

GIUSEPPE DUSO

## FARE STORIA E PENSARE IL PRESENTE: IN DIALOGO CON PAOLO GROSSI

Accingendomi a riflettere su alcuni aspetti del lavoro di Paolo Grossi che ritengo rilevanti sia per la ricerca storica, sia per la nostra comprensione del presente, non posso non segnalare la consonanza che ho sempre percepito tra i nostri itinerari di ricerca insieme al debito per ciò che da lui ho appreso. Ma, se è vero che condivido uno stile di ricerca e di pensiero che nel panorama culturale, non solo italiano, non è molto diffuso, proprio questa vicinanza rischia di rendere meno determinati ed evidenti i confini tra i testi dell'autore e la parzialità del loro attraversamento da parte mia. Intendo pertanto conferire a queste pagine il carattere di un dialogo, o, più modestamente, di un attraversamento, inevitabilmente segnato dal mio diverso itinerario di ricerca, di temi su cui Grossi ha portato un contributo fondamentale<sup>1</sup>.

Quattro sono i nodi sui quali, alla luce dei suoi testi, si cercherà qui di riflettere: innanzitutto quello che riduttivamente si potrebbe denominare il *metodo della ricerca*; in secondo luogo, quel modo di pensare la società, il diritto e la politica che copre un largo arco storico e giunge fino alla nascita della concettualità giuridica e politica moderna; in terzo luogo, la critica dei concetti moderni (le "mitologie"); infine il problema della comprensione del nostro presente in un orizzonte che potremmo chiamare *costituzionale*, intendendo il termine in tutta la sua portata, irriducibile alla mera forma della carta fondamentale.

SOMMARIO: 1. Storia del diritto e critica dei concetti moderni. – 2. Diritto e società plurale: l'esperienza premoderna. – 3. Le mitologie moderne. – 4. La relazione di diritto e politica. – 5. Il superamento del *moderno* e la costituzione italiana. – 6. Trasformazione della costituzione?

<sup>1</sup> Evito di citare in questa sede una serie di lavori miei e del gruppo di ricerca che ho coordinato sui temi che sono qui implicati: la storia concettuale, le dottrine del contratto sociale, i diritti degli individui, la sovranità, la rappresentanza, la democrazia, la società, la giustizia, la costituzione, il federalismo. In tali lavori (in gran parte recuperabili in [www.cirlpge.it](http://www.cirlpge.it)) si possono rintracciare le argomentazioni e le analisi che spiegano il motivo della consonanza e, nello stesso tempo, anche gli eventuali limiti e la parzialità della mia ottica.

1. Per comprendere la lezione che ci viene da Grossi, è rilevante innanzitutto quello che possiamo chiamare il *metodo*, se intendiamo con questo termine non qualcosa di presupposto alla ricerca stessa, ma piuttosto quel movimento della ricerca che ne determina il rigore ed evidenzia il segreto dei suoi risultati. Per intendere il nucleo centrale di questo metodo si può ricordare l'insistenza con cui egli mette costantemente in guardia rispetto a quegli storici che accostano le fonti senza avere un atteggiamento di distanziamento nei confronti dei significati che abitano le parole che usiamo. Con una preoccupazione didattica spesso presente nei suoi testi – che ritengo preziosa, in quanto caratteristica della responsabilità dello studioso nei confronti della società e della formazione degli studenti – egli ribadisce continuamente la necessità di tenere viva quella coscienza critica che ci consente di evitare l'uso di nozioni oggi diffuse per la comprensione delle fonti del passato. Tale atteggiamento appare necessario non solo per lo storico del diritto, ma per la ricerca del giurista in quanto tale, qualsiasi sia il campo nel quale opera.

Il primo aspetto di questo stile di ricerca consiste nell'aver *coscienza della storicità* dei concetti che solitamente vengono adoperati nel lavoro dello storico. Questi si presentano con una pretesa di *universalità*, che sembra consentire il loro uso per i più diversi periodi storici, sia che con essi si intenda indicare delle realtà, che magari mutano nelle diverse epoche (si pensi a individuo, società, Stato, popolo, legge), sia che ci si voglia riferire a valori stabili (diritti degli individui, uguaglianza, libertà, sovranità del popolo, democrazia). In ambedue i casi – in modo più evidente quando si tratta di valori che servono, prima ancora che alla lotta politica, a rassicurarci della nostra identità e a farci sentire *dalla parte giusta* – si ha di tali concetti un impiego acritico, che, in quanto non li interroga nel loro significato determinato, nella loro genesi e nella loro logica, dà luogo ad una ricerca che manifesta la natura di mera opinione e finisce con il travisare il proprio oggetto.

Una volta interrogati e compresi nel loro significato determinato, questi concetti appaiono nascere nell'epoca moderna, e non risultano idonei alla comprensione del pensiero e della realtà di quel lungo periodo storico che dai Greci, al Medioevo, alla società cetuale, arriva fino alle soglie del Moderno. Il primo aspetto dell'atteggiamento critico richiesto consiste allora nel riconoscere che essi sono *relativi* – non universali – e, dunque, per intendere una realtà come quella del Medioevo, bisogna dar luogo ad un effetto di *distanza* nei confronti dei significati che connotano nel presente le parole che adoperiamo. Per quanto concerne il diritto, ciò comporta la necessità di liberarsi dall'immagine della norma che implica comando e sanzione. Una tale concezione non solo produce un fraintendimento del diritto medievale, ma ci impedisce di comprendere la natura stessa del diritto. È da notare che un tale at-

teggimento acritico non riguarda solo lo sprovveduto uomo della strada, o lo studente all'inizio del suo iter di studi, ma coinvolge le stesse "scelte dominanti e determinanti dello scenario della storia giuridica dell'Europa continentale durante gli ultimi duecento anni"<sup>2</sup>. Ragione di questo fraintendimento è quella relazione – che rischia di apparire come una identificazione – tra il diritto e il potere, che caratterizza lo scenario dello Stato, il quale, a partire dalla fine del Settecento, si erge a fonte decisiva del diritto.

Ben si comprende allora che la critica è rivolta non solo alla coscienza comune, quanto piuttosto, e soprattutto, a quella disciplina scientifica che, in modo non avvertito, adopera le nozioni moderne per comprendere le fonti del passato<sup>3</sup>. In relazione alla "costituzione giuridica medievale", oggetto privilegiato e decisivo degli studi di Grossi, non è possibile adoperare concetti che sono ad essa totalmente estranei, in *primis* quelli di Stato e di sovranità con i loro "schemi ordinanti". Mi pare che tale funzione di *schema ordinante* indichi che non si tratta tanto di concetti dotati di un autonomo e autosufficiente significato, quanto piuttosto di una rete concettuale che intende dare il senso della vita in comune degli uomini e normarne i comportamenti, fornendo una giustificazione razionale all'obbligazione politica. Decisiva è qui la consapevolezza che quando si usa il termine di "Stato" per la realtà medievale "il riferimento immediato ed esclusivo è – e non può non essere – alla nozione così come si è venuta definendo e sedimentando nella nostra attuale coscienza". La questione non riguarda allora la *parola*, ma il concetto, per cui *Stato* è per noi "uno schema ordinante specifico e inequivoco nei suoi contenuti politico-giuridici", dominato dalla concezione di una realtà "rigorosamente unitaria", che richiede un potere esclusivo in un territorio, un apparato centripeto di organizzazione e coazione, una struttura globale dotata di una volontà onnicomprensiva e totalmente giustificata<sup>4</sup>. In questo concetto viene ravvisata "l'incarnazione storica di un potere politico perfettamente compiuto".

Se non ci si affida a vaghe immagini, ma appunto si conferisce un senso definito al concetto, quello di *Stato* appare come un prodotto tipicamente moderno, che si determina sulla base di uno scarto radicale nei confronti della tradizione precedente, o, meglio ancora, di una negazione del modo precedente di pensare il diritto e la politica. Caratteristica peculiare, senza di cui un tale concetto di Stato non può porsi, è la *sovranità*, cioè un potere assoluto che non ammette resistenza e che si esprime nella creazione della legge, la quale

<sup>2</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2003, 6-7.

<sup>3</sup> Cfr. P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, "Quaderni Fiorentini", 25, 1996, 267-284 (qui citato da Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Laterza, Bari-Roma, 2011, 67).

<sup>4</sup> *Ibid.* 69.

diventa prodotto della volontà del soggetto sovrano, che è *libera* e non condizionata da alcuna realtà, né materiale né spirituale.

Tutto ciò è inconcepibile nel Medioevo, non solo, ma, più in generale, nella realtà e nel pensiero che si pongono prima della nascita di questi concetti. Il loro uso per la comprensione della realtà precedente comporta un duplice inconveniente: da una parte quella realtà viene fraintesa, sfuggendo così alla nostra analisi e comprensione; dall'altra si trasformano concetti che hanno una portata storica limitata in verità universali, in valori indiscussi, nei confronti dei quali viene così a mancare una coscienza storica che è contemporaneamente coscienza critica, e alla riflessione razionale si sostituisce un atteggiamento di mera credenza. Si può comprendere allora che una tale consapevolezza critica sia indispensabile non solo per il lavoro di uno storico teso a comprendere l'ordinamento giuridico medievale, ma anche per le discipline giuridiche a noi contemporanee, che devono avere coscienza critica della loro storicità e della storicità dei concetti che stanno alla loro base<sup>5</sup>. Oserei allora dire che il giurista non può non essere storico del diritto, se la storicità, concepita come qui si è indicato, fa tutt'uno con la coscienza critica, che non può non innervare la ricerca, se si vuole che questa non resti prigioniera di quei dogmi che Grossi nomina come *mitologie*.

Questa lezione critica si manifesta in tutti i testi del nostro storico del diritto<sup>6</sup>. Non si può non ricordare l'avvertenza che è posta all'inizio di quel lavoro fondamentale che è *L'ordine giuridico medievale*, ma che contraddistingue tutta la prima parte del volume: non è possibile fare ricerca storica che comprenda le fonti se non si è disponibili ad "un lavacro interiore che tolga dagli occhi le lenti deformanti che non riusciranno mai a consentirci la scoperta del volto

<sup>5</sup> Ho già, nel passato, avuto modo di scrivere che l'invito di Gustavo Zagrebelsky a porre in rapporto il sapere storico e la scienza del diritto costituzionale (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in P. GROSSI (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, Giuffrè, Milano, 1993, 177-227) deve essere assunto in modo radicale: non cioè come il rapporto proficuo tra due discipline, ma come una problematizzazione della dogmatica del diritto costituzionale, che ne mostri la genesi e la determinatezza storica. Contro l'abitudine delle discipline moderne di fare *la loro storia* a partire dalla propria "scientificità", si tratta di intendere la storicità e dunque la determinatezza e i presupposti di questa stessa *scientificità*, mostrandone così la relatività e la contingenza.

<sup>6</sup> Si tenga presente, ad esempio, la prima parte di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, e ID., *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo ed Età moderna*, saggio apparso nel 2003 nelle pubblicazioni di Suor Orsola Benincasa, e poi pubblicato in S. CHIGNOLA-G. DUSO, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Franco Angeli, Milano, 2005 (da qui riprendo l'indicazione delle pp.). L'aver inserito il saggio nel contesto di questo libro mostra quanto il lavoro di Grossi ci sia apparso fruttuoso per quella *storia concettuale* che ha segnato il lavoro del gruppo di ricerca sulla storia dei concetti politici. *L'ordine giuridico medievale* è stato infatti per anni da me indicato agli studenti come fondamentale per la modalità di ricerca che il corso introduttivo alla storia concettuale intendeva proporre.

essenziale della esperienza storica”<sup>7</sup>. Tale avvertenza assume una particolare evidenza in relazione al nodo centrale costituito dalla *legge*, la quale non può essere intesa se noi usiamo la parola nel senso, che ci è abituale, di deliberazione di una volontà. Al contrario, nella civiltà giuridica medievale la legge ha a che vedere con la ragione, con la lettura “delle regole ragionevoli insite nella natura delle cose”: è da scoprire e non da creare, da decidere<sup>8</sup>.

Ma quello sino a qui indicato è solo l’aspetto più evidente, quello che colpisce ad una prima lettura. Se ci si fermasse qui, non si intenderebbe l’orizzonte in cui si muove il lavoro dello storico qui delineato. Si potrebbe pensare in modo semplicistico *che ogni epoca ha i suoi concetti*, e dunque il motivo che farebbe considerare i concetti moderni inadeguati a comprendere il passato sarebbe lo stesso che li renderebbe appropriati per la comprensione dell’epoca moderna, e necessari *per noi moderni* al fine di pensare il presente. Ma questa conclusione è impedita dalla affermazione che l’identificazione del diritto con la norma coattiva non comporta solo il fraintendimento del diritto medievale, ma della natura stessa del diritto. L’atteggiamento critico deve spingersi fino a mettere in questione il modo moderno di concepire il diritto. I concetti moderni, lungi dall’essere prodotti da una ragione rigorosa, liberata dalle scorie dell’esperienza storica, sono considerati come costruzioni di vere e proprie *mitologie*, termine questo che felicemente congiunge il carattere di una mera opinione priva di giustificazione razionale con quello di una credenza cieca in valori ritenuti indiscutibili.

Questo carattere mitologico appare evidente quando vengono interrogate le certezze che ancora oggi caratterizzano l’intreccio del pensiero giuridico e politico, non solo nel senso comune, ma anche, e soprattutto, nelle discipline scientifiche che riguardano gli ambiti del diritto e della politica. Alcune di tali certezze riguardano le nozioni di *sovranità del popolo*, di *democrazia*, di *rappresentanza politica*, di rappresentatività del *partito politico*, di *legge giusta* in quanto prodotta legittimamente, di *autosufficienza* del corpo rappresentativo in quanto autorizzato dalle elezioni<sup>9</sup>. Questi concetti, in realtà tutti legati tra di loro in un vero e proprio *dispositivo* (“schema ordinante”, si diceva), avrebbero lo scopo rassicurante di mostrare come, in un orizzonte costituzionale su

<sup>7</sup> Cfr. *L’ordine giuridico medievale*, 10.

<sup>8</sup> Cfr. *Ibid.*, 131-144.

<sup>9</sup> Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007 (MG), 7. Mi riferisco a questa edizione, in quanto comprende il saggio fondamentale e illuminante *Il costituzionalismo moderno tra mito e storia*, scritto significativamente come *Introduzione* ad un nuovo manuale di Diritto costituzionale, fino ad ora non pubblicato, ma che sarebbe innovativo e produttivo per la formazione critica dei giovani giuristi (cfr. nota 5).

di essi fondato, venga eliminato il dominio tra gli uomini e garantito quel protagonismo dei cittadini che appare promessa centrale dalla democrazia.

Tenere congiunti questi due aspetti – quello della discontinuità e dell’alterità del Medioevo e quello della critica dei concetti moderni – è fondamentale per fare emergere una terza caratteristica del lavoro di Grossi, che non si riduce ad una mera ricostruzione di cose passate, ma è strettamente connesso con il compito di *pensare il presente*. La discontinuità non comporta che il *classico* e il *medievale* ci siano estranei e indifferenti. Al contrario essi *ci parlano* e sono significativi per noi in relazione ai grandi temi della vita e della società, che ogni civiltà vive in modo proprio e specifico<sup>10</sup>, a maggior ragione se nei concetti moderni emergono aporie strutturali. Tale rilevanza dell’*attraversamento* del passato non deve tuttavia essere scambiata per un ritorno nostalgico a quelli che diventerebbero per noi *modelli*, o per una sottovalutazione dei mutamenti liberatori nei confronti di privilegi e gerarchie conquistati nel Moderno<sup>11</sup>. Diciamo piuttosto che ciò che emerge dal nostro attraversamento del Medioevo da una parte, e la consapevolezza delle aporie dei concetti oltre che delle conquiste raggiunte nella Modernità dall’altra, costituiscono l’orizzonte problematico all’interno del quale noi abbiamo il compito, tutto nostro e non risolvibile con qualche modello, di pensare il presente.

2. Le indicazioni di metodo finora esposte hanno il carattere di mere affermazioni se non si entra nel merito dell’analisi dell’esperienza medievale, per indicarne almeno alcuni tratti significativi per il ragionamento che si sta qui portando avanti<sup>12</sup>. Si è detto che non appare possibile utilizzare per il Medioevo le nozioni di *Stato* e di *sovranità*; a tale proposito è rilevante notare l’affermazione

<sup>10</sup> Cfr. *L’ordine giuridico medievale*, 12-13.

<sup>11</sup> Cfr. P. GROSSI, *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, ora in ID., *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017 (ID), dove si precisa di non voler certo minimizzare i passi in avanti che hanno liberato l’individuo “dagli iniqui condizionamenti dell’antico regime”, ma di volere evitare i facili cedimenti alle apologie, e individuare i costi che tale emancipazione dell’individuo ha comportato a causa del modo in cui diritto e potere si sono coniugati (p. 41).

<sup>12</sup> Si tenga presente che il termine “pre-moderno” è qui usato in modo non rigoroso e non deve trarre in inganno: infatti è solo a partire dall’ottica dei concetti moderni che si può indicare qualcosa come “pre-moderno”, sulla base di una storia che delinea le epoche nella loro identità e autosufficienza, che non ritengo consona ad una coscienza storico-concettuale (a chiarimento di questo punto veda da ultimo G. DUSO, *El Ganzes Haus de Brunner y la práctica de la historia conceptual*, in *Conceptos Historicos*, n. 5, 2018, 72-98). Uso qui, impropriamente, il termine per indicare come, nonostante le differenze, in relazione ai tratti fondamentali del modo moderno di pensare la società e la politica, quello precedente si presenti come un orizzonte che ha una lunga durata.

di Grossi che ciò vale anche quando la parola appare presente nelle fonti. L'uso infatti di termini che sembrano collocarsi nell'orizzonte della sovranità (*summa potestas, maiestas, iura maiestatis*) nel contesto medievale rivelano un ben diverso modo di intendere la società. Quando si parla di *summa potestas*, questa indica una *potestas* superiore nell'ambito di una pluralità di *potestates* (mentre la sovranità emerge quando la *summa* è l'unica *potestas*): è indice di *superioritas*, all'interno di un orizzonte che comporta molteplici condizionamenti, e non di una volontà che è unica, assoluta e dipendente solo da sé stessa<sup>13</sup>.

Non appaiono allora giustificate quelle storie complessive della sovranità che, nel tentativo di delineare le diversità tra una sovranità medievale e una sovranità moderna, sono costrette – anche se inconsapevolmente – a presupporre un nucleo identitario in base al quale le differenze possano riguardare lo stesso concetto. Se si dovesse definire questo nucleo identitario, difficilmente si potrebbe evitare di intenderlo come un rapporto di comando-ubbidienza di tipo formale, tale cioè che si deve ubbidire all'autorità per il ruolo che riveste colui che esprime il comando, indipendentemente dal giudizio da parte di chi ubbidisce sul contenuto del comando. Ma questo è proprio quel concetto moderno di sovranità che comporta il travisamento dell'esperienza medievale. L'idea di una volontà legittimata a decidere nella sua autosufficienza (libertà), è impensabile non solo nel medioevo ma anche in quell'Althusius che, pur collocandosi nel primo Seicento, tuttavia è interno ad un orizzonte che ancora si richiama al pensiero aristotelico. Una volontà assoluta appare contraria alla natura dell'uomo e della società, in quanto la volontà umana appare condizionata da una multiforme realtà, materiale e spirituale, che va dal modo in cui la società è costituita, alle leggi divine, alle tradizioni giuridiche, alle consuetudini, ai costumi, ai testi sacri, a tutto ciò che in qualche modo costituisce l'*ethos* collettivo di una comunità<sup>14</sup>.

Non è dunque da considerarsi adeguata al Medioevo la nozione di sovranità, quanto piuttosto quella di *autonomia*, intesa come indipendenza relativa all'interno di un tessuto di relazioni<sup>15</sup>. Ciò introduce un carattere rilevante

<sup>13</sup> Cfr. *Dalla società di società alla insularità dello Stato*, 107.

<sup>14</sup> L'attribuzione degli *iura maiestatis* al popolo, non solo non ha niente a che vedere con una volontà che unica può decidere, ma esprime un modo di pensare la politica – e la relazione tra politica e diritto – dalla cui negazione soltanto è potuto nascere il concetto di sovranità (cfr. *La maiestas populi chez Althusius et la souveraineté moderne*, in *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, sous la direction de G.M. CAZZANIGA-Y.C. ZARKA, edizioni ETS Pisa e Vrin, Paris, 2001, 85-106). Si può allora comprendere il fraintendimento che nasce quando, sulla scia anche di illustri studiosi, si scambia l'idea del popolo come detentore degli *iura maiestatis* con quella di *sovranità popolare*, e si fa di Althusius un precursore di Rousseau.

<sup>15</sup> Cfr. *Dalla società di società*, 109, e anche *Un diritto senza Stato*, 80.

dell'ordinamento della comunità medievale, quello della *pluralità*, che appare *strutturale* per la realtà politica a partire dai Greci fino alla società cetuale: *concettualmente* fino alla genesi dei concetti moderni, e *storicamente* fino alla cesura rappresentata dalla Rivoluzione francese. Certo ci sono molte diversità nel pensare la pluralità, ma in ogni caso questa è costitutiva della entità politica, sia questa intesa come *polis*, *civitas*, *respublica*, o *regno*.

La pluralità della società medievale comporta un insieme di diversi ordini (famiglie, aggregati sovra familiari, corporazioni religiose, cetuali e professionali, aggregati politici che vanno dai villaggi fino alla più alta unità politica), nei quali solo il singolo riconosce la propria realtà. Sono certo i singoli ad avere realtà, ma solo nei legami che li costituiscono. E di pluralità si può parlare in quanto non ci si riferisce ad una moltitudine indifferenziata di individui, ma a gruppi che si differenziano in modo determinato gli uni dagli altri. Ancora nella *Politica* di Althusius, si può riscontrare la differenza radicale nei confronti del successivo concetto di società basato sugli individui. È qui impensabile l'idea di *diritti degli individui*; sono piuttosto questi ultimi, intesi nella loro concretezza, ad essere pensati all'interno del *diritto simbiotico*, le cui leggi fondamentali sono quella della *communio*, della *communicatio*, cioè della greca *koinonia*, e quella della funzione del *governo*, che non si identifica con il mero comando (anche se comporta comando), ma con la *guida*, la direzione, il coordinamento, la cura, cioè la funzione *ordinante* la pluralità sociale.

È emblematica l'espressione *società di società*<sup>16</sup>, da Grossi ripresa anche nel titolo del saggio, che comporta la prassi ordinante del diritto, attraverso il quale queste società si organizzano. Alla pluralità della società è in modo indistricabile legato un pluralismo giuridico, una pluralità di fonti e di ordinamenti, che convivono spesso nello stesso spazio territoriale. In questo quadro il diritto appare intrecciato con la realtà sociale e non dipendente dal comando politico<sup>17</sup>. Piuttosto esso caratterizza, insieme ad altri elementi, quali i costumi, la consuetudine e la religione, l'orizzonte comune a cui l'agire politico deve rivolgersi per essere considerato giusto. Il diritto è presupposto ai soggetti politici, e ciò che lo caratterizza è il tentativo di *leggere* la realtà sociale nella sua concretezza e di regolarla guardando all'istanza della giustizia.

3. Nei confronti del quadro appena delineato, che copre un lungo arco storico, la modalità moderna di pensare il diritto non si pone come una modifica-

<sup>16</sup> Espressione singolarmente consona, al di là della fonte da cui è tratta, alla *consociatio universalis* di Althusius, che è la consociazione composta da una serie di consociazioni minori, private e pubbliche.

<sup>17</sup> Cfr. *Un diritto senza Stato*, 76, ma naturalmente tutto *L'ordinamento giuridico medievale*.

zione, ma piuttosto come una *negazione*. La considerazione della *rottura* con il passato che caratterizza la nascita di questa concezione moderna, come pure la consapevolezza delle aporie che appaiono segnlarla, è un punto di incrocio particolare con il lavoro del nostro storico da parte di chi ha dedicato le sue ricerche in buona parte allo studio della genesi, della logica e delle aporie dei concetti moderni. Anche qui si possono seguire i testi di Grossi, per fissare alcuni elementi strutturali della modalità moderna di intendere il diritto nel suo intreccio con la politica.

Innanzitutto, è significativa l'indicazione del luogo teorico in cui avviene la *Trennung*: quello che i giuristi sono soliti qualificare come "l'illuminismo giuridico dell'Europa moderna" ha in effetti la sua base nel pensiero giusnaturalista, quale si è venuto formando nelle dottrine del contratto sociale. Infatti, in linea con Santi Romano, gli elementi concettuali che staranno alla base delle mitologie moderne sono ravvisati nello stato di natura, nel contratto sociale, nella rappresentanza politica, nell'uguaglianza giuridica, nella volontà generale, e – si potrebbe coerentemente aggiungere – nella funzione fondante della libertà e in un nuovo concetto di popolo come unità della moltitudine di individui uguali e indifferenziati<sup>18</sup>. È dunque il giusnaturalismo ad operare una frattura con l'esperienza precedente e ad inaugurare il modo moderno di intendere il diritto: in esso si annidano perciò anche le radici delle mitologie moderne.

Il diritto naturale moderno non ha più niente a che vedere con la funzione che il diritto naturale aveva nelle concezioni antiche e medievali, dove serviva a problematizzare il diritto positivo storicamente affermatosi, mediante il riconoscimento di un superiore ordine di giustizia, che sempre veniva collegato all'esperienza che si stava vivendo. Al contrario ora si tratta di neutralizzare l'esperienza storica, che rivela irrazionalità e dominio dell'uomo sull'uomo, per dare luogo ad una teoria della società connotata da una incontraddittoria e astratta coerenza. Lo strattagemma epistemologico che permette questa neutralizzazione dell'esperienza, come pure anche del pensiero passato, è lo "stato di natura", che diviene "il pilastro portante di tutto il nuovo edificio teorico"<sup>19</sup>.

È nello spazio vuoto creato da questo artificio logico che viene posta la chiave di volta della costruzione *razionale* della società. E questa consiste nell'*individuo* con i suoi diritti, *uguaglianza* e *libertà*, un individuo considerato di per sé, sottratto alle relazioni in cui concretamente si trova ad essere incarnato, un individuo seriale, tale da costituire il fondamento della società a prescindere dalla specificità delle differenze che lo possono connotare. Un tale

<sup>18</sup> Cfr. *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in MG, 44-45.

<sup>19</sup> Cfr. P. Grossi, *L'invenzione della costituzione: l'esperienza italiana*, in ID 64.

soggetto viene designato con il termine di *insularità*, che rappresenta la base di quella che viene indicata come *l'insularità dello Stato*. Il fondamento di questa insularità del soggetto è costituito dal concetto – moderno – di *libertà*, che d'ora in poi sarà la pietra angolare della concezione della società, sostituendo quella questione della giustizia che era stata centrale per le concezioni del diritto e della politica dai Greci fino a questa soglia del moderno<sup>20</sup>. È questo un concetto nuovo di *libertà*, che la riduce alla mera dimensione della indipendenza della volontà, senza nessun riguardo all'operare del soggetto nel concreto delle relazioni nelle quali si realizza la sua esperienza. Così la libertà esprime la mera contrapposizione alla servitù, la semplice negazione del dominio, di quel dominio con cui è identificata la relazione di governo nella comunità<sup>21</sup>.

Non si può non notare che un tale concetto di libertà, al di là della funzione emancipatoria che ha storicamente avuto (credo siano teoreticamente e storicamente comprensibili l'immediatezza e la parzialità che hanno caratterizzato il suo apparire), porta in sé un aspetto nichilistico, in quanto afferma l'auto-referenzialità della volontà del singolo senza relazione con i concreti contenuti di tale volontà. Questa viene in tal modo assolutizzata, dando luogo ad una costruzione teorica che identifica la razionalità con la razionalità formale. Un tale concetto di libertà è infatti, come riconoscerà Hegel, il semplice aspetto *formale* della libertà e niente ancora dice sulla libertà sostanziale del singolo, che non può essere pensata che nel condizionamento delle concrete relazioni nelle quali il singolo è realmente quello che è. Il concetto astratto di individuo, che una tale libertà viene a connotare, costituisce il grimaldello per fare piazza pulita del concreto delle relazioni sociali, della pluralità della società medievale, caratterizzata da ceti, stati, comunità, corporazioni, con la relativa pluralità delle fonti giuridiche. L'individualismo non è allora, nel modo moderno di pensare, una scelta antropologica possibile tra le altre, ma è l'elemento fondante e costitutivo della costruzione della nuova società, denotata da una regolarità razionale, che ci emanciperebbe da quelle società che l'esperienza ci mostra, considerate da Hobbes come *irregolari*.

<sup>20</sup> Questa sostituzione del centro della riflessione giuridico-politica viene ben individuato da H. HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica* ("dello Stato" recita il titolo tedesco), Laterza, Roma-Bari, 2003.

<sup>21</sup> Cfr. *Dalla società di società*, 112-113. Non posso non ricordare, anche in relazione al prossimo §, il modo in cui libertà e negazione del governo vengono identificate nella trattazione della nona legge di natura nel *Leviatano* di Hobbes, dove, sulla base del concetto di libertà, si afferma che non è possibile non avere l'opinione che sia meglio governarsi da sé che venire governati da altri, in quanto essere governati significa essere schiavi, e dunque non essere liberi (cfr. Th. HOBBS, *Leviathan*, The English Works, ed. W. MOLESWORTH, vol. III, réimpr. Scientia Verlag, Aalen, 1966, cap. XV (trad. it. a cura di A. PACCHI, Laterza, Roma-Bari, 1989, 125).

Ma, paradossalmente, questa assolutizzazione del soggetto singolo e della sua volontà libera ha una conseguenza che spesso non è tenuta presente da coloro che ancor oggi pensano la politica come risultato dei *diritti degli individui*. Il procedimento razionale che parte dal principio della libertà dell'individuo conduce la *nuova scienza politica* alla necessità di un *potere assoluto*, un potere, prima impensabile, a cui il singolo deve ubbidire, ubbidire sempre, indipendentemente dai contenuti del comando politico. Grossi esprime con grande lucidità, contro opinioni diffuse anche tra i giuristi, che *giusnaturalismo* e *assolutismo* giuridico non sono due contrari, bensì due lati della stessa concezione<sup>22</sup>: l'assolutezza della positività della legge altro non è che il prodotto della costruzione teorica giusnaturalistica. In questo modo viene sfatata la leggenda che il giusnaturalismo moderno sia una dottrina che sulla base dei diritti naturali degli individui pone limiti al potere<sup>23</sup>. Infatti, se si leggono gli autori delle dottrine del contratto sociale, da Hobbes a Rousseau, da Locke a Pufendorf, fino ad alcuni teorici tedeschi del diritto naturale e della dottrina dello Stato di fine Settecento, persino fino a Kant e a Fichte per l'aspetto della loro recezione del diritto naturale<sup>24</sup>, non si rintraccerà nei loro testi l'intento di limitare il potere sulla base della razionalità dei diritti. Una tale limitazione comporterebbe l'accettazione del potere come una realtà esistente che ha un fondamento diverso dalla ragione. Ma non è così: il fine di questa *scienza* è di dar luogo ad una società razionale mediante un percorso (che si ritrova, nonostante le differenze, in tutti gli autori) che dai diritti degli individui conclude coerentemente al *diritto di coazione* proprio del soggetto collettivo. Questo è il potere politico razionalmente fondato, senza di cui i diritti sarebbero enunciazioni prive di effettività: un potere che è assoluto perché prodotto, come si vedrà, dalla stessa volontà libera dei singoli. È questo tragitto epistemico del giusnaturalismo che conduce a considerare il comando del legislatore (la legge) come *irresistibile*.

Grossi ha consapevolezza dell'articolazione di questo processo teorico quando critica il mito costituito dal "nesso" che lega insieme *popolo*, *sovranità popolare* e *rappresentanza politica*. Nella forma più sintetica viene così rico-

<sup>22</sup> Cfr. *Il costituzionalismo moderno*, in MG, 182.

<sup>23</sup> Questa è stata certo la funzione storica che la dottrina ha avuto nei confronti degli assetti di dominio empiricamente esistenti, ma non riguarda quel potere razionale e legittimo che è fondato nella teoria e apparirà storicamente nelle costituzioni moderne a partire dalla Francia rivoluzionaria.

<sup>24</sup> Lascio qui da parte gli aspetti per i quali questi due classici, al di là della ripresa del diritto naturale moderno, costituiscono anche una sua problematizzazione. Per la presenza della logica hobbesiana nella discussione tedesca di fine settecento anche in autori che esplicitamente a Hobbes si oppongono, si veda G. TONELLA, *Il problema del diritto di resistenza. Saggio sullo Staatsrecht tedesco della fine Settecento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

nosciuto che nel giusnaturalismo i concetti sono legati tra loro e funzionali ad un vero e proprio *dispositivo teorico*, che si imporrà nel corso della storia. E al centro di tale dispositivo sta il concetto di *rappresentanza*, come esprime bene il titolo del paragrafo dedicato a *un mito duro a morire: la rappresentanza politica*<sup>25</sup>.

La centralità del nuovo concetto di rappresentanza si può già percepire se si tiene presente che, nello stesso Hobbes, la scena del contratto sociale non sarebbe possibile senza la spiegazione (fornita nel capitolo XVI, che precede quello relativo alla istituzione del sovrano) di come sia possibile pensare una persona artificiale, cioè la *persona civile*, partendo non da corpi sociali differenti che, proprio a partire dalla loro differenza, possono trovare un accordo, ma da quella *moltitudine di individui* che è stata immaginata mediante lo stato di natura. Come è noto, con un rigore logico difficilmente confutabile, viene affermato che la sola possibilità consiste nel processo di *autorizzazione*, con il quale tutti si dichiarano *autori* delle azioni che l'*attore* (il rappresentante) compirà. La persona civile appare così possibile solo attraverso questo nuovo concetto di *rappresentanza*, che nasce come negazione del modo in cui il termine veniva precedentemente usato. Il rappresentante infatti ora non deve *rispecchiare* una volontà particolare esistente, ma piuttosto ha il compito di *dar forma* a quella volontà del soggetto comune, del popolo, che altrimenti non potrebbe avere nessuna volontà determinata. Nasce così un potere che è assoluto, in quanto frutto di un processo di *autorizzazione* e dunque tale che sono proprio coloro che obbediscono ad essere considerati gli *autori* del comando<sup>26</sup>.

Ben si comprende che qui non abbiamo più un popolo reale, costituito da una pluralità differenziata di aggregazioni, ma un concetto nuovo, quello di una totalità di individui uguali. Tale concetto si declina secondo due lati, che appaiono contrapposti tra loro: *popolo* infatti indica l'insieme di tutti i singoli che devono ubbidire, che sono molti, e contemporaneamente il soggetto collettivo – a cui solo spetta il potere – il quale è singolare ed ha un'unica volontà. Il movimento che ha il compito di unificare questi due aspetti è quello che caratterizza il concetto di rappresentanza. Grossi a ragione critica un tale meccanismo, dicendo che *questo popolo*, che dovrebbe essere sovrano, è una mera ipostasi, una unità astratta, un soggetto che non c'è. L'affermazione che

<sup>25</sup> Cfr. *Il costituzionalismo moderno*, in *MG*, 201.

<sup>26</sup> Nei cap. XVII e XIII del *Leviatano* si mostra con evidenza che l'assolutezza del comando del sovrano dipende dalla sua natura di rappresentante dell'intero corpo politico. Tale teoria legittimante non toglie certo il fatto che gli individui siano costretti ad ubbidire ad un comando il cui contenuto non è da loro stessi deciso. Perciò Grossi afferma che la *volontà generale* consiste in un artificio teso a mitigare l'odiosità del comando che proviene dalla legge (*Ibid.*, 211).

la sovranità popolare viene conclamata, ma esorcizzata, o svuotata di fatto<sup>27</sup>, credo si debba intendere nel senso che la finzione costituita dal nesso sovranità-rappresentanza in realtà priva di dimensione politica i cittadini e non consente di pensare un popolo reale, costituito da una pluralità di legami associativi e differenze. Insomma la sovranità del popolo, intesa come *potere rappresentativo*, comporta la perdita della realtà politica del popolo e del protagonismo politico dei cittadini<sup>28</sup>.

È proprio grazie alla teoria giusnaturalistica che nasce quello che Grossi denomina *il mito della legge* e la sua identificazione con il comando coercitivo, un mito che “costituisce la pietra angolare del nuovo edificio costituzionale”<sup>29</sup>. Infatti la legge non è più la ricerca di ciò che è giusto in relazione ad una società concretamente esistente, ma consiste nel comando del legislatore, giustificato in quanto *rappresentativamente* attribuibile al soggetto collettivo. Mentre prima la legge era il continuo tentativo di determinare l’idea di giustizia nel concreto della società, ora appare come l’atto che riduce la giustizia alla sua razionalità formale. Così viene realizzato il disegno di Hobbes, di fornire, contro le molteplici e opposte opinioni sulla giustizia, causa di guerre e di conflitti, quella definizione univoca del giusto che consiste nella *obbedienza alle leggi*. Perciò “il principe moderno è legislatore”. Mentre prima il suo compito era quello di *governare secondo le leggi*, ora il suo compito primario diviene quello di *creare la legge*. Questo mito si incardinerà nelle moderne costituzioni mediante la concezione della impersonalità della legge e della priorità del potere legislativo come garanzia del protagonismo politico del popolo e dei cittadini, e perciò di democrazia. Ma questa concezione si mostra *mitica*, se si ha la consapevolezza che l’atto che legittima l’organo legislatore è solo formale e che i cittadini mediante le elezioni scelgono (o credono di scegliere) i rappresentanti, ma non determinano il contenuto della legge, la quale è “un vaso vuoto” suscettibile di qualsiasi contenuto<sup>30</sup>.

Un’ultima osservazione, relativa alla affermazione di Grossi che la civiltà moderna, proprio nella sua “pretesa di proporsi come dissacratrice e demoli-

<sup>27</sup> *Ibid.* 205, 207.

<sup>28</sup> La necessaria funzione della *messa in forma rappresentativa* della moltitudine emerge anche nella democrazia diretta, proprio per il fatto che il compito logico è quello del passaggio dalla moltitudine indefinita degli individui alla volontà – unica, singolare – del popolo: perciò essa si converte in democrazia plebiscitaria, come si può comprendere se si esamina il *Contratto sociale* di Rousseau e se si riflette criticamente sui due principi della forma politica moderna quali appaiono nella *Verfassungslehre* di Carl Schmitt (cfr. G. DUSO, *La rappresentanza politica*, 2003, ora [www.ciripge.it](http://www.ciripge.it), 92-96 e 158-167).

<sup>29</sup> *Il costituzionalismo moderno*, 212.

<sup>30</sup> *Ibid.*

trice di miti, mostra al contrario di esserne una formidabile costruttrice”<sup>31</sup>. Il carattere rassicurante rappresentato dal concetto di libertà e dalla potenza del soggetto (individuale e collettivo) è la ragione del diffondersi dei concetti moderni come credenze e come valori indiscussi. È solo in seguito alla loro interrogazione che essi appaiono non solo come mere credenze, ma tali da produrre conseguenze contraddittorie con ciò che sembrano promettere. Questo aspetto doxastico non è in contrasto con la razionalità tipica della costruzione teorica. Si può anzi dire che il fondamento del mito consiste proprio nella pretesa di risolvere il problema del giusto operare dell'uomo e della comunità attraverso un dispositivo caratterizzato dalla purezza della razionalità formale. Questo dispositivo, che *partendo dalla libertà conclude nella sovranità attraverso la rappresentazione*, appare difficilmente aggirabile nella sua rigorosa coerenza. Ma, come riconosce lo stesso Hobbes, si tratta di una scienza che ha carattere *convenzionale*, il cui sviluppo incontraddittorio è possibile grazie ai *presupposti* da cui parte, che si condensano nel concetto di individuo e della sua libertà. Solo interrogando il punto di partenza e rintracciandone le aporie è possibile superare la razionalità formale della *teoria moderna* aprendo la via ad un pensiero diverso del diritto e della politica.

4. La contrapposizione tra Medioevo e Moderno è bene indicata nello stesso titolo del saggio “Giustizia come legge o legge come giustizia?”, domanda che riguarda anche noi e il nostro pensare il presente. Nel medioevo il diritto è calato nella pluralità delle forme associative della società, ed è caratterizzato da una funzione *ordinante*, come emerge dalla concezione della legge propria di Tommaso d'Aquino<sup>32</sup>. In questo carattere ordinante si possono riscontrare i due versanti del diritto che non sono riducibili al soggettivismo dell'atto di volontà. Da una parte la realtà plurale a cui l'atto ordinante deve essere funzionale; e dall'altra l'istanza del giusto che eccede la volontà soggettiva e non può essere risolta mediante una determinazione teorica a priori, che eviti il confronto condizionante con l'esperienza concreta. Mi pare che questi due versanti alludano ad una *ragione pratica*, che è ben altro che una ragione teorica di carattere geometrico. È ciò che viene cancellato da quell'assolutizzazione della volontà che caratterizza il dispositivo moderno, il quale non può certo negare la questione giustizia, poiché nasce proprio come tentativo di dare a tale questione una risposta certa, che sia per tutti

<sup>31</sup> *Oltre le mitologie giuridiche*, in MG, 44.

<sup>32</sup> Cfr. *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, in MG, 24; ma si veda *L'ordine giuridico medievale*, 139 e tutto il cap. VI.

valida e tale da realizzare l'ordine e la pace; ma tuttavia pretende di evitare il suo inquietante e destabilizzante ripresentarsi mediante la riduzione della giustizia alla legge.

Questa non è una trasformazione che si determini nell'alveo di un pensiero giuridico intrecciato con una società priva di dimensione politica. Quello che cambia è il modo di intendere il *giuridico* e il *politico*. Durante tutto l'arco di pensiero che dai Greci arriva al Moderno *polis, civitas, societas, respublica* sono termini che indicano la naturale politicità delle relazioni tra gli uomini quale si manifesta nella dimensione di una realtà autosufficiente (come può essere la *polis* in Aristotele o la *consociatio universalis* in Althusius). Certo il termine *politico* ha qui un significato diverso da quello moderno imperniato sul potere e si coniuga diversamente con il diritto. I soggetti politici agiscono nell'ambito di un orizzonte condiviso, che potremmo indicare come l'*ethos* collettivo di una comunità, nel quale il diritto, come si è visto, ha una grande rilevanza. La concettualità moderna comporta invece che il politico sia pensato mediante la ragione giuridica. Infatti con Hobbes nascono i fondamenti del diritto pubblico e perciò, a partire da lui, si può parlare di *forma politica moderna*, quella che sarà la forma-Stato. Ma proprio tale concezione, che sembrerebbe valorizzare la ragione giuridica, in realtà la perde nella sua autonomia. Infatti, paradossalmente, in questo modo il diritto viene assorbito dal potere e diventa un suo prodotto mediante la creazione della legge, che coincide con il comando del legislatore. Il diritto diviene così l'insieme delle leggi prodotte, e lo Stato si pone come fonte unica o decisiva del diritto.

L'insistenza con cui Grossi mostra il diritto come intrinseco alla società, come prassi autoordinante di essa, indipendente dal potere politico, potrebbe fare ritenere che ci sia una società pensabile *prima e senza* la dimensione politica. Se fosse così si avrebbe una surrettizia ipostatizzazione di quel concetto di *società civile* come società non politica, che in realtà nasce come concetto necessariamente collegato – e presupposto – a quello di Stato: di Stato infatti, in senso proprio, si può parlare solo quando nasce il concetto correlato di una *società civile* intesa come non politica<sup>33</sup>. Ma in realtà non è così: piuttosto quella società, non comprensibile con il concetto moderno di società civile, comporta un modo diverso di concepire il politico. Infatti, nel quadro dell'ordinamento giuridico medievale, parallelamente ad una diversa modalità del diritto, compare anche un modo di pensare la politica *altro* da quello che si inaugura con il potere moderno. Spiraglio di ciò è infatti una strana nozione,

<sup>33</sup> Cfr. a questo proposito le voci *Staat* e *Bürgerliche Gesellschaft*, in *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK-KLETT COTTA, Stuttgart, 1972-1992.

che compare nei testi di Grossi: quella di un *potere incompiuto*<sup>34</sup>. Questa incompiutezza non riguarda l'effettività e l'efficacia del comando politico (che quindi è presente), quanto piuttosto il carattere di monopolio del sociale, la sua compattezza, unicità e semplicità all'interno, e la sua *insularità* all'esterno. Si tratta di "un potere non totalizzante, non onnicomprensivo"<sup>35</sup>; potremmo dire non *autosufficiente* e autoreferenziale, tale cioè da implicare una volontà indipendente (libera), non condizionata da un "ordine delle cose", dal dover rendere conto nei confronti dell'istanza di giustizia, un potere *totalizzante*, perché non ha più nessuno di fronte a sé, in quanto nella sua rappresentatività comprende in sé tutti coloro che devono ubbidire (si ricordi il frontespizio del *Leviatano*, dove gli individui non sono *di fronte* al sovrano, ma costituiscono il suo corpo). Dunque il *potere compiuto*, richiamato in questa contrapposizione, è quello che non ha niente *sopra* e niente *sotto* di sé, che è *ab-solutus*, nel senso letterale del termine: questo potere non è nient'altro che la sovranità.

Non si può non riflettere sul fatto che la nozione di *potere incompiuto* presuppone quella di *potere* (questa volta compiuto), da cui appare necessario distanziarsi. Seguendo la lezione *metodologica* di Grossi sopra ricordata, non possiamo non tenere presente il significato di cui si carica nel nostro presente il termine di *potere*, e specificatamente di *potere politico*. Quando si dice che qualcuno detiene il potere politico, o potere supremo, si intende che si istaura una relazione tra chi comanda e chi ubbidisce tale da richiedere l'obbedienza sulla base della posizione che entrambi occupano nella relazione, e non certo del giudizio sulla giustezza del comando da parte di chi deve ubbidire. Ora il potere, inteso come una relazione formale, è concepibile solamente congiuntamente con la sua legittimazione, che altra non può essere, come sopra si è detto, che quella della moderna sovranità, secondo cui chi ubbidisce viene considerato l'*autore* del comando. Dire, come spesso si fa, sulla scia di un illustro filosofo politico, che il *potere sommo o politico*, che è legittimato dalla volontà dei singoli dal giusnaturalismo in poi, per gli antichi, o per un modello aristotelico che dura fino al Moderno, avviene per la forza delle cose, o è *per natura*<sup>36</sup>, è in realtà qualcosa di inconcepibile, e che non è stato pensato né dai Greci né dai medievali. Il *potere* non può che essere compiuto, in quanto legittimato.

<sup>34</sup> E questo un concetto ricorrente: cfr. *Dalla società di società alla insularità dello Stato*, 104, e il § "L'incompiutezza del potere politico", in *L'ordine giuridico medievale*, 41 ss.

<sup>35</sup> Cfr. *Un diritto senza Stato*, 75.

<sup>36</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, IV, 1, Utet, Torino, 1980, 491-591, e N. BOBBIO-M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1979, 17-109.

Da tempo ho cercato di avanzare una proposta a questo riguardo. Se usiamo il termine di *potere* al di là della costruzione teorica moderna, finiamo per fraintendere le fonti e perdere l'oggetto su cui indaghiamo. Inoltre, con il concetto di potere non riusciamo a comprendere il presente e il problema che esso ci pone. Se ci chiediamo cosa sia quel *potere incompiuto*, che ha il diritto e l'istanza di giustizia sopra di sé e la politicità dei membri plurali sotto di sé, un potere cioè che è doppiamente condizionato da elementi che possiamo in qualche modo chiamare "oggettivi" e che non è dunque autosufficiente e totalizzante, credo possa risultare di chiarimento riferirsi alla categoria di *governo*. L'antica immagine del *gubernare navem reipublicae*, risulta particolarmente illuminante, in quanto per la conduzione della nave bisogna confrontarsi con una serie di elementi oggettivi, come pure con la presenza dei governati, che sono *altri* dal nocchiero, a cui spetta la responsabilità della guida. Per il fatto che c'è un orizzonte oggettivo (i punti cardinali, i venti, le maree) indipendente dalla volontà sia del comandante della nave, sia degli imbarcati, e per il fatto che l'azione della guida è attribuibile al primo e non ai secondi (non sono essi gli *autori* del comando), questi ultimi possono giudicare l'operato di chi governa e, magari anche opporsi a costui.

Si tratta di quella *relazione di governo* che da Platone e Aristotele in poi sta al centro del pensiero politico. La questione della giustizia e la relazione di governo costituiscono i due assi fondamentali del pensiero della politica, e sono legati tra loro, come appare in modo mirabile al centro della *Repubblica* di Platone. Se giusto è fare il proprio meglio (*ta eautou prattein*) e se l'entità in questione è composta di parti, è *una unità plurale* (per Platone lo sono sia l'anima, sia la *polis*), per l'ordine dell'intero plurale, e per il realizzarsi al meglio di ogni parte, è necessaria una funzione di *guida* e di coordinamento. In ciò consiste il governo, che comporta comando, ma un comando che non è *in quanto* tale dominio, anche se nella relazione di governo empiricamente si può certo determinare dominio, come mostra il governo tirannico, che si può criticare proprio sulla base di ciò che significa *governare*. Ma su ciò mi sono (forse troppo) a lungo soffermato in altre sedi. Qui ricordo solo la consapevolezza espressa da Otto Brunner secondo cui, per tutto il tempo nel quale l'*oconomica* e la *politica* sono state discipline etiche, proprio a causa della pluralità che le caratterizza, è necessario tenere presente la funzione ordinante del principio del governo.

È a questo proposito illuminante il richiamo che Grossi fa al modo in cui Tommaso d'Aquino chiarisce il senso dell'*imperium*: "il comando è null'altro altro che un atto della ragione ordinante". Qui la dimensione del comando non viene tanto negata, quanto piuttosto assoggettata alla funzione stessa del governare, che è richiesta dall'ordine delle cose. In tal modo, al comando poli-

tico non appare strutturale quell'arbitrio della volontà che caratterizza il potere razionale e legittimo moderno. Il *governo* (in cui mi pare possa consistere quel *potere incompiuto*) è un comando condizionato dall'alto dalla questione della giustizia e dall'*ethos* collettivo della società, e dal basso dalla presenza di una realtà politica plurale e politicamente attiva da ordinare.

5. Come si è detto all'inizio, il lavoro storico-critico, che comprende la *diversità* del Medioevo e contemporaneamente denuncia i miti moderni, rende possibile un confronto con il presente ben diverso da quello che consentono le lenti dei concetti moderni. