potere di realizzazione », mentre « le regole di diritto » rimanevano « in seconda linea », in quanto non incarnavano « idee d'intrapresa e di creazione », rappresentavano « sì la continuità, ma non l'azione »⁽¹⁵⁷⁾. L'errore commesso da Duguit, quando aveva costruito « l'edificio della sua oggettività », era « stato di puntare tutto sul diritto oggettivo, sulla regola di diritto », mentre « il vero elemento oggettivo del sistema giuridico » era « l'istituzione », che per quanto contenesse « un germe di soggettività » derivante dal « fenomeno della personificazione », aveva il suo aspetto caratterizzante nell'« elemento oggettivo » costituito dal « *corpus* », per forza giuridica « molto superiore », « con la sua idea direttiva e il suo potere organizzato », alla regola di diritto: erano « le istituzioni a fare le regole di diritto », non « tali regole a fare le istituzioni »⁽¹⁵⁸⁾.

7. *La « crisi dello Stato moderno » e il pluralismo ordinamentale nella sintesi di Santi Romano.*

È in questo quadro in fibrillazione, impregnato di socialità e di storicità, che nel 1909, al cuore di un « itinerario riflessivo » comin-

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 126. Si veda, a proposito del laborioso percorso riflessivo di Hauriou in tema di Stato, R. MASPÉTIOL, *L'idée d'État chez Maurice Hauriou*, in « Archives de philosophie du droit », XIII, 1968, *Sur les notions du contrat*, pp. 249-265.

⁽¹⁵⁶⁾ G. GURVITCH, *Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou*, cit., pp. 182-193.

⁽¹⁵⁷⁾ M. HAURIUO, *Teoria della istituzione*, cit., p. 45.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*.

ciato nel 1897, si inseriva l'istituzionalismo pluralistico di Santi Romano⁽¹⁵⁹⁾. Influenzato dallo storicismo savigniano e dal realismo orlandiano, affascinato dall'istituzionalismo di Hauriou e dal comunitarismo di Gierke, criticamente partecipe della dottrina giuridica dello Stato, Romano osservava, nella prolusione su *Lo Stato moderno e la sua crisi*, che 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 »⁽¹⁶⁰⁾. Al suo interno, ma più spesso « contro di esso », si erano infatti andate moltiplicando « organizzazioni ed

(159) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit. Sull'itinerario romaniano, avviato nel 1897 con il *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione*, cfr. P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Es, 2005, ora in ID., *Società, diritto, stato*, cit., in particolare pp. 143-201. L'importanza dei saggi giovanili nel periodo compreso tra il 1897 e il 1909, quando Romano avrebbe già « ideato le linee fondamentali di un nuovo sistema di diritto pubblico », è stata sottolineata anche da M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », X, 1981, specialmente pp. 191-219, ora col titolo '*Stato giuridico*' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909) anche in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 277-326, e da P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 85-96. Per una bibliografia "romaniana", scandita da riferimenti biografici, F. COCOZZA, *Gli scritti di Santi Romano*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXVII, 1977, pp. 399-409.

(160) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 9-13. Sulla prolusione di Santi Romano, tenuta il 4 novembre del 1909 presso l'Università di Pisa quale discorso inaugurale dell'anno accademico 1909/1910, si veda ora, per ben collocarla nell'itinerario riflessivo dell'Autore, il saggio di P. GROSSI, "*Lo Stato moderno e la sua crisi*" (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano), in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », LXI, 2011, pp. 1-22. La molteplicità delle influenze sparse nel pensiero di Santi Romano, pari alla varietà delle interpretazioni storiografiche della sua opera, talvolta opposte e perfino incompatibili, è stata sviscerata da M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, cit., pp. 169-219, e già prima analizzata da M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtslehre Santi Romanos*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979. Circa il mutare, con specifico riferimento al problema della crisi dello Stato, delle coordinate storiche e culturali di Romano rispetto a quelle del maestro Orlando cfr. L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, cit., pp. 75-100.

associazioni » dagli scopi « più disparati » (« federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari », « società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza »), sorte su base economico-professionale ed inclini ad ulteriori collegamenti ⁽¹⁶¹⁾.

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 » ⁽¹⁶²⁾. 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 » ⁽¹⁶³⁾. 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 » ⁽¹⁶⁴⁾. Ne derivava un rinnovato corporativismo, capace, attraverso l'attenuazione delle rivalità e lo sviluppo del « sentimento di solidarietà », di « mitigare le dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo » ⁽¹⁶⁵⁾.

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 ed imperativistiche non per « esigenze d'ordine astratto », ma per dare esatta soluzione « a molti problemi concreti » ⁽¹⁶⁶⁾. Una

⁽¹⁶¹⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 12.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. 13.

⁽¹⁶³⁾ Ivi, pp. 13-18.

⁽¹⁶⁴⁾ Ivi, p. 19.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁶⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946², pp. 9 e 78.

Le due parti di cui si compone *L'ordinamento giuridico*, apparso per la prima volta in veste unitaria nel 1918 per i tipi Mariotti (Pisa) e qui citato nella seconda edizione del 1946, nella quale l'Autore replicò in nota alle critiche ricevute nel corso di un trentennio, vennero pubblicate originariamente in due fascicoli degli *Annali delle Università Toscane* del 1917 e del 1918. Sulla genesi de *L'ordinamento giuridico* e sull'accoglienza riservata

volta scelto il piano « storico-sociale » come base di partenza per l'osservazione del fenomeno giuridico, Santi 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 ad un'« equazione ... necessaria ed assoluta », costituiva « un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico », donde la conseguenza che « ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni »⁽¹⁶⁷⁾. I due principali aspetti del pensiero romaniano — il diritto come istituzione e la pluralità degli ordinamenti giuridici — trovavano in questo modo ne *L'ordinamento giuridico* una perfetta coerenza teorica, svolgendosi unitariamente dal dato positivo di una società proteiforme, attraversata da un'« indefinita molteplicità di formazioni sociali, enti, organizzazioni, che erano altro dallo Stato, dal quale nemmeno ripetevano, a differenza di quanto sostenuto dal pur vicino Hauriou, la loro fisionomia di fondo »⁽¹⁶⁸⁾.

La complicazione del giuridico, pertanto, derivava direttamente dalla « molteplicità politipica » di ordinamenti sociali, enti, corpi, comunità e associazioni dai caratteri non tipizzabili, né riproducibili⁽¹⁶⁹⁾. Attraverso il « recupero della complessità » e del pluralismo, della storicità e della socialità, della concretezza e della fattualità,

alle tesi in esso propugnate dalla cultura giuridica italiana, fra età giolittiana e Fascismo, S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », I, 1972, pp. 243-283.

⁽¹⁶⁷⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 23 e 86. Si veda la breve ma importante voce di W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, pp. 1-3.

⁽¹⁶⁸⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 28. I due menzionati aspetti della teoria romaniana, come identificati e coordinati da A. MASSERA, *Contributo*, cit., pp. 166-192, sono invece considerati da N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 25-43, come due teorie « distinte » e non necessariamente collegate, dal momento che non vi sarebbe incompatibilità logica « fra teoria dell'ordinamento e monismo, così come fra teoria della norma e pluralismo ».

