

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

([HTTP://WWW.AMMINISTRAZIONEINCAMMINO.LUISS.IT](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it))

un laboratorio formativo e sperimentale

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del
Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe di Gaspare

Cerca Amministrazione in Cammino

QUADERNI DELLA RIVISTA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/quaderni-rivista/>)
NOVITA' EDITORIALI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/novita-editoriali/>)
REPRINT (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/reprint/>)
AMBIENTE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/ambiente/>)
AMMINISTRAZIONE ED EUROPA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-ed-europa/>)
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazioni-pubbliche/>)
APPALTI PUBBLICI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/appalti-pubblici/>)
DIRITTO DI INTERNET – OSSERVATORIO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-di-internet/>)
FEDERALISMO ED AUTONOMIE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/federalismo-ed-autonomie/>)
GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/giurisprudenza-costituzionale/>)
LAVORO PUBBLICO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/lavoro-pubblico/>)
PARLAMENTO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/parlamento/>)
DIRITTO SANITARIO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-sanitario/>)
POLITICHE SOCIALI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/politiche-sociali/>)
SEMPLIFICAZIONE ED INNOVAZIONE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/semplificazione->

ed-innovazione/)

SERVIZI PUBBLICI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/servizi-pubblici/>)

SCUOLA DELL'AUTONOMIA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/scuola-dellautonomia/>)

AMMINISTRAZIONE CONDIVISA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-condivisa/>)

DIRITTO DELL'ECONOMIA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-delleconomia/>)

DIRITTO DELL'ENERGIA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-dellenergia/>)

RESOCONTI E CONVEGNI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/convegni-e-resoconti/>)

DIRITTO DELL'ECONOMIA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-delleconomia/>) » note e commenti (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-delleconomia/note-e-commenti-diritto-delleconomia/>) »

Metateoria del positivismo giuridico

01.07.2016

SOMMARIO: 1. Metodo, oggetto e paradigma della ricerca scientifica. – 2. Il metodo nel diritto pubblico tra scienza e dottrina. – 3. La dottrina veicolo del cambiamento di paradigma. – 4. Il riduzionismo positivista del diritto alla “datità normativa”. – 5. Suo contrasto con la concezione tradizionale del diritto quale rapporto tra persone. – 6. L' organicismo come tentato adeguamento della concezione tradizionale alla crisi dello stato di diritto. – 7. La prospettiva organicista: dalla sfera esterna della “personalità” alla sfera interna della “capacità” dello Stato (Orlando). – 8. L'impasse della dinamica giuridica: il paradosso del rapporto unisoggettivo dello Stato (Jellinek). – 9. Incongruità dei tentativi di soluzione della dinamica giuridica all'interno del paradigma del rapporto (Romano, Donati). – 10. La dottrina pura del diritto ed il cambio di paradigma (Kelsen): dallo Stato di diritto allo Stato legislativo e la riduzione del diritto alla datità normativa. – 11. La fuoriuscita dalla trappola antropomorfa e la caduta nel nichilismo giuridico dello jus publicum continentale.

Di Gaspare (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2016/06/Di-Gaspare-metateoria-.pdf>)

di Giuseppe Di Gaspare



Scarica documento (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2016/06/Di-Gaspare-metateoria-.pdf>)

ISCRIVITI ALLA NEWSLETTER

Email

INVIA

• Privacy (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/privacy-3/>) • Copyright (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/copyright>)

Amministrazione in Cammino

Rivista registrata presso il Tribunale di Roma in data 29/12/2005, n. 542/2005. Codice ISSN 2038-3711

Copyright 2015 Luiss Guido Carli Viale Pola 12, 00198 Roma italy

LEGGI LA NEWSLETTER

LEGGI ([HTTP://WWW.AMMINISTRAZIONEINCAMMINO.LUISS.IT/LEGGI-LA-NEWSLETTER/](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/leggi-la-newsletter/))

Metateoria del positivismo giuridico

Giuseppe Di Gaspare¹

16 marzo 2016

SOMMARIO: 1. Metodo, oggetto e paradigma della ricerca scientifica. – 2. Il metodo nel diritto pubblico tra scienza e dottrina. – 3. La dottrina veicolo del cambiamento di paradigma. – 4. Il riduzionismo positivista del diritto alla “datità normativa”. – 5. Suo contrasto con la concezione tradizionale del diritto quale rapporto tra persone. – 6. L’ organicismo come tentato adeguamento della concezione tradizionale alla crisi dello stato di diritto. – 7. La prospettiva organicista: dalla sfera esterna della “personalità” alla sfera interna della “capacità” dello Stato (Orlando). – 8. L’impasse della dinamica giuridica: il paradosso del rapporto unisoggettivo dello Stato (Jellinek). – 9. Incongruità dei tentativi di soluzione della dinamica giuridica all’interno del paradigma del rapporto (Romano, Donati). – 10. La dottrina pura del diritto ed il cambio di paradigma (Kelsen): dallo Stato di diritto allo Stato legislativo e la riduzione del diritto alla datità normativa. – 11. La fuoriuscita dalla trappola antropomorfa e la caduta nel nichilismo giuridico dello *jus publicum* continentale.

1. Metodo, oggetto e paradigma della ricerca scientifica

La concezione del metodo, quale strumentario dell’indagine scientifica nettamente separato dall’oggetto, è legata all’affermazione nel XIX secolo del positivismo con il quale si afferma appunto la netta separazione tra ricercatore e ricerca da un lato e la realtà indagata intesa come oggetto già posto (*positum/positivo*) preesistente al di fuori ed indipendentemente dal soggetto ed in quanto tale non in grado di interferire con il metodo con cui il soggetto indaga. Il positivismo, a partire da quelle che allora venivano chiamate le scienze esatte, si estende progressivamente alle scienze economiche sociali e giuridiche. Un metodo fondato sulla logica matematica, analitico sistematico di astrazione concettuale in un processo che va dal particolare al generale ordinando e classificando a sistema gli elementi che emergono dalla ricerca, in modo da consentire una rappresentazione simbolica generale e settoriale della realtà mondiale e fornirne conseguentemente un’univoca interpretazione.

Questa concezione determinista della scienza è stata progressivamente revocata in dubbio e relativizzata proprio dalle scienze esatte dalla fisica quantistica a partire dopo Einstein dalla matematica probabilistica nonché dalla filosofia (Wittgenstein).

¹ Scritto destinato alla raccolta degli scritti in ricordo di Antonio Romano.

I punti problematici di arrivo di questo dibattito revisionista del positivismo si addensano intorno alla messa in discussione della cesura tra la realtà indagata e il soggetto inquirente. Definizione convenzionale del cercato, comportamenti, esperienza del cercante, significati e interpretazione della ricerca paiono ordinarsi in un *continuum* senza soluzioni di continuità fino a giungere ai risultati della stessa. Si assiste così alla tendenziale generale riconduzione del problema del metodo e dell'oggetto all'interno della definizione dello stesso ambito problematico di ricerca e di enunciazione delle modalità di indagine e comunicazione scientifica.

Riaffiora, in questa diversa prospettiva, il significato originario della parola metodo (dal greco: meta – oudos) tra – strada/passaggio. Il metodo sarebbe allora (o piuttosto tornerebbe ad essere) il tracciamento di un percorso verso un esito anche ignoto. In questo senso l'indagine scientifica non sarebbe altro che la ricerca di una via di uscita da un problema quindi una pista da aprire in ogni modo per superare una situazione di stallo (Feyrabend)

In quest'ultima accezione, la ripresa della discussione sul metodo costituirebbe allora già di per sé una forma di manifestazione della crisi. Essa sarebbe sintomatica di una situazione di incertezza connessa alla ricerca di una soluzione. Il dibattito sul metodo sarebbe dunque la spia della rottura di un sottostante paradigma epistemologico e della rielaborazione in corso di un linguaggio in grado di comprendere diversamente una fenomenologia che non si riesce più a decifrare in modo persuasivo (Kunt).

Aderendo a questa impostazione, il dibattito sul metodo implicherebbe la ricerca di un nuovo paradigma di interpretazione e di comunicazione (sviluppo del discorso, del linguaggio e dell'interpretazione) per fuoriuscire da una impasse teorica e ermeneutica allo stesso tempo.

Secondo queste formulazioni, il discorso sul metodo, nella sua enunciazione teorica e applicazione pratica, verrebbero ad essere irrimediabilmente attratto e condizionato dall'oggetto della ricerca e finirebbe coll'apparire come problema al suo interno. Il metodo, dunque, non più uno strumento tecnico che precede ex ante l'indagine ma, all'opposto, un espediente del discorso che si mette a punto e si manifesta nel suo svolgersi e semmai costituisce, visto ex post, il precipitarsi del problema verso la sua soluzione.

Qualcosa del genere era anche nel sintagma "est modus in rebus". Un'interazione teorico/pratica in cui il modus appare coesistente alla concretezza del farsi delle cose nella specifica problematica intrinseca che aspira nel suo manifestarsi alla sua soluzione. In questo senso il discorso sul metodo si radica, dunque, nella discussione sulle "cose stesse" (Heidegger).

Questo diverso e successivo punto di vista sul discorso metodologico ci induce a spostare l'attenzione comprensivamente sull'oggetto e sul metodo e a domandarci di quali "cose" si stesse allora discutendo all'epoca della svolta positivista nella dottrina tedesca ed italiana del diritto pubblico, ove il positivismo giuridico prende inizialmente forma, ed in particolare, ci pone davanti al quesito se tale dibattito fosse in realtà la spia della crisi di un paradigma e l'esperimento di un tentativo di sua sostituzione?

2. Il metodo nel diritto pubblico tra scienza e dottrina

Ed in effetti l'approccio metodologico comprensivo che riconduce oggetto e metodo della ricerca in un comune plesso problematico si rivela particolarmente fecondo per indagare le origini del positivismo giuridico, la sua ragion d'essere come metodo della scienza giuridica, in quanto ci obbliga a porre espressamente il quesito di quale fosse all'epoca la situazione di stallo e quindi la crisi nella quale la scienza – o forse meglio – la dottrina fosse incappata e rispetto alla quale la risposta giuspositivista veniva a configurarsi come possibile via di uscita. Contestualizzare il discorso sul metodo, significa pertanto ricercare a suo fondamento la specificità del problema sotteso alla svolta operata da Orlando e dalla sua scuola sul finire della seconda metà del XIX secolo.