⁽¹⁶⁹⁾ F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 8.

Santi Romano smontava pezzo dopo pezzo il « riduzionismo illuministico » che aveva determinato l'intero itinerario della modernità borghese, sgretolando, in quanto profili uno all'altro concatenati, il monismo statualistico, la dottrina dell'auto-limitazione, lo Stato monoclasse, la neutralità statale, l'accentramento burocratico ⁽¹⁷⁰⁾. Romano vedeva il diritto laddove gli esponenti del *Rechtsstaat* avevano visto un mero campo d'applicazione della potestà statale, ravvisava ordinamenti giuridici in tutte le formazioni sociali di cui riteneva si componesse lo spazio sociale, esaltava il ruolo dei gruppi nel processo di formazione della volontà politica.

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

⁽¹⁷⁰⁾ P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., pp. 178-187, nonché, ancora sui molteplici « recuperi » della « svolta ordinamentale » romaniana, ID., *Ordinamento*, in ID., *Società, diritto, stato*, cit., pp. 203-215. In merito al decentramento amministrativo, si ricorda come per S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, parte I, 1897, poi in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. II, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, rist. 1990, p. 19, « la vera ragione » per cui « solo ai nostri giorni potea sorgere » tale nozione era « la grande estensione acquistata da quell'attività dello Stato che comunemente vien detta sociale ». Tuttavia, come evidenziato da G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica*, vol. I, *Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 679 ss., ma specialmente pp. 813-827, sul piano tecnico il decentramento viene impostato da Romano, attraverso le nozioni di « autarchia territoriale, istituzionale e di amministrazione indiretta dello Stato », in chiave statalista, sulla base di un rapporto di subordinazione dell'amministrazione locale allo Stato. Su decentramento amministrativo, pluralità di ordinamenti e limiti alla funzione legislativa nel pensiero di S. Romano, F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 190-205. La centralità, nella nuova concezione dello Stato di diritto — che è infatti da Romano considerato in primo luogo « Stato amministrativo » — del « diritto pubblico patrimoniale », costituito dal nuovo diritto amministrativo sociale, distinto tanto dal diritto privato quanto dal diritto costituzionale, è sottolineata da M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 311 ss., ora in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 405-449.

delle fonti del diritto ⁽¹⁷¹⁾. L'istituzionalismo, in altri termini, implicava da un lato il rifiuto di una visione statalistica del diritto, di un sistema delle fonti del diritto egemonizzato dalla legge dello Stato, dall'altro la valorizzazione di un quadro che, specchio fedele del pluralismo ordinamentale, si arricchiva di fonti sociali, fattuali, decentrate ⁽¹⁷²⁾. Il diritto andava rintracciato nel sociale, individuato nella molteplicità di quegli ordinamenti sociali che, al di là della loro personalità, costituivano altrettanti ordinamenti giuridici: « 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 se stante » ⁽¹⁷³⁾.

A differenza di Hauriou, che foggilandola « ad immagine e somiglianza » dello Stato moderno considerava l'istituzione una « fonte del diritto » ⁽¹⁷⁴⁾, e di Gierke, che rimanendo legato ad una concezione normativistica considerava il diritto « come il prodotto dell'istituzione », Santi Romano scorgeva dunque il diritto nell'« istituzione stessa » ⁽¹⁷⁵⁾, nello stesso fatto della società organizzata, così elidendo alla radice « il vecchio dilemma della teoria dell'autolimitazione » ⁽¹⁷⁶⁾: 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 », « ordinamento giuridico statale » e « diritto statale », sicché non vi sarebbe stata

⁽¹⁷¹⁾ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LX, 2006, pp. 377-395, ora in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 669-688.

⁽¹⁷²⁾ F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 218-227.

⁽¹⁷³⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

⁽¹⁷⁴⁾ Ivi, p. 28.

⁽¹⁷⁵⁾ Ivi, p. 108.

⁽¹⁷⁶⁾ F. MODUGNO, *Istituzione*, cit., p. 92. Romano muoveva dalle medesime premesse teoriche di Gierke (anti-individualismo, metodo storico, antivolontarismo), alla cui dottrina dichiarava infatti in linea generale di « accostarsi », facendone secondo alcuni addirittura derivare la propria (così M. FUCHS, *La « Genossenschaftstheorie » di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1979, 1, pp. 65-80, e A. TARANTINO, *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1977, pp. 682-704), ma dalla quale in realtà si allontanava « in diversi punti » (*L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 107-108).

alcuna potestà pregiuridica legittimata ad 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 » (177).

La crisi colta da Santi Romano, pertanto, non implicava l'annientamento dello Stato, ma la sua degradazione a comprimario d'eccellenza, nella veste di ordinamento archetipico, organizzazione sociale paradigmatica, istituzione fra le istituzioni (178). Erano « l'unità e la sovranità » dello Stato, la pretesa della sua assolutezza e della sua esclusività, ad essere « destinate a scomparire », non la sua esistenza, né la sua utilità (179): 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 » (180), 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 » (181). Anche per Romano, che sotto questo profilo tutto era fuorché « anti-statalista », lo Stato manteneva dunque un ruolo di primo piano, ma non più come ente unitario dotato di volontà dominatrice, bensì in quanto organizzazione in grado di contenere, rispettare e riflettere la complessità ordinamentale dei gruppi sociali (182): sorto per superare « gl'interessi parziali e con-

(177) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 28 e 67-69.

(178) Sulla nuova dimensione, affrancata da dogmi monistici e soggettivistici, che assume lo Stato nella visione con cui Romano va « oltre lo Stato », ma non contro lo Stato », F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 215-234. Sulla problematicità di una simbiosi fra ordinamento giuridico statale e ordinamento sociale, Stato e istituzione, S. DE FINA, *Ordinamenti giuridici e ordinamenti sociali*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XIX, 1969, pp. 89-154.

(179) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 17.

(180) ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 89.

(181) ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 19.

(182) V. MURA, *Pluralismo e neo-statalismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 381-411, ma specialmente pp. 385-394. Secondo R. RUFFILLI, *Santi Romano e la "crisi dello Stato" agli inizi dell'età contemporanea*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXVII, 1977, pp. 311-325, ora in ID., *Istituzioni Società Stato*, cit., pp. 163-180, le

tingenti », l'organismo statale avrebbe ora assunto le sembianze « di un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi », così da impedire « alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale » (183).

Partiti, rappresentanza e parlamento uscivano dal discorso di Romano ovviamente rivoluzionati. La rappresentanza politica aveva « il fine di mettere in immediato contatto la costituzione dello Stato e quella della società », ma il parlamentarismo aveva evidentemente fallito la sua missione, se è vero che i cittadini avevano trasferito la rappresentanza degli interessi alle formazioni associative che sempre più fittamente riempivano lo spazio sociale (184). A cagione di un'organizzazione sociale sempre più complessa e particolaristica, sarebbe stato impossibile per le assemblee elettive rappresentare « gruppi così poco omogenei e numerosi di individui », i quali andavano sviluppando, per effetto delle « migliorate condizioni economiche », del « diffondersi della pubblica opinione », dell'« allargarsi della cultura » e della « stampa quotidiana », della « facilità di riunirsi e di associarsi », « dei contatti provocati dal lavoro industriale » e della « rapidità dei mezzi di comunicazione », una coscienza civile e politica che li metteva nelle condizioni di influire direttamente, senza bisogno di diaframmi istituzionali, sulla legislazione e sull'azione dell'esecutivo (185).

La crisi dello Stato liberale di diritto, di conseguenza, scaturiva dal fatto che al « progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico » non corrispondeva un'adeguata evoluzione « dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Sta-

soluzioni di Romano andrebbero anzi nel senso di un rafforzamento dello Stato. Si veda anche, nel senso di un'irrinunciabilità della « sovranità dello Stato » nella teoria romaniana, M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtslehre*, cit., pp. 151-152.

(183) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 24-25.

(184) Ivi, p. 21. In generale, circa la non sovrapponibilità dei concetti di rappresentanza e parlamentarismo, D. FISICHELLA, *La rappresentanza politica*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

(185) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 22.

to » (186). Era il problema che già nell'ultimo scorcio dell'Ottocento era stato da più parti evidenziato, prevalentemente in termini di coordinamento fra « rappresentanza politica », determinata dalla « categoria dell'unità » ma spinta dal suffragio universale verso la complessità, e « rappresentanza degli interessi », da affidare agli organismi rappresentativi dei gruppi professionali e all'attività suppletiva della giurisprudenza (187).

La fine del secolo — aveva constatato nel 1895 Charles Benoist (1861-1936) — faceva i conti con una grave « crise de l'État moderne », che era crisi del suo « parlementarisme », della sua incapacità di riflettere nel diritto la complessità generale della base sociale (188). Se « État de droit » indicava genericamente lo Stato interamente regolato « dalla legge », la novità, con lo Stato moderno, stava nel fatto che il « potere legislativo » non risiedeva più nel potere arbitrario di un monarca, ma nel « popolo », che lo avrebbe esercitato direttamente oppure attraverso suoi rappresentanti (189). La « sovranità », dunque, derivava dal basso, spettava alla « nazione », mistificata come « una e indivisibile » dalla Rivoluzione, ma nella realtà frazionata, parcellizzata, divisa: la sovranità era indivisibile, ma non si realizzava che « nella sua divisione » (190). Il suffragio, che era l'unico modo attraverso cui la sovranità avrebbe potuto esprimersi, andava perciò riconosciuto a tutti, a milioni di elettori, « milioni di atomi di sovranità », ma andava organizzato secondo un sistema elettorale in grado di rappresentare la vita reale di individui organizzati in corpi collettivi (191). Occorreva quindi, allo scopo di

(186) Ivi, p. 23.

(187) G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 129-135. Cfr. sul punto G. GOZZI, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica fra Ottocento e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 231-257.

(188) C. BENOIST, *De l'Organisation du Suffrage Universel. La crise de l'État moderne*, Paris, Firmin-Didot et C^{ie}, 1895, p. 9.

(189) Ivi, pp. 11-12.

(190) Ivi, pp. 17-19.

(191) Ivi, p. 19. In particolare, al fine di conseguire una compagine politica fedelmente rappresentativa della società, Benoist proponeva la sostituzione del « suffragio universale inorganico », basato su comitati e partiti che avrebbero fatto interessi di pochi, limitato la rappresentanza a « tre o quattro categorie o professioni politicanti »,

superare un'idea « superficiale » di democrazia, introdurre nel « diritto elettorale », come più specificamente suggerito da Charles François, una serie di riforme (decentramento, riorganizzazione delle circoscrizioni elettorali, elettorato attivo e passivo delle donne, meccanismo plurimo delle preferenze, sistema proporzionale), tese a garantire la « rappresentanza degli interessi », non riducibile né a « rappresentanza professionale » né a « rappresentanza delle minoranze », così archiviando il sistema individualistico tramandato dalla Rivoluzione francese con la divisione della nazione in dipartimenti elettorali artificiali e dando valenza rappresentativa non solamente « agli individui », ma alle « associazioni », ai « gruppi », alle « unioni » e alle « nuove formazioni » generate dal « rapido sviluppo » dell'industrializzazione ⁽¹⁹²⁾.

Il rimedio — confermava Romano, sotto questo profilo in perfetta sintonia con Duguit — consisteva dunque nell'integrare e nel rinnovare la rappresentanza politica attraverso la « rappresentanza degli interessi », perfino ipotizzando l'istituzione di una camera eletta dai « colleghi professionali » o la creazione di « parlamenti speciali per ciascun ramo della legislazione », in base ad una logica di frazionamento (divisoria, distributiva) che avrebbe però fatalmente determinato lo sgretolamento della sovranità statale e l'attribuzione di « una frazione della sovranità a ciascun gruppo o classe, e che perciò è per la sua stessa natura incompatibile col principio che unifica e assomma nello Stato ogni potere pubblico » ⁽¹⁹³⁾.

prodotto « una legislazione impulsiva e incoerente » e condotto all'anarchia, con il « suffragio universale organizzato », regolato da leggi volte a fissare limiti e ad equilibrare i diversi elementi sociali.

⁽¹⁹²⁾ C. FRANÇOIS, *La représentation des intérêts dans les corps élus*, Paris-Lyon, Rousseau-Rey, 1899, *passim*. Erano temi attualissimi anche in Italia, dove, fra gli altri, F. PERSICO, *Le rappresentanze politiche e amministrative*, Napoli, Marghieri, 1885, specialmente pp. 206-252, aveva proposto una riforma elettorale in virtù della quale, trasferendo il voto dagli individui agli organi eletti presso le comunità territoriali (consigli comunali e provinciali), si rappresentassero al meglio, « nel Corpo legislativo e politico », « le forze vive e reali del paese », gli « interessi collettivi e sociali ».

⁽¹⁹³⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 23-24. Anche L. DUGUIT, nella terza conferenza del 1908, in *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., p. 128, auspicava che si organizzasse, « a fianco di una rappresentanza proporzionale dei partiti, una rappresentanza professionale degli interessi, cioè una rappresentanza delle diverse classi sociali organizzate in sindacati e in

Sulla base delle proposte già avanzate in materia di rappresentanza degli interessi, in conclusione, Santi Romano — nel clima della politica liberale giolittiana, che fra il 1903 e il 1914 si sviluppava nel senso di una graduale apertura verso la partecipazione delle classi popolari e il riconoscimento dei partiti come necessaria mediazione fra Stato e società — non condannava quindi lo Stato-soggetto all'irrilevanza, 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 categoria ⁽¹⁹⁴⁾. 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 giuridici ⁽¹⁹⁵⁾.

8. *Il richiamo dell'unità. Ideologie e totalitarismi nella prima metà del Novecento.*

La riflessione di Romano consentiva l'elaborazione di moduli e

federazioni di sindacati », eventualmente attraverso una « Camera composta degli eletti dai gruppi sindacali » che facesse da « contrappeso alla potenza di una Camera rappresentante gli individui ». Era una decisa rottura, come rilevato da P. GROSSI, « *Lo Stato moderno e la sua crisi* », cit., p. 9, con la visione della rappresentanza politica propagandata dall'Illuminismo giuridico, che ne aveva in realtà fatto più « una delega all'esercizio del potere » che « uno strumento autenticamente rappresentativo ».

⁽¹⁹⁴⁾ R. RUFFILLI, *Santi Romano e la "crisi dello Stato"*, cit. Su questa presunta duplicità del pensiero romaniano, fra una componente teorica che spingeva per la valorizzazione del pluralismo ordinamentale ed una matrice ideologica legata all'irrinunciabilità dell'autoritarismo dello Stato, come rilevata da alcune correnti storiografiche e dottrinali (Giannini, Galizia, Cassese, Bobbio), cfr. M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, cit., pp. 169-219, il quale chiarisce infine come non sia in alcun modo possibile, rileggendo il percorso formativo e l'itinerario concettuale di Santi Romano, « rilevare una contraddizione di fondo » tra constatazione della « 'crisi' dello Stato moderno in senso pluralistico » e difesa del « dogma della necessaria sovranità dello Stato-persona » (p. 215).

⁽¹⁹⁵⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 25.

concetti tecnici in grado di sopravvivere nel tempo e di rappresentare al meglio le trasformazioni epocali subite dal nesso Stato-società fra la seconda metà dell'Ottocento e la Grande guerra ⁽¹⁹⁶⁾. In quello stesso 1918 in cui *L'ordinamento giuridico* vedeva la luce, il volto dello Stato, di questo « gigante scoronato », continuava a presentare, nell'immagine offerta da Capograssi (1889-1956), i tratti del « potere supremo », della « sovranità », dell'« imperio », del « comando », ma era un'immagine ormai sbiadita, stinta dall'azione corrosiva di una società sempre meno omogenea e sempre più frammentata, che lo Stato, « perso il criterio morale e fattosi arbitrio », aveva voluto disconoscere, ignorando « tutte le creazioni sociali, tutti i raggruppamenti e gli interessi », rimanendo « solo », non vedendo « altro che se stesso », pretendendo, infine, che la legge, al di là di ogni contenuto e di ogni valore, fosse « legge soltanto perché voluta dallo Stato » ⁽¹⁹⁷⁾.

La « strutturale ambivalenza » della « costituzione-ordine liberale post-rivoluzionario », ora « principio di unità politica contro i particolarismi vecchi e nuovi », ora « limite all'esercizio dei poteri pubblici », avrebbe dunque retto fintantoché fosse durata la fiducia in un oggettivo ordine politico e costituzionale organicamente rappresentato dallo Stato-persona, ma quando si fosse posato lo sguar-

⁽¹⁹⁶⁾ G. CIANFEROTTI, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 161-163.

⁽¹⁹⁷⁾ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, Torino, 1918, poi in ID., *Opere*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 1-147. Qualche anno più tardi lo stesso G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, Roma, 1922, poi in ID., *Opere*, vol. I, cit., pp. 403-573, avrebbe constatato quanto i mutamenti socio-economici si fossero riverberati sull'« organismo costituzionale giuridico dello Stato », spostando « i cardini sui quali l'ordinamento costituzionale liberale si fondava ». A fronte dello sviluppo industriale e del parallelo complicarsi dello spazio sociale, lo Stato aveva assunto funzioni tecniche ed industriali, si era fatto regolatore e mediatore prima, imprenditore e datore di lavoro dopo, accorciando « la distanza che correva tra società e Stato ». Uscito dal suo « isolamento », che lo aveva collocato « da solo di fronte alla società », lo Stato si era ormai vigorosamente « inserito nel pieno del mondo sociale ». Gli attributi della sovranità e della personalità, che Capograssi, sotto questo profilo prendendo le distanze dallo « scetticismo giuridico » di Duguit, riteneva di dover confermare in quanto « ineliminabili categorie del diritto pubblico », andavano pertanto ripensati alla luce di uno statuto pluralistico.

do sulla realtà sociale, sarebbe subentrata l'esigenza di conseguire un ordine politico fondato non più su una base unitaria, ma su un equilibrio fra « un complesso di soggetti sociali e politici, articolati in gruppi d'interesse, in partiti, in sindacati » (198). La crisi del modello liberale, pertanto, sarebbe deflagrata, sul piano politico, fra primo dopoguerra e avvento dei regimi totalitari, quando più forti si fecero la pressione dei movimenti popolari e la domanda di partecipazione politica delle masse, insieme al rifiuto dell'idea secondo cui la borghesia liberale fosse la classe costituzionalmente delegata a fare gli interessi di un'intera nazione (199).

Tuttavia, se si eccettua l'esperienza della Repubblica di Weimar, fondata su una costituzione pluralistica e « comunitaristica », su una concezione partecipativa e sociale della « democrazia come conflitto tra valori e come contrasto tra diritti », 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 (200). 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, ora all'insegna del sistema normativo, ora dello Stato, ora del diritto popolare (201).

Il richiamo dell'unità, in qualche misura, riaffiorava già nel

(198) M. FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, cit., pp. 596-599.

(199) Sugli aspetti costituzionali della crisi si leggano i contributi raccolti nel volume *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, a cura di P.L. Ballini, Venezia, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, 2005.

(200) Cfr. rispettivamente P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 232-238, e G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, in particolare pp. 77-115. Più ampiamente, sul costituzionalismo weimariano, M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, Beck, 2002, pp. 74-124.

(201) G. ZARONE, *Crisi e critica dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, Napoli, Esi, 1982, p. 144. In questo senso anche M. FIORAVANTI, *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, specialmente pp. 197-217.

normativismo kelseniano, che pur rompendo in molti punti con la « tradizione giuridica dell'Ottocento » — dalla demitizzazione del concetto di Stato al rifiuto di una nozione omogenea di popolo — avrebbe poco valorizzato il momento pluralistico, almeno rispetto a quanto sarebbe accaduto con le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra ⁽²⁰²⁾. Se sul piano della filosofia politica Kelsen (1881-1973) 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, nel tentativo di superare l'aporia tra assolutezza del potere statale ed efficacia limitativa del diritto, ad un « monismo formalistico » imperniato sul rispetto di parametri formali gerarchicamente collegati ⁽²⁰³⁾.

Per eliminare il « falso dualismo di stato e diritto » ⁽²⁰⁴⁾, il giurista praghese dissolveva lo Stato nel diritto, riduceva lo Stato ad un sistema di norme e identificava « il diritto » con l'« ordinamento statale », risolvendo nell'unità ordinamentale la dicotomia tra Stato e diritto ⁽²⁰⁵⁾. In questo modo egli elideva “per confusione” uno dei termini dell'aporia (lo Stato), ma non abbandonava le istanze di unità, ordine e semplicità che a partire dalla Rivoluzione francese

⁽²⁰²⁾ Sul rapporto di Kelsen con la tradizione teorica dello Stato-persona cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. II, pp. 605-656.

⁽²⁰³⁾ P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 136-138. « Il problema della cosiddetta autoobbligazione dello Stato » — avrebbe sostenuto H. KELSEN, *General theory of law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas Compass, 1966, p. 203 — « è uno di quegli pseudoproblemi che risultano dall'erroneo dualismo fra Stato e diritto ». Per la visione democratica di Kelsen si vedano specialmente i saggi *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929, trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, e *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, Braumüller, 1924, trad. it. *Il problema del parlamentarismo*, entrambi in ID., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1984⁵, rispettivamente pp. 35-144 e 145-180.

⁽²⁰⁴⁾ H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, 1929, trad. it. *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, p. 124.

⁽²⁰⁵⁾ P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 131-136. Sull'abbandono, da parte di Kelsen, della nozione di Stato-persona propria della giuspubblicistica dell'Ottocento, M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 610-625.

avevano dominato il dibattito pubblicistico. Al contrario egli ritrovava l'unità attraverso un'originale rilettura del legalismo ed una rinnovata semplificazione del quadro delle fonti: nell'unità del metodo e nell'unità dell'ordine giuridico nel suo « automovimento », nella coerenza logica del « sistema di norme », che si scopre essere privo di contraddizioni ⁽²⁰⁶⁾, in « un ordine ideale unitario » che « si contrappone alla molteplicità del reale, della natura, dell'essere » ⁽²⁰⁷⁾.

All'interno della visione dinamica e plurilivellare disegnata con la *Stufenbaulehre*, in altri termini, Kelsen ribadiva a più riprese l'« esigenza teorica di un presupposto unitario, sulla cui base si possa fondare l'unità dell'ordinamento » e ricondurre ad unità la « molteplicità degli atti statali e rapporti di potere puramente fattuali » ⁽²⁰⁸⁾. « La *norma fondamentale* », capace di ricondurre ad unità di sistema la « molteplicità di norme », avrebbe fondato, « con l'unità, la *sovranità* dello Stato » ⁽²⁰⁹⁾. 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 valere come ordine totale » e « unico » ⁽²¹⁰⁾. Lo Stato, « come unità », non

⁽²⁰⁶⁾ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 111-126.

⁽²⁰⁷⁾ A. CARRINO, *Kelsen e il tramonto della sovranità*, in ID., *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 81.

⁽²⁰⁸⁾ H. KELSEN, *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, 1923-1924, trad. it. *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit., p. 111. Sul carattere dinamico dell'ordinamento giuridico M. BARBERIS, *Kelsen, Paulson, and the Dynamic Legal Order*, in *Hans Kelsen's legal theory. A diachronic point of view*, edited by L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 49-61. Sul funzionamento in concreto della teoria kelseniana B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino, 1999.

⁽²⁰⁹⁾ H. KELSEN, *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien, 1926, trad. it. *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, in ID., *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, Esi, 1994, pp. 63-64.

⁽²¹⁰⁾ Ivi, p. 65. « L'unità di un sistema di norme significa la sua unicità » — argomentava H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, appendice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 417 — « ciò è semplicemente una conseguenza del principio di unità, principio basilare per tutta la conoscenza, ivi compresa la conoscenza delle norme ».

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 »⁽²¹¹⁾, l'« ordinamento giuridico totale », ossia la sua « unità personificata »⁽²¹²⁾: 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 »⁽²¹³⁾. 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 »⁽²¹⁴⁾.

In maniera del tutto diversa, in Italia, la dottrina fascista rielaborava il nesso organico fra Stato e società intorno ad un modello statocentrico, facendo dello Stato totale l'elemento nel quale risolvere la dimensione pluralistica del sociale⁽²¹⁵⁾. Già nel 1920, prima ancora della marcia su Roma, Alfredo Rocco (1875-1935) confidava nella capacità unificante dello Stato per superare la crisi descritta da Santi Romano agli inizi del secolo⁽²¹⁶⁾. Se la « crisi dello Stato » derivava dal suo dissolversi « in una moltitudine di aggregati minori, partiti, associazioni, leghe, sindacati, che lo vinco-

(211) H. KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, cit., p. 51.

(212) ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 198.

(213) ID., *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, cit., p. 58.

(214) ID., *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 51.

(215) Sulla dottrina fascista dello Stato e sui diversi modelli giuspolitici del Fascismo cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., specialmente pp. 65-146. Ma sul perpetuarsi, ben visibile in molti giuristi del Ventennio, dell'opzione pluralistico-storicistica romaniana, in risposta alla « semplicità perduta », P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 119-214.

(216) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1920-21, Università di Padova, 15 novembre 1920, in ID., *Scritti e discorsi politici*, vol. II, *La lotta contro la reazione antinazionale (1919-1924)*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 631-645. Sul pensiero giuridico di Rocco rimane fondamentale l'opera di P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963. Per una collocazione delle tesi di Rocco all'interno del dibattito culturale sulla crisi dello Stato, specie in rapporto alle teorie di Orlando e di Romano, cfr. L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, cit. Sull'evoluzione politica di Rocco, in relazione al ruolo dei partiti e dello Stato, S. BATTENTE, *Alfredo Rocco. Dal nazionalismo al fascismo. 1907-1935*, Milano, FrancoAngeli, 2005.

lano, lo paralizzano, lo soffocano », 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 ed indifferenziata » (217).

Poiché, infatti, lo Stato non era altro che la stessa « società in quanto si organizza sotto un supremo potere », il suo trionfo si sarebbe trasmesso alla società insieme al prevalere, nella « vita degli organismi sociali », del « principio della organizzazione, rappresentato dallo Stato », rispetto a quello della « disgregazione, rappresentata dagli individui e dai gruppi » (218). Respingere l'« assalto delle nuove forze disgregatrici, che attentano alla sovranità dello Stato », pertanto, significava spegnere « lo spirito dissolvitore, individualistico, antistatale » che aveva pervaso la civiltà liberale, senza che questo implicasse un annullamento dell'organizzazione degli interessi professionali (219). Tutt'altro: l'associazionismo di coloro che esercitavano lo stesso mestiere costituiva una componente ineliminabile della società politica, « un fenomeno di tutti i tempi, naturale ed incoercibile », che andava però da parte dello Stato monopolizzato e diretto, 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 » (220). Lo Stato, quale « organismo etico », avrebbe quindi dovuto, secondo Rocco, tornare alla « vecchia tradizione interrotta dal trionfo dell'ideologia liberale », assorbendo i sindacati e trasformandoli in « suoi organi », proclamandone « la obbligatorietà » e ponendoli

(217) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, cit., pp. 631-636. Si tratta della stessa posizione statalista sostenuta nel medesimo anno da O. RANELLETTI (1868-1956), *I sindacati e lo Stato*, Prolusione al corso di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione letta all'Università di Napoli il 9 febbraio 1920, in « *Politica* », XV, 1920, pp. 257-279, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Lo Stato*, Napoli, Jovene, 1992, pp. 369-393.

(218) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, cit., pp. 632-633.

(219) *Ivi*, pp. 634-636.

(220) *Ivi*, pp. 637-639. Cfr. G. SIMONE, *L'organizzazione delle masse al servizio dello Stato. Alfredo Rocco e l'origine del corporativismo*, in « *Clio* », XLIII, 2007, 3, pp. 439-464.

« risolutamente » sotto il suo controllo, « determinandone con precisione le funzioni, disciplinandone la vigilanza e la tutela in una forma di autarchia non eccessivamente svincolata » (221).

Quando negli anni Trenta, nel pieno del regime, Giorgio Del Vecchio (1878-1970) sarebbe tornato sulla « crisi 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 » (222). 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, ed imprimendo, per così dire, il proprio formale sigillo sopra le loro spontanee energie » (223). La « tendenza unitaria » imponeva un delicato lavoro « di assorbimento e di inquadramento », affinché lo Stato prevalesse su « tutti gli elementi che potrebbero trarlo a dissoluzione », incanalando, se non avesse voluto « esserne sommerso », i processi spontanei di organizzazione e produzione giuridica che individui e gruppi avrebbero incessantemente alimentato (224).

Del Vecchio così riconosceva, in quanto conforme « al naturale ordine delle cose », « l'origine parzialmente extrastatuale del diritto », la trama policentrica e la dimensione pluriordinamentale della società, la vivacità creativa delle « organizzazioni collettive » e la pluralità delle fonti giuridiche, ne rilevava anche le potenzialità di

(221) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, cit., pp. 640-642.

(222) G. DEL VECCHIO, *La crisi dello Stato*, Roma, Pallotta, 1934², p. 15, ma può leggersi il testo, che riproduceva una conferenza pronunciata all'Università di Bucarest il 12 maggio 1933, anche in ID., *La crisi dello Stato*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1933, pp. 684-706 (p. 688 per la citazione). Tornava sul tema, con tutt'altra prospettiva, anche G. INGROSSO (1877-1968), *La crisi dello Stato*, Napoli, Ceccoli, 1925, che imputava la « crisi dello Stato » alla degenerazione della prassi costituzionale dello Statuto, dovuta all'antiparlamentarismo dell'ideologia fascista, tale da soffocare ogni rappresentanza di interessi plurimi ed ogni rappresentazione sul piano politico della molteplicità sociale.

(223) G. DEL VECCHIO, *La crisi dello Stato*, cit., p. 16.

(224) Ivi, pp. 16-18.

arricchimento e di completamento, ma a condizione che la molteplicità venisse « assimilata », ordinatamente ricondotta all'unità dello Stato (225). Solo così, attraverso un « processo di *statualizzazione* » volto ad accogliere « la spontanea produzione del diritto », lo Stato avrebbe raggiunto « la sua più perfetta unità, come supremo ed effettivo coordinatore di tutte le energie, e armonizzatore di tutti i diritti e di tutti i doveri degli individui e dei gruppi » (226).

La via intrapresa dal Fascismo per superare lo stallo nel quale languiva lo Stato liberale, dunque, si avvaleva di una tradizione disciplinare già collaudata, ispirata « al tema dell'unità, all'immagine dello Stato come concrezione e garanzia ultima dell'unità del politico, come elemento determinante del processo di unificazione del molteplice (dei gruppi sociali, degli organi) » (227). Dello Stato di diritto si salvavano la visione statocentrica e la riduzione del giuridico a legalità formale, ma da un lato la dimensione statale si dilatava ora fino a pervadere le più lontane propaggini della società, dall'altro il diritto si impregnava di un'eticità (Stato etico), derivante dalla supremazia dello stesso « Stato fascista », che il duce e gli organi del regime, anziché il Parlamento di matrice liberale, avrebbero trasfuso nella legge (228).

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

(225) Ivi, pp. 18-22.

(226) Ivi, pp. 41-42.

(227) P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita*, cit., p. 135.

(228) Una preziosa analisi storiografica sulla nozione e sulla natura dello « Stato fascista », anche nel suo rapporto con la tradizione liberale e con la seguente stagione democratica, è quella di S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010. Cfr. anche, sul rapporto della dottrina fascista dello Stato con la tradizione dello Stato liberale, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., pp. 217-343. A proposito dello « Stato etico », attraverso il cui volere si sarebbe attuato l'« ethos » nella forma della « giuridicità essenziale » (Battaglia), si sarebbero adempiuti « i fini che sinteticamente noi chiamiamo *storici* » (Panunzio), si sarebbe interpretato e realizzato « il tesoro delle forze etiche della Nazione » (Redanò), si vedano in primo luogo F. BATTAGLIA, *Stato etico e Stato di diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1937, poi in Id., *Scritti di teoria dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 189-244; S. PANUNZIO, *Lo Stato di diritto*, Città di Castello, Il «Solco», 1921, pp. 145-168; U. REDANÒ, *Lo Stato etico*, Firenze, Vallecchi, 1927.

dello Stato totalitario le diverse forze politiche, economiche e sociali del paese. 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'unità ⁽²²⁹⁾.

Se la legge Acerbo rappresentava il primo passo verso un regime politico a partito unico, i provvedimenti contro la libertà di stampa e d'opinione, i poteri di vigilanza, ispezione e scioglimento delle associazioni, il controllo centralistico degli organismi economici e delle amministrazioni decentrate contribuivano a edificare uno « Stato totalitario » nel quale imbrigliare le tendenze pluralistiche della società civile ⁽²³⁰⁾. L'invenzione dello Stato-corporativo, portata a compimento tra 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 ⁽²³¹⁾:

⁽²²⁹⁾ E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo. Dal radicalismo nazionale al fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁽²³⁰⁾ Per un quadro delle modificazioni costituzionali intervenute sotto il regime fascista cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1948*, Roma-Bari, Laterza, 1996¹⁵, pp. 357-387, R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, Carocci, 2002, pp. 199-231, e G. MELIS, *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, vol. VI, Torino, Utet, 1991, pp. 259-273. Sulla discussa definizione di « totalitario » per lo Stato fascista si veda E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 2002, soprattutto pp. 63-71. Sull'organizzazione dello Stato fascista sono essenziali A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1995, e i volumi dedicati da R. DE FELICE al Fascismo, tra i quali, in particolare, *Mussolini il fascista*, vol. II, *L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Torino, Einaudi, 1968, e *Mussolini il duce*, vol. I, *Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, Einaudi, 1974². Sull'amministrazione fascista G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 269-381. Sul regime a partito unico, i suoi risvolti politici e costituzionali, P. POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Bologna, Il Mulino, 1984.

⁽²³¹⁾ Il processo di edificazione dello Stato corporativo, con le sue implicazioni sociali e le sue ripercussioni sull'economia, è ben ricostruito da A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010, del quale cfr. anche *Lo Stato corporativo fascista: una ricognizione su studi e fonti*, in « Le Carte e la Storia », 2001, 1, pp. 181-195. Si veda inoltre, soprattutto per misurare l'effettivo funzionamento del sistema

il recupero della complessità sociale si realizzava attraverso la trasfigurazione degli organismi sociali in organi di Stato, secondo un modello che riconduceva gli organismi intermedi ad unità, inglobandoli ed assorbendoli, inquadrandoli e incorporandoli nell'« omnicomprensiva unità dell'organismo statale » (sindacati di Stato) ⁽²³²⁾. L'affermazione di una visione del giuridico semplice ed 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 » ⁽²³³⁾.

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 liberale ⁽²³⁴⁾. All'indomani della notte dei lunghi coltelli, riprendendo i discorsi pronunciati da Hitler il 3 ottobre del 1933 davanti all'associazione dei giuristi tedeschi e il 13 luglio 1934

corporativo, S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia, in Il regime fascista*, a cura di A. Aquarone e M. Vernassa, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 327-355. Sull'influenza del corporativismo fascista sul quadro costituzionale dello Stato italiano B. SORDI, *Corporativismo e dottrina dello Stato in Italia. Incidenze costituzionali e amministrative*, in *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen*, herausgegeben von A. Mazzacane, A. Somma, M. Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 129-146. Per l'analisi della dottrina corporativa del Fascismo si vedano soprattutto L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1984, e I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽²³²⁾ A. SCIUMÈ, *Nostalgie giuridiche del Novecento: l'individuo e la costruzione della 'città corporativa'*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G.P. Massetto, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2020.

⁽²³³⁾ La Carta — sulla cui genesi, sui cui contenuti e sui cui scopi è sufficiente rinviare alla corposa (anche se non certo distaccata) voce di A. CIOFFI, *Carta del lavoro*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, Utet, 1937, pp. 891-898 — è edita anche da A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 477-481.

⁽²³⁴⁾ Il riferimento è al *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* del 24 marzo 1933. Sui fermenti della dottrina dello Stato e sui problemi organizzativo-costituzionali emersi durante l'età weimeriana cfr. i saggi raccolti in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1987.

davanti al *Reichstag*, Carl Schmitt (1888-1985) poteva ormai illustrare come la recente storia tedesca, segnata dalle debolezze emerse nella Prima guerra mondiale e dall'ingovernabilità palesata dalla Repubblica di Weimar, 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 giuridico ⁽²³⁵⁾. Proprio l'aver compreso questi errori dava al *Führer* « la forza » e « il diritto » di fondare « un nuovo Stato e un nuovo ordine », che avessero al cuore non lo Stato e la sua legge, ma il popolo e il suo diritto ⁽²³⁶⁾. 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 » ⁽²³⁷⁾. 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 portavoce ⁽²³⁸⁾.

Nel modello che Schmitt battezzava « Führerstaat », nel quale, a differenza di quanto si verificava nello « Stato liberale », il governo, la legislazione e i giudici non « si controllavano reciprocamente in maniera sospettosa », era dunque nel *Führer* e nel suo *Richtertum* che si aveva la più alta garanzia di conforme attuazione del diritto ⁽²³⁹⁾. 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

⁽²³⁵⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », XV, 01.08.1934, cc. 945-950. La nota visione di un liberalismo tedesco debole, diviso tra « Stato militare » e « costituzionalismo borghese », compromesso da un « dissidio » emerso nel conflitto costituzionale prussiano del 1862-1866 ed esploso durante la Prima guerra mondiale, era specificamente illustrata in C. SCHMITT, *Compagine statale e crollo del Secondo Impero Tedesco. La vittoria del borghese sopra il soldato*, in ID., *Principii politici del Nazional-socialismo*, Firenze, Sansoni, 1935, pp. 109-169.

⁽²³⁶⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht*, cit., c. 946.

⁽²³⁷⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁸⁾ Ivi, c. 947. Sulla concezione oggettivistica e materialistica del diritto in Schmitt, che spostava l'asse del giuridico dalla legalità della norma legislativa alla legittimità della prassi e dell'amministrazione, M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 625-653.

⁽²³⁹⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht*, cit., c. 948.

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 diritto ⁽²⁴⁰⁾: lo Stato-persona e la società degli individui ⁽²⁴¹⁾. Il popolo nella sua unità, sostituito l'individuo nella sua singolarità, prendeva il sopravvento sullo Stato: la protezione e la realizzazione del diritto popolare era affidata al *Führer*, capo del Partito Nazionalsocialista, dal quale dipendeva « il destino dell'unità politica del popolo tedesco » ⁽²⁴²⁾.

Schmitt assumeva quindi come pacifico il dato romaniano della pluralità, ma rilevava contemporaneamente l'insufficienza dello Stato, quale mero « apparato », ad assorbire il livello di conflittualità politica della società novecentesca ⁽²⁴³⁾. Non era lo Stato, quale entità data e preesistente, a poter aprioristicamente risolvere, con il suo diritto legale, la molteplicità politica, sociale ed istituzionale. L'unità politica era invece il risultato dell'« unità decisionale », che aveva il suo fulcro nelle decisioni delle forze capaci di imporsi come sovrane: l'unità-sovranià stava nella « volontà decisiva », prerogativa di chi contemporaneamente era « legislatore supremo, giudice supremo e capo supremo, ultima fonte di legalità e ultimo fondamento di legittimità » ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴⁰⁾ Ivi, c. 949. Cfr., su questa « *totalità* dell'unità politica », C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, Anseatische Verlagsanstalt, 1933, trad. it. *Stato, movimento, popolo*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza, 2005, pp. 255-312, ma soprattutto pp. 264-272.

⁽²⁴¹⁾ Era da questa identificazione che derivava — come C. SCHMITT segnalava già nel 1931 in *La svolta verso lo Stato totale*, trad. it. in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 2007, p. 247 — lo « Stato totale dell'identità di Stato e società ».

⁽²⁴²⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht*, cit., c. 949. « Adolf Hitler » quale « Guida politica del popolo tedesco che nel Reich tedesco è politicamente unito » (*Stato, movimento, popolo*, cit., pp. 258 e 262).

⁽²⁴³⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, 1930, trad. it. *Etica di Stato e Stato pluralistico*, in ID., *Posizioni e concetti*, cit., pp. 217-236.

⁽²⁴⁴⁾ C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932, trad. it. *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 213-214.

Archiviato il modello classico dello « Stato di diritto », nient'altro che uno « Stato legislativo » nel quale al legislatore si riconosceva l'arbitrio di eliminare con « un tratto di penna » interi capitoli del diritto consuetudinario e 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 ad 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 »⁽²⁴⁵⁾. Lo Stato liberale di diritto avrebbe funzionato solo a condizione di una « congruenza » tra « diritto » e « legge formale », mentre il nuovo Stato nazional-socialista avrebbe fatto affidamento su organi giudiziari e amministrativi direttamente a contatto col diritto e con la giustizia⁽²⁴⁶⁾.

La nozione di Stato di diritto, ancora fondata, nella versione elaborata dai « padri della costituzione di Weimar », sull'idea di « libertà nello Stato » e su una definizione formale di diritto come volontà del legislatore statale, andava rivista, come sintetizzato da Otto Koellreutter, nel segno dell'« ordine nazionale del popolo » e

⁽²⁴⁵⁾ Ivi, pp. 211-228. Cadeva ogni « separazione liberale-costituzionale di legislativo ed esecutivo » e il governo esprimeva « un vero e formale diritto legislativo », oltre a detenere in via esclusiva « ogni iniziativa legislativa » (*Stato, movimento, popolo*, cit., p. 263). Si vedano ancora, contro il formalismo giuridico di quel « liberale Individualist » che « denkt gesetzesstaatlich » e « normativistisch », conto il « Normativismus » formalistico dello Stato liberale di diritto, spazzato via dalla « Rivoluzione nazional-socialista », C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in « Deutsche Verwaltung », XI, 1934, pp. 35-42, e *Was bedeutet der Streit um den « Rechtsstaat »?*, in « Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », XCV, 1935, pp. 189-201. Sulla nozione di « Stato amministrativo » in Schmitt, come Stato nel quale campeggia, di pari passo con « l'immedesimazione » fra Stato e società, « la misura amministrativa correlata alla condizione delle cose », l'« effettività » anziché la « legalità », M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XL, 1986, pp. 769-794.

⁽²⁴⁶⁾ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 228-230. Sul fondamentale ruolo del giudice, la correttezza della cui decisione avrebbe dovuto verificarsi non in base al principio di legalità, ma al « postolato della certezza giuridica », basato sul criterio della conformità alla decisione che sarebbe stata adottata da « altro giudice normale », si veda ovviamente C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 1912, München, Beck, 1969².

della « garanzia istituzionale » assicurata dai poteri decisionali ⁽²⁴⁷⁾. Con la « Rivoluzione del marzo 1933 », che seppelliva lo « Stato liberale di diritto », prendeva forma anche in Germania uno « Stato di diritto nazionale », nella forma dello « Stato tedesco nazionalsozialista », che portava alla ribalta « la sostanza politica del popolo tedesco » ⁽²⁴⁸⁾. Mentre con il « parlamentarismo » della democrazia assumeva forma politica « la maggioranza dei cittadini come individui », con lo « Stato di diritto nazionale » diventava protagonista « il corpo organico del popolo quale unità compatta » ⁽²⁴⁹⁾. Lo Stato del *Führer* avrebbe ripristinato il collegamento virtuoso fra « razza » e « Stato », « Blut und Boden », « popolo » e « territorio »: il *Führer*, attraverso il quale si esprimeva la « volontà popolare », era l'« espressione » dell'« unità politica » del popolo, il simbolo di questa unità ⁽²⁵⁰⁾.

Schmitt, così, finiva per adottare un punto di vista antilegalistico, antistatualistico, antivolontaristico: il diritto per lui non era *Sollen*, ma *Sein*, non era legge positiva, ma realtà di un « ordinamento concreto » che « sorge in una evoluzione involontaria », procede storicamente e viene « savignianamente », dall'amministrazione, dal Presidente, dal capo, dal giudice e dalla scienza giuridica (« ultimo asilo del diritto e della coscienza giuridica ») raccolto e recepito ⁽²⁵¹⁾. Un diritto quindi ancorato a contenuti, valori e

⁽²⁴⁷⁾ O. KOELLREUTTER, *Der nationale Rechtsstaat zum Wandel der deutschen Staatsidee*, Tübingen, Mohr, 1932.

⁽²⁴⁸⁾ Ivi, pp. 7-10. Sulle divergenze tra Schmitt e Koellreutter, incentrate soprattutto sulla compatibilità (sostenuta dal secondo) fra la nozione di « Rechtsstaat » e lo Stato nazionalsozialista, P. CALDWELL, *National Socialism and Constitutional Law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter, and the Debate over the Nature of the Nazi State, 1933-1937*, in « Cardozo Law Review », XVI, 1994, pp. 399-427. Sulla teoria del *Führerstaat*, come espressione della « forza di un popolo la cui caratteristica fondamentale deve essere considerata ... l'omogeneità che nasce dalla comunione del sangue e della razza », P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 143-145.

⁽²⁴⁹⁾ O. KOELLREUTTER, *Der nationale Rechtsstaat*, cit., p. 14.

⁽²⁵⁰⁾ Ivi, pp. 28-31.

⁽²⁵¹⁾ C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, conferenza tenuta negli anni 1943/1944, Tübingen, 1950, trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, in *Dottrine dello Stato tra Vienna e Weimar*, a cura di A. Carrino, Napoli, Esi, 1996, pp. 147-184. Cfr. A. CARRINO, *L'Europa e il diritto. Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, in Id., *Sovranità e Costituzione*, cit., pp. 113-138.

principi, opposto ad una legalità « neutrale, avalutativa e aqualitativa, formalistica e funzionalistica in quanto priva di contenuto » (252). Perciò doveva accogliersi un concetto di costituzione come « decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica », come « condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale » (253). La costituzione 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 » (254).

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 tedesco (255). Se in Germania si era formata, conformemente all'art. 48 della Costituzione di Weimar, che conferiva al Presidente « una pienezza illimitata di potere » (256), una prassi costituzionale « dello stato d'eccezione economico-finanziario insieme con un potere di ordinanza sostitutivo della legge », significava che il pluralismo partitico dello « Stato legislativo » era inadeguato al quadro politico, economico e sociale

(252) C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 230-231.

(253) ID., *Verfassungslehre*, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 15-57. Cfr. D. GRIMM, *Costituzione e legge fondamentale dall'Illuminismo a oggi*, cit., pp. 147-153.

(254) C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, trad. it. *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 199. Il Führer come « legislatore supremo », « sommo giudice della Nazione », custode del « diritto comune tedesco » e dello « stato giuridico tedesco » (C. SCHMITT, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, in « Deutsches Recht », VI, 1936, p. 185). Sul « complesso costituzionale plebiscito-Presidente-burocrazia », M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 625-653.

(255) C. SCHMITT, *Etica di Stato e Stato pluralistico*, cit.

(256) ID., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, 1934², trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 38.

del Novecento, al quale ben più efficacemente si adattava l'« unità decisionale » dello « Stato economista » ⁽²⁵⁷⁾. 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.

⁽²⁵⁷⁾ Id., *Il custode della costituzione*, cit., p. 199. Con lo « Stato a un solo partito della Germania nazionalsocialista » si sarebbe scongiurato « il pericolo » di una « lacerazione pluralistica della Germania in parecchi partiti totalitari », in « partiti politici delle più varie specie, sindacati e potenti leghe economiche, Chiese e società religiose, spesso organizzazioni fisse chiuse di tipo nazionale, confessionale o altro » (*Stato, movimento, popolo*, cit., pp. 264 e 283). Da questa convinzione la legge contro la formazione di nuovi partiti del 14 luglio 1933. Sull'« antipluralismo » e sul « pregiudizio monistico » di Schmitt, che lo inducono a considerare antidemocratico ogni sistema pluripartitico e a privilegiare invece un partito totale in sintonia con la concezione dell'eguaglianza democratica come omogeneità del popolo, S. FORTI, *Liberalismo, partiti ed unità politica nell'interpretazione di Carl Schmitt*, in « Il Mulino », 1985, 4, pp. 538-561, ma specialmente pp. 546-557.