Nel far questo è necessario però in via preliminare sgombrare il campo dall'ambiguità epistemologica sottesa alla relazione tra "scienza" e "dottrina".

Nel lessico giuridico, i due termini vengono impiegati come sinonimi, anche se in realtà, come è evidente, non sono affatto coincidenti.

Ai nostri fini il punto è particolarmente rilevante poiché, nel linguaggio giuridico, l'equiparazione tra dottrina e scienza ha prodotto un occultamento del problema metodologico in quanto esso è riassunto e assorbito nella tradizione dottrinarica sulla quale il dibattito si radica e dalla quale prende le mosse la ricerca giuridica, l'interpretazione del diritto e la sua sistematica attualizzazione. In questo modo il discorso sul metodo tende a confondersi e a rifluire all'interno dell'attività di interpretazione e a trarre forza nel discorso giuridico dall'autorità della dottrina senza mai porre apertamente il problema del metodo come statuto scientifico della disciplina giuridica del diritto pubblico.

La dottrina non può porre apertamente il problema in quanto la sua legittimazione si basa sulla tradizione e sull'autorità su di essa costituita e consolidata in un *corpus* di dogmi e di costrutti concettuali – "gli istituti" – basati sulla tradizione tramandata. Sebbene il confronto non possa svolgersi in modo esplicito, la costruzione dottrinarica non è comunque rigida, ha un sua interna capacità di resilienza, sopporta qualsiasi adeguamento al margine purché ciò avvenga gradualmente nel rispetto della tradizione. Quello che la dottrina, dunque, non può accettare è esclusivamente un conflitto metodologico chiaramente esplicitato nei presupposti, con il rischio di rottura della coerenza con la tradizione poiché in questo si verrebbe a mettere in discussione il fondamento costitutivo della dottrina stessa come autorità. L'adeguamento compatibile è, in questo ordine di idee, quello validato dalla gerarchia accademica, che professa la dottrina e ne è custode e che accetta la compatibilità della modifica adattiva innestandola nel sistema preesistente (oppure adeguando ad essa il sistema pregresso). In questi processi adattivi, l'interpretazione dogmatica ricerca il punto di congiunzione e il passaggio al nuovo in modo da renderlo persuasivo e accettabile per tutti nella continuità. La dottrina non potrebbe sopravvivere senza l'attualizzazione continua nel quotidiano della tradizione dogmatica, può tollerare processi anche scismatici, ovvero interpretazioni minoritarie e una diversa rivisitazione dei dogmi, ma non l'eresia cioè il loro aperto ripudio.

Se accettiamo questo punto di vista e consideriamo la scienza giuridica essenzialmente dottrinarica dobbiamo conseguentemente ammettere che essa non può sopportare un discorso alternativo sul metodo come aperta rottura con la tradizione.

Ne consegue, pertanto, che il dibattito sul metodo sia destinato a rimanere sotteso e mascherato in quanto la dottrina – a differenza della scienza – non sarebbe in grado di accettare rotture epistemologiche. La sua esplicita posizione revocherebbe in dubbio il fondamento della tradizione, disconoscendo la continuità dell'insegnamento sulla quale l'autorità della dottrina si fonda.

La "disciplina" del diritto pubblico, nell'anfibologico richiamo del termine sia alla dottrina, come dogmatica, sia alla scienza si è dunque tenuta lontana dal porre apertamente la problematica metodologica salvo farvi continuo generico richiamo.

Si spiegherebbe così il motivo per cui il dibattito sul metodo abbia assunto un andamento "carsico" e la ragiona anche attuale per la quale il rapporto tra dottrina e scienza sembra tuttora un terreno di indagine poco esplorato dalla scienza giuridica. Non è il caso di andare oltre. È sufficiente, ai fini dell'attuale riflessione sul metodo nel diritto pubblico, l'aver posto l'accento sul versante "dottrina", in modo da poter meglio comprendere la necessità di contestualizzare il senso del dibattito sul metodo nel diritto pubblico che allora (non apertamente) si svolse.

Ripercorrendolo ex post, per dirla con Borges, quel dibattito sembra essersi svolto come un sotteso confronto tra diverse "intonazioni di una stessa metafora". Quella, nella specie, antropomorfa dello Stato. Attraverso il susseguirsi di diverse intonazioni/declinazioni, la metafora della persona dello Stato, nella sua essenziale relazione costitutiva della fenomenologia giuridica e, quindi, della realtà nel diritto pubblico, è stata spinta agli estremi della sua adattabilità, internamente svuotandosi di senso, finendo così con il dissolversi.

3. La dottrina veicolo del cambiamento di paradigma

Benché tutto il dibattito sia rimasto velato, ciò non vuol dire che il discorso dottrinario non sia capace al suo interno di salti. Anzi, per capire il meccanismo di adattabilità della dottrina, non dobbiamo commettere l'errore di immaginarla schiacciata dalla tradizione tramandata e sotto l'egida perpetua della stessa. In realtà, la dottrina vigente, nel momento che richiama la tradizione, la compendia, negandola come insegnamento presente se non filtrato dalla mediazione della dottrina attuale che si sostituisce alla tradizione dominandola e occultandola nel suo discorso.

Empiricamente, siamo immediatamente consci di questo *modus operandi*, quando poniamo mente alla rarefazione dei riferimenti dottrinari ai maestri del diritto nel tempo. Una volta scomparsi, il loro insegnamento, come la tradizione già dagli stessi tramandata, subisce una caduta verticale, tende a diradarsi ed è sostituita dall'insegnamento attuale senza apparente soluzione di continuità, ma con un effetto di cesura sotteso, dunque ancora più marcato, in quanto appunto non esplicitato ed ottenuto per silente rimozione. Anche la rivisitazione dei maestri in genere serve solo in quanto adattata a confermare l'insegnamento vigente. Non è una novità e non riguarda solo il diritto. È un riscontro più generale nelle scienze umane e in questo senso, *la tradizione che prende il predominio tende così poco a rendere accessibile ciò che "tramanda" blocca l'accesso alle fonti fa dimenticare la provenienza, ...maschera*" (Heidegger).

Il mascheramento è, dunque, funzionale e necessario alla manipolazione concettuale adattiva della stessa dottrina tramandata in modo da conformarla al presente senza metterla in discussione. L'interiorizzazione dell'insegnamento passato

nel presente è pertanto il modo normale dell'adeguamento dottrinario di modo che l'insegnamento passato reso poco *accessibile* è gradatamente rimosso senza essere apertamente confutato. La tradizione vive nel quotidiano ed è trasfigurata nell'attualità dalla tradizione che ha preso il predominio e che, incorporando l'insegnamento passato, si pone come l'unico parametro di raffronto e di definizione della tradizione tramandata. In questo modo l'insegnamento della disciplina persiste in *continuum* filtrato e riadattato all'interno della dogmatica degli istituti giuridici.

Bisogna dunque ritenere che questa esigenza di continuità e questo meccanismo adattivo sia stato all'opera anche nella svolta del diritto pubblico all'epoca di Orlando e di Laband. La sistematica messa a punto dalla pandettistica è rielaborata dal giuspositivismo ma non messa in discussione. La rivisitazione avviene lasciando apparentemente immutati gli istituti giuridici tramandati (a partire da Gerber). Non è pertanto in questa direzione, all'interno della dogmatica giuridica, che va ricercato il senso e la portata della discontinuità metodologica messa in atto dalla svolta positivista.

Il discorso sul metodo nel diritto pubblico deve piuttosto essere estrapolato dal destino cifrato, in cui la tradizione, allora affermata come egemone, ha posto in luce se stessa relegando in un cono d'ombra la pregressa concezione dottrinaria, senza un confronto teorico, anche se la nuova tradizione è stata posta con una tonalità di discontinuità declamata, come un "prologo in cielo", ma mai indagata come tale.

Spostandoci su questo piano più radicale – sotteso al dibattito dottrinario – dobbiamo perciò porci la domanda se ed in che senso l'affiorare del problema del metodo abbia segnato invece una rottura con il precedente sistema dottrinario ed in che misura tale discontinuità costituisca e mascheri allo stesso tempo un cambiamento di paradigma e cioè un diverso modo di intendere l'oggetto del diritto, e dunque la rappresentazione della "realtà giuridica" da parte di giuspubblicisti.

Se il dibattito sul metodo nel diritto pubblico ha costituito, per dirla con Kunt, il dato sintomatico della rottura di un sottostante paradigma epistemologico e l'avvio della rielaborazione di un linguaggio giuridico in grado di comprendere diversamente la fenomenologia che non si riesce più elaborare in modo persuasivo sulla base del precedente paradigma, il quesito diviene allora quale era il precedente paradigma? Perché non era più adeguato ed è stato necessario rimuoverlo? In che modo è stato rimosso e sostituito nel dibattito dottrinario dal positivismo giuridico?

4. Il riduzionismo positivista del diritto alla "datità normativa"

Possiamo cercare di rispondere ai suddetti quesiti iniziando dall'ultimo e ricollegandoci alle considerazioni iniziali sul positivismo come metodo di analisi oggettivo della realtà. Sicuramente, se vediamo gli esiti finali è possibile affermare che con Orlando si inizia un percorso per cui la realtà giuridica si riconduce e si riduce esclusivamente al diritto posto dal legislatore. Nel discorso di Orlando e della sua scuola, il diritto positivo – è il caso di ricordare – si costituisce per la prima volta come "ordinamento" in se concluso. Alla sua interpretazione e sistematizzazione è rivolto il metodo giuridico che, nel far questo, deve espungere qualsiasi valutazione soggettiva e valoriale – etica o morale nonché filosofica o politica – che possa compromettere la ricerca obiettiva del senso delle disposizioni normative. Se questo è grosso modo l'obbiettivo della rivoluzione metodologica della scuola del diritto

pubblico del positivismo giuridico, il nuovo metodo così come professato non sembrerebbe a prima vista comportare una rottura con la concezione precedente della età della codificazione. All'epoca, alla fine del XIX secolo, l'idea che il diritto fosse essenzialmente di derivazione legislativa, almeno nella cultura giuridica continentale, era un dato acquisito così come la convinzione che l'imputazione del potere di legiferare (nel senso di codificare) spettasse unicamente al Parlamento mentre l'interpretazione delle leggi fosse di spettanza del giudice.

A prima vista, dunque, l'innovazione positivista sembra ridursi a un incremento marginale della percezione del giuridico, presentandosi come riaffermazione più marcata della derivazione statale del diritto. In realtà, con il positivismo giuridico, si fa un passo in avanti nella direzione dell'estensione della concezione del diritto grazie all'introduzione del concetto di "ordinamento giuridico" come sistema normativo in se concluso. Dal diritto oggettivo si ricavano come suo riflesso speculare così gli stessi "diritti soggettivi" con un loro stacco preciso e definitivo, anche se non esplicitato, dai diritti dell'individuo di matrice giusnaturalistica. Derivazione quest'ultima non ancora recisa nell'età della codificazione, in linea di continuità con il razionalismo giusnaturalista che considerava i diritti fondamentali innati negli individui e intrinseci alla loro personalità (giuridica). Con il positivismo giuridico invece "l'unico creatore del diritto" diviene lo Stato (Bobbio)

Il punto di cesura dalla codificazione a positivismo, può essere colto, retrospettivamente, nella teoria "dei diritti pubblici subiettivi" con la quale si sposta l'accento sulla loro origine nel diritto pubblico dello Stato. La nuova formulazione faceva compiere inavvertitamente un passo avanti decisivo nel ribaltamento del piano di rappresentazione della realtà giuridica da una concezione del diritto (pubblico), ancora come riconoscimento dei diritti dei singoli individui, ad una concezione che riduceva invece il diritto esclusivamente al diritto posto dalla Stato e, dunque, in cui il focus dell'analisi giuridica si spostava sulla "realtà normativa" in cui tali diritti venivano ad essere effettivamente configurati.

In questo slittamento – dal soggetto all'oggetto del diritto – si avverte il passaggio al positivismo nel suo duplice significato metodologico. Nella separazione netta tra l'oggetto – inteso appunto come realtà esterna al soggetto che indaga – e nella depurazione dell'attività di ricerca che si caratterizza distaccata, per lo strumentario utilizzato cioè per il metodo neutro e valutativo non condizionato ideologicamente dall'oggetto di indagine costituito come ordinamento in se neutro essendo in sé e per sé esclusivamente un insieme concluso di dati normativi. In secondo luogo, postulandosi l'identificazione della realtà oggettiva giuridica nella datità normativa si apriva pragmaticamente la strada all'affermazione di metodo scientifico di interpretazione del diritto – così come ancora oggi lo intendiamo – consistente nella sua analisi ed ordinata sistemazione concettuale in istituti attraverso l'interpretazione logico sistematica dell'ordinamento giuridico quale sistema normativo ordinato compiutamente secondo gerarchia e competenza delle fonti del diritto. È dall'interpretazione della "datità normativa", di fatto coincidente con la realtà giuridica, che noi abbiamo imparato a dedurre essenzialmente l'esistenza, la consistenza, l'effettiva sussistenza e "vigenza" dei diritti soggettivi.

5. Suo contrasto con la concezione tradizionale del diritto quale rapporto tra persone

L'approccio riduzionista del diritto alla datità normativa era però tutt'altro che scontato nella cultura giuridica liberale, all'epoca egemone, la quale, invece, ancora – e ancora a lungo – continuerà a pensare al diritto in termini di rapporti tra persone.

In quella visione, per la quale lo Stato appariva non come “produttore” di norme giuridiche ma, all'opposto, come “destinatario” delle norme poste esclusivamente dalla legge del Parlamento allo scopo precipuo di limitarne e contenerne la manifestazione del potere (non giuridico, di fatto) nei rapporti con i cittadini. Questa metamorfosi del ruolo dello Stato, da destinatario a produttore (e, contraddittoriamente, rimanendo al contempo destinatario) di norme giuridiche è un salto non da poco per la cultura giuridica liberale, ed è, soprattutto, un salto illogico se esplicitato apertamente.

Il mutamento di approccio oggettivo del positivismo implica, alla luce del paradigma dominante, il paradosso del *ne bis idem*. Come sia possibile che lo Stato persona sia al contempo un legislatore onnipotente il cui potere sia limitato dalla legge prodotta dallo stesso? La soluzione del paradosso, all'interno della concezione del diritto come rapporto tra persone, era tutt'altro che facile.

Questo paradosso, che non può essere esplicitamente formulato come tale, pone dunque la teoria del diritto pubblico di fronte al problema della “bilateralità unisogettiva” cioè del rapporto bilaterale all'interno di uno stesso soggetto: del rapporto dunque dello Stato con se stesso. Una rappresentazione scomposta della persona dello Stato insensata che non dà luogo ad una visione plausibile e alla quale non è possibile pervenire senza un brusco cambiamento teorico. Ma in che modo e in quale direzione?

Quando la scuola del diritto pubblico inizia la svolta, il discorso sulla interpretazione giuridica come metodo di applicazione del diritto positivo è comunque nella prassi già in stato di avanzata formazione. L'obbligo del giudice di non rifiutare il giudizio e di dover giudicare applicando la legge ricorrendo ai principi e all'analogia, senza potere invocare lacune normative racchiude all'interno delle norme di legge l'interpretazione giuridica. Ad un livello, ancora più empirico, ma non meno rilevante sul piano fattuale, i codici, la gazzetta ufficiale, lo sviluppo delle tecnologie di stampa hanno imposto, per la certezza dell'interpretazione giuridica, il primato del diritto scritto. Nella prassi. Ma nella prospettiva teorica, il cambiamento d'ottica nella rappresentazione della realtà giuridica dai diritti degli individui al diritto oggettivo esclusivamente posto dallo Stato non ha ancora preso forma. Anzi, il cambiamento cozza, nella testa dei giuristi con tutta la pregressa concezione che riconduce il diritto immediatamente agli individui quali persone e ai rapporti tra gli stessi. La concezione del diritto forgiata dalle rivoluzioni liberali aveva innestato nella tradizione del diritto come “rapporto tra persone” i nuovi status dei diritti fondamentali dell'uguaglianza formale e della libertà, ri-fondando, in questo senso, il diritto individuale sul riconoscimento dello status generale di cittadinanza. L'innesto della concezione liberale era comunque rimasto nell'alveo del diritto inteso come rapporto tra individui, come metodo di risoluzione dei conflitti tra gli stessi secondo ancora la formula aristotelica della “giustizia particolare”, sia “commutativa”

sia "distributiva", e con degli status di cittadinanza tramandati e configurabili comunque sempre all'interno dello schema del rapporto tra individui.

In questo senso la svolta positivista, che riduce e riconduce l'orizzonte del diritto alla "datità normativa", era piuttosto ardua da concettualizzare e da professare apertamente. Non solo tra i privatisti, ma anche per gran parte dei giuristi, ancora nella prima metà del secolo scorso, la concezione del diritto come rapporto rimane come fondante la categoria del giuridico. Una chiara riaffermazione dell'assioma è, ad esempio, in Ranalletti: *"Il diritto regola l'attività delle persone soltanto verso l'esterno, ne regola, cioè, e determina l'azione solo di fronte e in riguardo agli interessi dei terzi, non si occupa dell'uso che il soggetto fa delle sue cose, senza toccare gli interessi altrui, tutta questa attività rimane fuori dal diritto, è per il diritto indifferente."*

Il cambiamento di paradigma ha perciò preso nel diritto pubblico una pista diversa ed è rimasto occultato al di sotto del perfezionamento tecnico – metodologico della teoria giuridica dell'interpretazione come teoria dell'ordinamento giuridico. Come accennato, l'ordinamento giuridico ha svolto una funzione di intermediazione teorica nella transizione ad una nuova realtà giuridica. Una mediazione concettuale verso la datità normativa, intesa nel suo essere diritto come insieme, che ha funzionato da veicolo di trasferimento di senso, come schermo al disotto del quale la concezione del diritto come rapporto, caduta in un progressivo oblio, si è dissolta. Sarebbe però erroneo ritenere che tale operazione sia stata condotta intenzionalmente dalla scuola del diritto pubblico, sia italiana che tedesca, con l'obiettivo di una consapevole destrutturazione del precedente paradigma. In realtà, lo svuotamento di senso della concezione del diritto quale rapporto sembra essere stato piuttosto il risultato inintenzionale della volontà di adattare il precedente paradigma ponendolo su nuove, non contraddittorie, basi concettuali. È stato piuttosto il fallimento, cumulato, di diversi tentativi di adeguamento che ha comportato il logoramento e l'annichilimento della metafora della persona dello Stato fino all'apparizione, nel momento in cui la dottrina si sarà liberata definitivamente da quella ipoteca, del paradigma teorico positivista "autocentrato" grazie alla dottrina "pura" del diritto di Kelsen.

6. L'organicismo come tentato adeguamento della concezione tradizionale alla crisi dello stato di diritto

Cerchiamo allora di riguardare da vicino lo slittamento di senso nell'operazione metodologica messa in atto da Orlando e dalla scuola del diritto pubblico nei suoi presupposti storico fattuali di crisi dello Stato di diritto liberale.

Il discorso si articola nella sua essenzialità in due passaggi,

Con il primo, l'argomentazione si innesta nella continuità con la tradizione, ribadendosi il fondamento soggettivo del diritto ed in questo senso riprende l'analogia dello Stato all'individuo come "persona" giuridica cui era già pervenuta la cultura giuridica liberale.

Il secondo passaggio apre invece alla discontinuità. Qui si innesta l'innovazione resa necessaria dall'adeguamento della teoria del diritto come rapporto al mutato contesto monista del potere. Essa non è altro che il tentativo di sistematizzazione teorica dello, storicamente avvenuto, collasso del potere legislativo, transitato

“dall'esterno” – dalla società civile, – “all'interno” della persona dello Stato. nella transizione il Parlamento è attratto nella sfera dello Stato e da potere contrapposto alla Stato si trasforma in potere dello Stato e ne diventa allora – come noi oggi ancora affermiamo essere – “organo”.

L'Organicismo appare dunque la risposta immediata alla transustanziazione del Parlamento nella persona dello Stato. Ma nella prospettiva organicistica non tutto scorre per il meglio e il discorso giuridico si complica.

Il ragionamento deve collegarsi alla tradizione se non vuole destare un'istintiva reazione di rigetto, deve usare lo stesso lessico, ma al contempo concettualmente la metafora deve piegare verso la nuova formula.

Vediamo come. “*Nella sfera individuale – afferma Orlando – l'affermazione della personalità umana dà luogo all'istituto giuridico della capacità, non diversamente avviene per quel grande organismo che è lo Stato”.*

Ribadita l'analogia antropomorfa, Orlando – come per la personalità umana ma a differenza della stessa – sposta l'osservazione sul versante interno della persona giuridica su “*l'istituto giuridico*” della “*capacità*” – anch'essa altrettanto naturale per lo Stato come per l'individuo. Ma a fronte della nitidezza della analogia personalista, la comparazione tra le due *capacità* è invece appena accennata “*non diversamente*”. La metafora personalistica suggerisce identità – ovvia – anche nella *sfera individuale*, salvo la dissolvenza finale nel discorso con il riferimento al *grande organismo* dello Stato... che allude – quasi un messaggio subliminale – alla inevitabilmente *diversa capacità* propria del *grande organismo*. La differenza è implicita e lasciata, nei suoi ulteriori svolgimenti, all'intuizione consenziente del lettore. Se per lo Stato persona vale, dunque, il richiamo tradizionale all'assioma della personalità giuridica, su quella base è allora possibile fondare, spostando lo sguardo nella sua *sfera* interna, anche la fuorviante assimilazione della “*capacità*” dello stesso a quella che l'individuo esercita nella sua *sfera individuale*. Un potere nella sfera interna legittimamente fondato, allo stesso modo, sulla personalità sia individuale sia statale.

Nel ragionamento di Orlando la similitudine antropomorfa – come si vede – è forzata all'estremo proprio nel ripiegamento prospettico sulla sfera interna. Non è possibile andare oltre, pena la rottura della metafora e la complicazione della visione dello Stato come persona. Il punto di transizione rimane perciò sfuocato. È un passaggio critico, in contrasto con la tradizione dottrina che si rischierebbe di rompere accentuando troppo la prospettiva organicista. Nella transizione è necessario trovare una transazione con la tradizione tramandata. Ad Orlando, così come prima di lui alla dottrina tedesca, dalla quale ha recuperato strumenti concettuali e argomentazioni, lo slittamento riesce tutto sommato bene. Molto bene – verrebbe da dire – se riesce a trarre in errore, ancora a distanza di un secolo, anche la più avveduta storiografia del pensiero giuridico la quale coglie il passaggio all'organicismo ma non il sotteso occultato cambio di paradigma quando ritiene, sulla scia di Orlando, che l'“immagine antropomorfa” si innesti del tutto naturalmente sulla metafora organicistica dello Stato (Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento*, Milano, 1979, 256). In questo modo il pensiero giuridico tramandato ha preso così il sopravvento sradicando la storicità del diritto dalla riflessione sullo stesso e consegnando alla storiografia la ricostruzione di un pensiero giuridico apparentemente sconnesso dalla realtà del diritto e percepito essenzialmente come autoreferenziale. Una ricostruzione che proprio nel suo essere filologicamente oggettiva si allontana

fuorviandosi dal filo conduttore, sotteso a quel dibattito dottrinario, sulla trasformazione e il destino dello Stato di diritto.

Nella realtà storica, la vicenda ha preso un'altra piega. L'innesto organicista è stato assai complicato (Di Gaspare, *organizzazione amministrativa* in Digesto – Discipline pubblicistiche, 1994) e nonostante l'apparente continuità non è riuscito ad attecchire.

La ragione dell'insuccesso sfugge alla ricostruzione storico ideologica del pensiero giuridico. Essa non si coglie neppure dal punto di vista superficiale dell'"immagine" e dello "Stato immaginario". Alla lettura mitica dello Stato, ricondotta a tonalità emozionali e ideologiche, sfugge il senso recondito della metafora antropomorfa che è da ricercarsi invece a partire dalla comprensione dell'essenziale funzione tecnico – giuridica che la personalità giuridica dello Stato assolveva nel funzionamento dello Stato di diritto. Essa è piuttosto una "metafora epistemologica", nel senso indicato da Eco, "conoscitiva" ma, in questo caso, anche "costitutiva" della realtà giuridica. È perciò necessario, procedendo nel discorso, ricercare il significato effettivo della metafora antropomorfa per comprenderne la essenziale funzione tecnico giuridica.

Nel pensiero giuridico liberale, l'analogia antropomorfa era colta sul lato esterno, esclusivamente nel rapporto tra Stato e individui. La *personalità giuridica* dello Stato, infatti, serviva a contenerne e a sottometterne *la potenza dominatrice* all'imperio della legge del Parlamento.

Vediamo come nel seguente passo di Carrè de Malberg: "*il grande interesse dell'applicazione del concetto di personalità giuridica allo Stato e di soggettività bilaterale ai rapporti della potenza dominatrice è che solo questo concetto permette di trasformare questo potere di fatto in un potere di diritto, vale a dire in un potere giuridicamente regolamentato e limitato*. Il punto centrale nel discorso è *l'applicazione del concetto... di soggettività bilaterale ai rapporti*. Ai nostri occhi questa formulazione oggi può sembrare oscura. Di certo nessuno oggi utilizza più il concetto di *soggettività bilaterale*. Uno strumento concettuale obsoleto. Difficile capire perché, allora, fosse di così *grande interesse*.

7. La prospettiva organicistica: dalla sfera esterna della "persona" alla sfera interna della "capacità" dello Stato (Orlando)

La sua importanza si comprende bene solo se si pone mente alla struttura "dualista" dello Stato di diritto liberale.

Al fondo dell'analogia c'è un'esigenza "tecnica" del diritto. L'applicazione del concetto di personalità giuridica allo Stato aveva, infatti, consentito di sottomettere lo Stato alla legge, affermando così la concezione liberale dello Stato di diritto "come Stato sottoposto al diritto" (Di Gaspare, Stato sociale e stato di diritto in Forsthoft e Habermas, in JUS, 1994).

Nella concezione liberale dello Stato di diritto, il meccanismo giuridico che garantiva tale sottoposizione era appunto la soggettività giuridica bilaterale che fissava immediatamente i rapporti tra Stato e cittadini allo stesso modo con cui fissava i rapporti dei cittadini tra di loro. Il presupposto di fatto e di diritto del funzionamento del rapporto bilaterale era che la legge derivasse da un'entità – il Parlamento – non solo distinta ma contrapposta allo Stato, il quale, proprio per questa distinzione,

poteva essere destinatario di leggi che stabilivano i rapporti reciproci tra Stato e cittadini in termini di situazioni correlate (diritto/obbligo; diritto/dovere di astensione; potestà/soggezione) allo stesso modo tra gli stessi cittadini nel diritto privato. La trasponibilità metaforica della personalità apriva così la strada all'analogia giuridica e alla sottoposizione al diritto del Parlamento anche dello Stato (persona). Restiamo perciò ancora sulla personalità e soggettività bilaterale. Una sua visualizzazione mentale aiuta meglio a comprendere la dinamica fondata sul rapporto scaturente dalla legge. Data la distinzione tra Parlamento e Stato, grazie all'equiparazione di quest'ultimo a qualsiasi altra persona giuridica, diviene possibile porre lo Stato, per effetto della dinamica bilaterale della legge, in un rapporto con il cittadino alla stregua dei rapporti giuridici che intercorrono tra gli stessi individui. L'equiparazione dei rapporti giuridici pone sullo stesso piano di rappresentazione della realtà Stato e cittadini secondo schemi identici a quelli tra privati. L'equiparazione all'epoca comporta anche – è il caso di metterlo bene in risalto – una sostanziale identità metodologica tra il diritto pubblico e il diritto privato nel funzionamento egualitario dell'applicazione del diritto alle persone giuridiche correlate sia lo Stato siano i cittadini.

In questo senso – si può osservare – la specificità metodologica del diritto pubblico non sussiste ancora e, quindi, il problema del metodo non si pone ed la concezione del diritto è nella sostanza ancora unitario.

Con l'estensione del suffragio, il passaggio allo Stato democratico e l'affermazione della sovranità parlamentare la dinamica bilaterale entra in crisi per l'attrazione del Parlamento all'interno dello Stato. Una volta però che il Parlamento viene incluso nella "persona" dello Stato, cioè nella sua *sfera*, la dinamica giuridica basata sul rapporto bilaterale intersoggettivo non è più in grado di funzionare. Se il Parlamento fa parte ormai del *grande organismo* dello Stato, la dinamica bilaterale cessa di funzionare dall'esterno e la legge, che prende origine ora dall'interno della persona dello Stato, cioè dalla *capacità* dello Stato, non può più essere configurata contraddittoriamente come limite esterno della sua *persona*.

Orlando non affronta il problema dell'inciampo della dinamica giuridica, come cercherà di fare la dottrina successiva, ma avverte il paradosso e svia l'attenzione del lettore, nel passo citato, dal nodo problematico del rapporto interpersonale al versante interno della persona dello Stato, aprendo su di un altro punto di vista.

L'analogia sul versante interno batte ora sull'*istituto della capacità* che in quanto tale, cioè in quanto "istituto", appare immediatamente accreditato di una sua intrinseca giuridicità. Ci sia allontana dal versante esterno della manifestazione della *potenza dominatrice* di Carrè De Malberg e, al contempo, grazie all'istituto giuridico si opera una identificazione concettuale che consente il trasferimento di senso. Si trasforma in questo modo surrettiziamente quello che era in precedenza il *potere di fatto* nella capacità giuridica. La comparazione antropomorfa passa ora in secondo piano e messa fuori quadro grazie allo spostamento del discorso sul piano della capacità giuridica come istituto. L'approccio al potere in questo modo acquisisce l'astrazione concettuale della comparazione dogmatica tra istituti ove la diversa dimensione e consistenza del potere, dell'uno rispetto a tutti gli altri, è aprioristicamente lasciata fuori dal campo visivo e l'attenzione del lettore è immediatamente sviata all'esegesi giuridica dei contenuti della capacità giuridica dello Stato in quanto istituto. Siamo così transitati – quasi inavvertitamente – dall'approccio garantista, volto alla limitazione del potere dello Stato sul versante

esterno verso i cittadini, al suo studio obiettivo e asettico, come esame della struttura dell'istituto giuridico della capacità della persona (giuridica) nel suo esercitarsi nei confronti degli stessi cittadini.

In questo modo, Orlando affida alla omologazione concettuale del giurista, attivata dal riferimento dell'istituto, il prolungamento dell'analogia antropomorfa al versante interno...*non diversamente avviene*. C'è un salto immediato dall'astrattezza teorica al piano della concretezza giuridica. Così lo sguardo si richiude, nella prospettiva ravvicinata al diritto positivo, per osservare come lo stesso in effetti configuri positivamente quella capacità nel suo farsi. Sul diritto positivo, dunque, egli invita a concentrare (esclusivamente) l'attenzione e a fondare su di esso il metodo :”
Così il diritto pubblico è in tanto oggetto di una scienza positiva in quanto concretato nelle istituzioni di un popolo determinato, in quanto è diritto pubblico positivo. Noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di una idea ma della sovranità dei poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività effettiva”.

È il caso di rimanere sul testo.

Il nuovo oggetto di studio viene posto in evidenza con uno slittamento di senso, attuato con rapidi implicati sillogismi: *in tanto ... in quanto in quanto ...e*, poi, in una specie di contrappunto conclusivo, *non ma non come ma come*.

Il radicamento nella diversa realtà giuridica, mix di *istituzioni* e di *attività effettiva*, è raggiunto grazie ad un'aggettivazione incalzante e concretizzante: *concretata...determinata...positiva....esistente ... costituita ... effettiva*.

La suggestione della contrapposizione tra *diritti dell'uomo* e *tutela giuridica della sfera individuale*, a fronte dell'*effettività della tutela della sfera individuale*, relega i diritti dell'uomo nell'immaginario filosofico. Il sottostante rapporto intersoggettivo viene posto in un cono d'ombra e negato nel sostanziale affondo portato al razionalismo giuridico liberale confinato, anch'esso, nel limbo dell'astrattezza. Così, alla *sovranità di un'idea...dei diritti dell'uomo*, si contrappone la – ben più concreta – *sovranità dei poteri costituiti...alla mera potenzialità della libertà* (una disquisizione senza costrutto verrebbe da dire) – fa da contrappunto, in concreto, *la libertà ...come attività effettiva*.

8. L'impasse della dinamica giuridica e il paradosso della teoria del rapporto unisoggettivo dello Stato con se stesso (Jellinek)

L'operazione di cambiamento del quadro teorico, veicolata all'intero della preesistente metafora antropomorfa, con la riduzione prospettica al solo diritto positivo, copre ma non risolve il problema teorico pratico dell'inciampo della dinamica giuridica della norma bilatera. La ristrettezza dell'orizzonte teorico non quadra con la concezione dominante del diritto nella pandettistica, nel diritto romano e in quello privato, per cui il diritto regola rapporti tra soggetti. La visione bilatera è inoltre destinata a rimanere presente ancora a lungo nello stesso diritto pubblico. Benché la metafora organicistica rimanga sullo sfondo, e nel discorso di Orlando si sposti il punto di contatto antropomorfo sull'analogia tra la capacità giuridiche dello Stato e quella dell'individuo, la rappresentazione organicistica non può essere ulteriormente forzata in chiavi coerentemente applicative. La forzatura rischierebbe di

apparire intrinsecamente paradossale. C'è una forte distonia tra l'antropomorfismo semplice della persona giuridica dello Stato liberale e la nuova configurazione complessa della personalità organicista. L'organicismo cozza con la linearità della dinamica del potere legislativo basata sul rapporto bilaterale intersoggettivo e sulla genesi della produzione legislativa ad opera esclusivamente del Parlamento, "collocato", nel dualismo costitutivo dello stato di diritto liberale, nel campo della società civile come manifestazione della sovranità popolare e, dunque, al di fuori e contrapposto all'opposto polo della sovranità regia ove si situa lo Stato persona. È il meccanismo attrattivo/repulsivo tra società civile e Stato che tiene perciò in equilibrio i poteri e i contropoteri nello Stato liberale di diritto. Una volta che l'equilibrio "dualista" si rompe, con l'attrazione del Parlamento nella sfera interna dello Stato, il meccanismo collassa e la dinamica giuridica bilaterale si inceppa.

Lo Stato democratico "monista" – e poi lo Stato totalitario – con la riconduzione della fonte legislativa nella sua sfera interna, si trova dunque ad essere l'unico centro di sovranità e pertanto viene a trovarsi incoerentemente all'inizio e alla fine della dinamica legislativa. Lo Stato si manifesta ora quale "produttore" e al contempo "destinatario" delle (sue) norme. La metafora organicista, dà conto del mutamento ma non riesce a spiegare la dinamica giuridica. "L'organo" legislativo produce le norme che si rivolgono (anche) "alla persona giuridica" dello Stato. Un'immagine paradossale, degna di una scomposizione da quadro cubista. Se gli "organi" sono giuridicamente la stessa "persona" – cioè lo Stato – come possono determinarsi a partire dalla sua sfera interna – cioè dalla sua *capacità* – limitazioni del suo potere per effetto dell'esercizio della stessa capacità giuridica che non è altro che quella stessa capacità colta nella sua effettività?

Non si può posare lo sguardo sulla metafora antropomorfa organicista. Bisogna evocarla senza mostrarla. È come la Medusa, se la si guarda direttamente, si rimane accecati. Se si cerca di visualizzare lo Stato, al contempo nel suo duplice essere versante interno ed esterno, l'accostamento antropomorfo non regge. Lo sguardo si confonde e si stravolge. La percezione tramandata del diritto non offre soluzioni persuasive. L'aporetica configurazione che si intravede non è inquadrabile all'interno del paradigma della concezione del diritto come rapporto tra persone.

Orlando cerca di tenersi a galla, rimanendo alla superficie della nuova rappresentazione organicista. Restringe pragmaticamente l'attenzione al diritto "esistente", alla fenomenologia giuridica "positiva". Probabilmente non vuole – e non è in condizione – di uscire dal paradigma precedente del rapporto intersoggettivo e del diritto come ancora posto da fonte legislativa esterna allo Stato. Ma ne avverte la crisi.

La realtà del mutamento in atto è dura da accettare per un giurista di tradizione liberale. Uno Stato monista, monopolista del potere normativo, erode il bilanciamento dei poteri e la funzione di garanzia della legge a tutela dei cittadini. Coglie il disagio metodologico già Antonicelli (1927) ... Orlando *dopo avere affermato la statualità del diritto sostiene la distinzione tra diritto e legge nonché la preesistenza di quest'ultimo allo Stato e cerca dei limiti di diritto alla legge*. L'interiorizzazione della fonte legislativa nello Stato persona rende poco plausibile l'analogia della sfera interna libera ed indifferente per il diritto al pari della sfera individuale. Nel paradosso – esterno ed interno – dell'organicismo si radica il dibattito teorico intorno allo *Stato moderno e la sua crisi* (S. Romano).

Spetterà alla scuola del diritto pubblico di Orlando – e agli allievi di Laband – esplorare nuovi percorsi teorici. La crisi della “sogettività bilaterale” nello Stato ha fatto venire meno il limite garantista del potere statale.

Tutti i tentativi di soluzione del paradosso perciò rimangono a partire da Jellinek, nella dottrina tedesca e in quella italiana, nell’ambito del paradigma tramandato del diritto quale rapporto. Il rapporto giuridico come limite del potere funziona perciò da “invariante” in tutte le declinazioni dottrinarie. Sono formulazioni differenti ma generate dallo stesso paradigma. In chiavi operative non appaiono però risolutive. Sono poco persuasive nella loro dinamica e contraddittorie con il paradigma del rapporto tra persone se svolte coerentemente fino al loro esito finale. La soluzione definitiva la “teoria ultima” vedrà la luce, perciò, al di fuori dello schema del rapporto, con la fuoriuscita dal paradosso unisoggettivo, solo dopo che tutte le possibili varianti saranno state inutilmente declinate.

La “dottrina pura del diritto” di Kelsen genererà il nuovo paradigma, superando le secche dell’organicismo affrancandosi dalla persona giuridica dello Stato, dal rapporto giuridico, così come conseguentemente dall’individuo quale soggetto del diritto in quanto tale.

Il tragitto nel frattempo, a cavallo del secolo XIX, attraversa tentativi disparati alla ricerca di una nuova simmetria dello schema del rapporto e di una coerente dinamica giuridica in modo da ristabilire una realtà giuridica omogenea nella sua rappresentazione personalistica.

La configurazione antropomorfa semplice, della persona interna dello Stato come *indifferente* per il diritto, non regge nella transizione dallo Stato liberale a quello democratico. Il trauma sottostante è sotteso al passaggio dalla concezione dogmatica del principio di legalità da “riserva di legge materiale” a principio di legalità “formale.” Non si tratta di un’estensione di ambito della vigenza principio di legalità, come normalmente a prima vista si è portati a ritenere, ma piuttosto del suo ribaltamento. La riserva di legge materiale del Parlamento agisce all’esterno della persona dello Stato come limite al suo potere “di fatto” nei rapporti con i cittadini in quelle materie (libertà e diritti fondamentali) “guarentigiate” dalla legge. Il principio di legalità formale all’opposto viene a porsi a fondamento del potere dello Stato che in questo modo appare, nel suo manifestarsi nei riguardi dei cittadini, non più come manifestazione di un potere di fatto bensì di un potere legale ed in quanto tale legittimato e rafforzato.

Ma l’attraversamento da parte della legge della sfera interna dello Stato non è privo di complicazioni. Il fondamento monista del potere e la penetrazione della legge nella sfera degli apparati e degli uffici dello Stato rompe il dualismo tra potere legale e potere di fatto e non consente più di affermare l’esistenza di un potere interno *indifferente* per il diritto. L’affermazione di questo unitario principio dell’azione dello Stato dischiudendo la sfera interna alla penetrazione della norma di legge mette in crisi la dinamica legislativa come rapporto tra persone e quindi inficia definitivamente l’esperibilità dell’analogia antropomorfa semplice della personalità giuridica dello Stato. L’interiorizzazione del potere legislativo non si concilia infatti con la dinamica bilaterale della norma di legge, in quanto tale dinamica non trova, all’interno della persona dello Stato, altre soggettività cui agganciarsi per la configurazione del rapporto giuridico intersoggettivo. Le diverse ipotesi tentate per la trasposizione del rapporto bilaterale all’interno dell’amministrazione (– come inter-istituzionale, inter-organico, come rapporto tra competenze, o come rapporto tra norme di relazione e di

azione-) nella loro articolazione concreta non riescono a tradursi in coerenti meccanismi operativi.

Osserviamolo più da vicino il punto di impasse. *La teoria giuridica, anzi la tecnica del diritto, conosce le norme, la norma regola i rapporti, il rapporto presuppone almeno due soggetti; se non vi sono rapporti non vi sono norme. Ora, dunque, la pietra angolare dell'edificio è di riconoscere allo Stato la qualità di soggetto.* In altri termini se la *tecnica del diritto presuppone almeno due soggetti ... e se non vi sono rapporti non vi sono norme*, il quesito che si pone è come si fa concretamente ad estendere l'ambito di applicazione della legge se non si rinvergono soggettività nella sfera interna dello Stato? Risolvere l'enigma significa escogitare una soluzione metodologica nel senso di inventarsi un nuovo strumento (tipo di soggetti, tipi di rapporti o di norme) che confermi adeguandolo il paradigma del diritto come regola dei rapporti intersoggettivi.

La visione antropomorfica colta sul versante interno organicistico è sotto pressione. La metafora antropomorfica semplice non funziona più. La dottrina del diritto pubblico cerca nuove strade per risolvere il (suo) sottostante problema teorico, anzi potremmo dire, a questo punto più esattamente, tecnico, della dinamica del potere giuridico dello Stato attraverso lo Stato.

La ricaduta problematica della inadeguatezza dell'antropomorfismo organicista giace al fondo della "teoria dell'autolimitazione" dello Stato.

Jellinek vuole rispondere alla difficoltà di rappresentazione teorica prospettando un'altra ipotesi di dinamica giuridica basata sul un preliminare negozio di auto obbligazione dello Stato con se stesso. L'ipotesi non regge. "Una limitazione che può essere creata modificata o soppressa da chi la stabilisce non può essere considerata una autolimitazione". Duguit ha ragione ma nella contraddittoria formula è posto il germe della soluzione di Kelsen. Ci torneremo in chiusura di questo saggio, dopo aver richiamato sinteticamente i tentativi della ricerca dei limiti di diritto alla legge dello (e allo) Stato messi in atto all'interno della equazione diritto = rapporto giuridico in particolare nel diritto pubblico italiano. Sinteticamente e schematicamente, non dando perciò conto della ricchezza delle articolazioni di quel dibattito e come si è cercato di fare in un precedente più approfondito studio sul potere pubblico. È da tenere presente, infatti, che nel dibattito dottrinario che allora si svolse si manifesta una sottesa intrinseca complicità tra i contendenti dovuta alla comune finalità di adeguamento della metafora senza mai porla apertamente in discussione. La necessità di mantenere il confronto entro il paradigma del diritto come rapporto, salvaguardandone l'essenza, dunque, definisce l'oggetto del contendere e stempera la polemica. La metafora va maneggiata con cura e poco esposta nella sua essenziale vacuità simbolica. In questo senso, il dibattito ha un andamento "carsico" sfumato e intermittente. Intonazioni diverse, notazioni solo marginalmente divergenti, repentini cambi di prospettiva e allusioni indirette alle altrui prospettazioni. È un scontro soprattutto tra prospettive. Mai attacchi diretti con il rischio di porre in dubbio la sostanziale sottesa condivisione della metafora antropomorfica dello Stato.

9. Incoerenza dei tentativi di soluzione dell'impasse teorica della dinamica giuridica rimanendo all'interno del paradigma del rapporto (Romano, Donati)

La nascita delle teorie giuridiche dell'organizzazione e dei "rapporti organizzativi" lasciano apparire il riflesso problematico del nuovo profilo dinamico interno alla pubblica amministrazione.

Nella dottrina italiana le risposte fondamentali sono rinvenibili in Guicciardi, De Valles ed in particolare ed in modo più compiuto nei lavori di Romano e di Donati. Qualche breve cenno in questo saggio solo a questi ultimi due.

Due teoriche divergenti che si posizionano agli antipodi dello schema dell'equazione diritto e rapporto giuridico e che si contenderanno l'egemonia nel diritto amministrativo italiano nella prima metà del secolo scorso. Per quanto opposte, sono entrambe interne al paradigma del rapporto bilaterale inter-soggettivo che cercano di impiantare nel nuovo orizzonte teorico positivista, a partire dalla teorizzazione dell'ordinamento giuridico come insieme normativo/giuridico in se validamente e logicamente concluso.

Entrambi gli autori operano delle scissioni interno/esterno o diritto/fatto o giuridico/legale che però non riescono a ricomporre in un unico piano fenomenologico di rappresentazione della realtà giuridica e della dinamica normativa e, pertanto, le loro costruzioni teoriche dell'ordinamento giuridico saranno destinate ad un insuccesso.

Donati (Zitellman in Germania) continua ad identificare il potere giuridico esclusivamente con quello legislativo che regola necessariamente e solo ed esclusivamente i rapporti intersoggettivi. Aderendo alla tradizionale concezione liberale del diritto, la sua ricostruzione dell'ordinamento giuridico (= legislativo) si mantiene esclusivamente sul versante esterno dello Stato, quello cioè dove impatta l'effetto della norma di legge. Per riproporre il contenuto garantista della legge nei confronti dello Stato, ne limita la capacità sulla base della contrapposizione tra *competenza generale esclusiva* dell'individuo (alias libertà personale) e *competenza particolare inclusiva* della persona giuridica dello Stato inscrivendo, in questo modo, nella capacità giuridica dello Stato il limite esterno posto dalla norma di legge di attribuzione della competenza, salvaguardo, al contempo, in questo modo la funzione garantista della legge. Per effetto dell'identificazione del "giuridico" con il "legislativo", Donati limita con la *norma generale esclusiva* il potere di fatto dello Stato tutelando la libertà degli individui. In base ad essa infatti per l'individuo tutto quello che non è vietato è lecito. La *norma particolare inclusiva* limita, invece, il potere dello Stato alle specifiche competenze attribuite dalla legge. In sintesi, mentre l'individuo può fare tutto quello che è "lecito" che non arreca danno a terzi, lo Stato può fare solo quello che è "legittimo" in quanto previsto da una norma di legge.

Donati mantiene la concezione della legge garantista come riserva di materia e, al contempo, apre al principio di legalità dell'azione amministrativa dello Stato come fondata sulla competenza. Ma la persona dello Stato è solo forma esterna, mera "maschera" giuridica. Non c'è una dimensione interna dunque dello Stato persona e non ci sono perciò "organi" cui estendere la giuridificazione dei rapporti interni in base alla norma di legge. Ma per applicare il rapporto giuridico bilaterale Donati è costretto a spostare lo Stato su un diverso piano fattuale di rappresentazione della

realtà qualificandolo come "persona reale". Una dimensione fattuale che si risolve o per meglio dire si dissolve nei rapporti al suo interno tra individui quali funzionari. Un accostamento eccessivamente bipolare tra persona reale e finzione "maschera" della persona giuridica ontologicamente incoerente per cui lo Stato è da lato il complesso dei suoi funzionari e dei rapporti tra gli stessi e dall'altro rapporti giuridici tra cittadini ed una persona maschera giuridica. Il contrasto tra due piani contraddittori di rappresentazione della realtà giuridica rende contraddittoria l'elaborata costruzione teorica. S. Romano coglie il punto quando allude all'inconsistenza di questa dicotomica rappresentazione della persona dello Stato, mostrando che come persona reale non possano configurarsi solo rapporti tra individui senza svuotare dall'interno e all'apice di ogni consistenza la stessa personalità giuridica dello Stato.

Romano, nel suo lavoro sull'ordinamento giuridico, sembra prendere le mosse proprio da questa impasse teorica postulando una diversa scissione ontologica interno/esterno non contrapponendo più "giuridico" e "fatto", ma estendendo il concetto di giuridico al di là della dimensione legislativa comprendendo nella dimensione del giuridico anche il potere interno dello "Stato" in quanto "Istituzione", la quale appunto essendo "ordinamento" è dotata di congenita giuridicità.

Superando l'identità tra legislativo e giuridico, nella sfera interna dell'Istituzione, dotata di autonoma intrinseca giuridicità, Santi Romano può così affermare l'esistenza di rapporti giuridici interni e con il ricorso alla nozione di "figura soggettiva" (ripresa e ulteriormente sistematizzata da Giannini) li pone su di un piano di rappresentazione simbolica in cui il soggetto del rapporto non necessariamente è dotato di personalità giuridica. Già nell'incipit della sua opera teorica fondamentale "L'ordinamento giuridico" Romano pone chiaramente il problema affermando la necessità di muovere da una concezione più ampia del giuridico ed in questo senso "bisogna innanzitutto rimuovere la concezione parziale" del diritto oggettivo, andando al di là della sua identificazione esclusivamente con la legge e da qui parte la critica a Donati che conduce al superamento della contrapposizione esterno/interno in termini di diritto/fatto.

La potestà dello Stato ... che alcuni scrittori reputano una potestà di fatto, un attributo pregiudiziale dello Stato medesimo ... va, invece, ricondotta al campo del giuridico. E qui Romano riprende e sviluppa il discorso abbozzato dal suo maestro Orlando sulla *sfera interna* e sulla *capacità giuridica* spostando ancora più avanti il punto di osservazione dalla "persona" all'"istituzione" e dalla *capacità* al "*potere*": "... ma il momento giuridico deve rinvenirsi.... non nella norma che manca ... ma nel potere".

Dopodiché, fissato il potere giuridico come coesistente all'istituzione che *implica dei rapporti, ma non si risolve in essi, anzi è a questi preordinata*, Romano ci introduce a nuove ipotesi di rapporti giuridici – non necessariamente tra individui ma tra "figure soggettive" – che si svolgono all'interno dell'istituzione. Romano non riesce però a portare a termine in chiavi applicative il suo ragionamento non arrivando a fornire una rappresentazione convincente del rapporto interno/esterno della relazione tra "potestà legislativa" e "supremazia speciale" interna in termini di gerarchia e di dinamica giuridica tra fonti geneticamente separate. In particolare, non riesce l'aggancio alla dinamica della norma legislativa, nel momento in cui il principio di legalità, basato sulla norma di legge attributaria della competenza, trapassa, come azione amministrativa, nella sfera dei rapporti giuridici interni

all'istituzione (in particolare, quella dello Stato) per fuoriuscirne, nuovamente – e, per così dire, al termine del percorso – in quanto rivolta ai cittadini.

10. La dottrina pura del diritto ed il cambio di paradigma: dallo Stato di diritto allo Stato legislativo e la riduzione del diritto alla datità normativa

Nessuno degli approcci teorici qui richiamati riesce a prendere il predominio e fondare persuasivamente una nuova dinamica giuridica salvando la coerenza con il paradigma del rapporto giuridico. Per quanto suggestivi e suscettibili di applicazioni parziali questi tentativi si siano rivelati, essi falliscono nello scopo ultimo di adeguamento della conoscenza tecnica dell'oggetto del diritto alla tradizione del diritto quale rapporto. Non riescono infatti a risolvere la contraddittoria raffigurazione della bilateralità della norma in cui era incappata la dottrina continentale con la fuoriuscita dallo Stato di diritto liberale e l'incorporazione dell'assemblea legislativa nella sfera interna della persona dello Stato. Anzi, nel tentativo di passare comunque attraverso la strettoia del rapporto e contrastandosi, le une con le altre, proprio su quel punto, le diverse proposte declinazioni del paradigma del rapporto non hanno fatto altro, in definitiva, che stressarne la resilienza ponendo meglio in luce l'inermità degli sforzi di esperibilità di plausibili soluzioni del paradosso del rapporto unisoggettivo dello Stato. Il declino della concezione del diritto quale rapporto è accelerato nei fatti dall'estensione della produzione normativa, che riduce progressivamente le pratiche giuridiche e l'orizzonte della riflessione dei giuristi alla datità normativa. Allorquando si sarà stratificata nella prassi la nuova percezione del giuridico, esclusivamente collegato alla disposizione della legge – come sua interpretazione testuale –, sarà possibile rompere definitivamente il cordone ombelicale con il precedente paradigma e operare, su nuove basi, la conciliazione della teoria con la tecnica del diritto, grazie alla scoperta di una nuova dinamica giuridica della norma che prescindere definitivamente dallo schema del rapporto bilaterale e farà meno anche della personalità dello Stato.

È dunque di Kelsen il merito/demerito di avere portato la teoria del diritto (pubblico) fuori dalla trappola antropomorfa, sottraendola – come egli stesso afferma – a “*la pressione di un linguaggio giuridico antropomorfizzante*” soddisfacendo così “*la vecchia esigenza della teoria giuridica positivista di concepire la persona fisica e la persona giuridica come essenzialmente identiche*”, eliminando entrambe dal campo teorico del diritto e abolendo con esse il dualismo interno/esterno della persona dello Stato e la dinamica della norma di legge bilaterale.

Per recidere il nodo che la dottrina precedente non era riuscita a dipanare, Kelsen, nella dottrina pura del diritto, torna al punto di partenza, all'immagine aporetica “autocontradittoria” del rapporto unisoggettivo dello Stato con se stesso elaborata del suo maestro Jellinek nella teoria generale del diritto pubblico. Conserva la parte utile della teoria dell'*autobbligazione*, cioè l'effetto normativo, stabilendo, però, le condizioni di coerenza necessarie al suo dispiegamento, recidendone la sottesa contraddittoria matrice del rapporto unisoggettivo dal quale l'*autobbligazione* derivava. Poco plausibile la rappresentazione di uno Stato onnipotente che pone un vincolo giuridico a se stesso. Ancora meno convincente, conseguentemente, un'*autobbligazione* giuridicamente efficace come mera volizione interna allo stesso soggetto. Tutte le teoriche successive a Jellinek – come si è accennato – nella ricerca

del limite del potere dello Stato avevano elaborato diverse possibili declinazioni all'interno del paradigma del rapporto bilaterale. Inutilmente. Kelsen – si può dire – prende atto di questo fallimento e mette la parola fine su quei tentativi e, ripudiato lo schema del rapporto, fonda ex novo il paradigma positivista della realtà giuridica.

Kelsen, dunque, fa salvo l'effetto dell'autolimitazione – come effetto imperativo/normativo – eliminando dalla scena il sottostante rapporto di autobbligazione che l'aveva prodotto – separa cioè l'effetto dalla sua causa, definitivamente fuoriuscendo dalla “pressione antropomorfizzate”. La *Grundnorm* su cui si fonda il diritto – e sulla quale si impianta originariamente la dinamica della norma giuridica – offre una prospettiva alla conoscenza del diritto radicalmente diversa. La dinamica della norma si sviluppa secondo l'ordine della produzione dell'effetto e della sua imputazione in un “ordinamento giuridico” in cui non appaiono né soggetti né rapporti. Con questa rimozione radicale Kelsen porta la teoria generale del diritto (pubblico) al di fuori dell'organicismo e dall'infranta simmetria del rapporto intersoggettivo nelle quali la dottrina precedente, a partire dal suo maestro Jellinek, era rimasta incagliata.

La dottrina pura del diritto completa e dà coerenza al positivismo, riuscendo nell'operazione concettuale di fornire una comprensione simultanea – statica e dinamica insieme – della “realtà giuridica” traguardata come ordinamento e percepita come omogenea in quanto datità normativa. Un po' più nel dettaglio.

Kelsen fa salvo l'effetto del negozio giuridico bilaterale di autolimitazione di Jellinek, ma lo assume, infatti, in termini d'ipoteticità della norma come limite intrinseco genetico del diritto, trasferendolo, però, in un diverso campo teorico.

Kelsen forza l'aporetica immagine dell'autobbligazione fino al punto di rottura della sottostante raffigurazione del “negozio con se stesso” dello Stato. Egli ipostatizza la mera potenzialità dell'effetto giuridico di autolimitazione sussumendo quello che per Jellinek era l'effetto, del precedente rapporto giuridico unisoggettivo, nel dover essere *sollen* della norma (se A, allora B). Seppellisce così *ab origine* dietro la pietra tombale della *Grundnorm* il rapporto giuridico bilaterale ormai inammissibilmente sincopato nel rapporto unisoggettivo dello Stato. In questo modo l'aporetica immagine dello Stato che si autolimita obbligandosi con se stesso, viene rimossa attraverso una radicale modifica del campo teorico. Eliminato lo Stato soggetto come destinatario della norma dalla dinamica della produzione giuridica, si può fare a meno anche dell'inciampo della relazione bilatera tra soggetti ed in questo senso la produzione del diritto è depurata anche dalla presenza della personalità giuridica. Diviene così possibile ridurre la dinamica normativa all'ordine scalare della produzione dell'effetto giuridico e occultare i fenomeni soggettivi dietro l'elegante e fantasmagorica categoria dell'imputazione giuridica.

Come direbbe Oscar Wilde: l'effetto non si cura della sua causa e così per Kelsen l'effetto primo originario del dover essere, in sé e per sé considerato, dispiega in modo concatenato il dover essere del diritto come energia coesistente al suo manifestarsi a prescindere dalla negozio fondativo del potere che l'avrebbe generata. (per questa ricostruzione dei rapporti tra Jellinek e Kelsen, cfr.: G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p.48; una successiva circostanziata conferma è nella rilettura di D. Quagliani, *Sovranità e autolimitazione, rileggendo la Dottrina generale del diritto dello Stato di G. Jellinek*) in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, 1996, p. 273–282).

La concezione ipotetica della norma appare così la soluzione apprestata dell'ordinamento giuridico ad ogni situazione di fatto – se A, allora B – e la consacrazione ideale formale del diritto per cui ogni effetto giuridico non è che un volere obbiettivo condizionato. Coerentemente, così come la norma ipotetica è il riflesso esistenziale di qualsiasi situazione di fatto, la dinamica giuridica, come il farsi della norma nella sua validata attuazione, viene a coincidere con la struttura analitica sistematica dell'interpretazione giuridica come attività oggettiva depurata da ogni pregiudizio di valore. Purché la validità formale della produzione della norma inferiore in conformità alla norma di grado superiore sia rispettata, il diritto è valido a prescindere da qualsiasi suo contenuto. Kelsen pone così definitivamente fuori dal campo teorico del diritto non solo la dinamica bilaterale della legge ma insieme ad essa, la struttura generale ed astratta della legge come limite al potere dello Stato e garanzia concreta dell'uguaglianza giuridica formale dei cittadini. *“La teoria del diritto – dunque, secondo Kelsen – liberata da ogni giudizio di valore etico-politico, diventa così, nei limiti del possibile, un'analisi esatta della struttura del diritto positivo”* (Bobbio). Una struttura positiva che può rinvenirsi in qualsiasi gerarchica di produzione normativa a prescindere dal fondamento del potere normativo che la genera.

Un diritto a cui sembra indifferente la natura democratica o meno del potere per la sua legittimazione? Il dubbio ha un suo fondamento che non sembra sufficiente rimuovere osservando come *“positivismo giuridico e concezione democratica hanno avuto nel pensiero di Kelsen un'unione personale* (ns. sottolineatura) *che dura tuttora”* (Bobbio).

11. La fuoriuscita dalla trappola antropomorfa e la caduta nel nichilismo giuridico dello *jus publicum* continentale

Un secolo di indottrinamento positivista ci ha condotto a considerare come ideologico il razionalismo giuridico liberale e la sua concezione dell'uguaglianza formale come fondamento e misura dei diritti individuali, fino a relegarlo (Bobbio) in un limbo teorico di un disarmato giusnaturalismo e a non vederne più l'assetto sistemico, alla base del funzionamento tecnico del diritto come rapporto giuridico formale tra persone allo stesso modo munite di azione davanti ad un giudice a garanzia della liceità dei comportamenti, repressione dell'illecito e reintegrazione del danno subito.

Una volta ripudiata l'idea di giustizia come coesistente al diritto, il terreno ontologico e assiologico è stato abbandonato dalla teoria generale del diritto alla filosofia e alle scienze sociali e politologiche che hanno scavato in altre direzioni, alla ricerca costruttivista di un giustizia possibile e di un ideale di giustizia effettivamente praticabile.

La dominanza del metodo puro del diritto, il fascino della norma avalutativa, l'inevitabile intrinseca validità della stessa percepita come tale solo per effetto della legittima procedura di sua produzione, poggiano su un fondamento che in quella dottrina appare immediatamente asettico del potere giuridico (effettività e imperatività) ma che implica la scomparsa, assieme a quella dello Stato, dell'individuo anch'egli sepolto sotto la nuova pietra tombale metaforica della *Grundnorm*. Una nuovo assioma dunque fondato su metafora e pertanto

antiscientifico per il positivismo? In effetti, la ragione per cui questo simbolismo pietroso debba essere più realistico di quello del rapporto giuridico tra persone ci conduce ad un nuovo enigma la cui elaborazione è apparsa declinabile solo su base storica e teorica, come esito delle vicissitudini dello Stato di diritto nel diritto pubblico continentale. Un enigma fondativo accettato per convenzione e apparentemente non tale solo in quanto accettato e riconosciuto da tutti come creazione presupposta, necessaria per la riconduzione del diritto come datità normativa. Un principio di comando, assoluto nella sua genesi – sebbene condizionato nella manifestazione – sembra esercitare sul diritto pubblico europeo tuttora un'attrazione fatale cui corrisponde un'aderenza immediata del ragionamento giuridico come logica di interpretazione formale e deduttiva del diritto dalla norma nel senso appagante della coincidenza piena tra “datità normativa”, “ordinamento giuridico” e “realtà giuridica” e tra “dinamica normativa” e “teoria dell'interpretazione”, esaltando la funzione del giurista quale interprete e al contempo quale scopritore della realtà giuridica.

La *Grundnorm*, dunque, si è imposta come assioma necessario. Concetto operativo giustificato e giustificabile come funzione e finzione tecnica per innescare in modo coerente la dinamica giuridica del potere pubblico. Potere che, invece, rimane fuori dall'orizzonte teorico occultato – è il caso di rimarcare – al di sotto della stessa *Grundnorm*. Il potere in effetti ama nascondersi. Quello che risulta evidente è piuttosto “*un meccanismo ... che getta le norme in un indefinito movimento in un quotidiano nascere e morire*” (Irti). Ma anche questa visione, nella misura in cui si limita alla constatazione fenomenologica del funzionamento del meccanismo, rischia di essere fuorviante precludendo la comprensione ontologica della dinamica del potere e della sua incidenza sulle persone. È appunto l'individuo, anche secondo Giannini, che si è reso “... giuridicamente inerte dell'ordinamento.. l'individuo come soggetto in sé, giuridicamente, non esiste” (citazione da Pinelli “Giannini costituzionalista”).

Ed in effetti a questo punto, come conseguenza collaterale delle nuove condizioni di coerenza del positivismo giuridico, si è dissolta anche la personalità, non solo dello Stato, ma anche dell'individuo. Il cambio di prospettiva – dal soggetto alla norma – ha forgiato una mentalità giuridica a corto raggio. La riduzione dell'orizzonte fenomenico alla datità normativa ha finito per restringere il ragionamento giuridico all'interpretazione della norma, secondo il paradigma di riscontro della sua validità legittimo/illegittimo intrinseco alla logica del sistema positivista che fa coincidere la dinamica oggettiva con l'interpretazione soggettiva della norma. Con la riconduzione della realtà giuridica alla datità normativa la struttura binaria legittimo/illegittimo assume, nel diritto pubblico, la stessa valenza fondante paradigmatica che aveva, nel XIX, la valutazione dei rapporti e dei “comportamenti” secondo lo schema lecito/illecito con riferimento dunque al danno a parti, controparti o a terzi all'interno o per effetto dei rapporti interpersonali. Per estendere l'applicazione del diritto anche al potere dello Stato, nello *jus publicum* europeo, era stato necessario – ad un certo punto della sua storia – riconoscere anche allo Stato la personalità giuridica in modo da renderlo responsabile nei confronti dei cittadini. Tale scelta, affermata nella dottrina giuridica liberale continentale, aveva avuto essenzialmente una finzione/ funzione tecnico giuridica per privare il potere pubblico della sua intrinseca forza di coazione e fondare, su quella privazione, lo Stato di diritto. Il paradigma legittimo/illegittimo, invece, cui si perviene nel

ribaltamento kelseniano nasconde all'opposto, lo Stato nella sua essenza di potere politico. Occulta così la genesi del potere spostando lo sguardo sul momento dinamico dell'esercizio del potere in quanto "norma" e, conseguentemente riduce l'interpretazione giuridica al giudizio di conformità, alla norma legittimante, della produzione del comando giuridico. Il comando nel suo farsi come imputazione finisce per ricadere fuori dal quadro soggettivo e appare come mero effetto materiale collaterale nella sua ricaduta sull'individuo. La dominanza del paradigma legittimo/illegittimo nell'applicazione del diritto risulta, inoltre, ulteriormente rafforzata in quegli ordinamenti ove il filtro autoreferenziale dell' "interesse legittimo" esclude la percezione del danno dal campo di rilevanza del giudizio di legittimità e ove anche il giudizio di costituzionalità sui diritti individuali viene celebrato non come giudizio tra parti, ma come interpretazione di conformità alla legittimità costituzionale di norme di rango inferiore.

Il passaggio da una concezione *bottom up* dell'indirizzo politico come materiale (Mortati) ad una *top down* dell'indirizzo politico costituzionale (Martines) ha segnato per la costituzionalistica italiana l'innesto della dinamica Kelseniana mitigata di una teoria dei valori costituzionali quale fondamento e limite del potere. L'occultamento del potere nella percezione del giuridico è transitata invece nella dottrina italiana del diritto amministrativo nello slittamento progressivo del potere, dalla sua dinamica sostanziale nella "funzione" (Giannini, Benvenuti) alla vuota macchina del procedimento. Non è un caso perciò che, nonostante il prevalere degli approcci riduzionistici di enfattizzazione del diritto come procedura o procedimento, il riduzionismo positivista della realtà giuridica alla datità normativa abbia suscitato interrogativi e dubbi in particolare nel diritto amministrativo ove il tentativo di riappropriazione teorica del potere ha ripreso consistenza (ad iniziare dallo studio A. Romano *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Un. Messina*, 1981).

La diversa soluzione paradigmatica dei paesi a *common law* sta lì a dimostrare in modo controfattuale come sia stato possibile storicamente percorrere un'altra strada per garantire le libertà ed i diritti fondamentali degli individui senza dotare necessariamente il potere pubblico della personalità giuridica ma sottoponendo invece direttamente al controllo giurisdizionale l'esercizio del potere da parte degli individui che ne sono investiti come responsabili dei loro comportamenti, sulla base di un giudizio di liceità.

La perdita di senso dell'approccio positivista traspare anche nei ricorrenti appelli ad un diritto eticamente fondato. "Se si estinguesse l'ultima esigua traccia di un certo intuito del giusto, che trova una corrispondenza minima nel diritto positivo, non reggerebbe nemmeno la Babele del diritto moderno perché un'obbedienza alle norme dettata soltanto da tornaconto, corruzione e terrore è in assoluto inattuabile" (E. Zolla). Riportare il baricentro giuridico sull'individuo, sull'uguaglianza formale – grande conquista di civiltà – come metro della liceità dei comportamenti anche dei pubblici poteri nei confronti dei singoli sembrerebbe scardinare, per molti, il sistema gerarchico ed eteronomo delle norme e aprire su un universo giuridico votato all'anarchia. Ma, pur deprecandolo, già ci siamo precipitati. La creazione dei mercati transnazionali, con l'occultamento giuridico delle relazioni di potere che in essi si costituiscono, sta togliendo ogni residua illusione sull'effettiva tenuta garantista della legalità statale. Le relazioni di potere globalizzanti, erodendo e infiltrandosi nella statualità del diritto, tramite strumenti di diritto privato transnazionali, fanno sempre più risaltare l'inadeguatezza dell'osservanza di norme

procedurali, vuote e formali, come mezzo efficace di tutela, mentre dilaga la schizofrenia giuridica tra l'incremento dei diritti, sanciti come fondamentali nel diritto positivo delle Carte e nei Trattati su cui insiste vanamente tanta dottrina (Rodotà), e l'annichilimento dell'individuo sostanzialmente deprivato di qualsiasi "azionabilità" in giudizio per farli valere (Alpa).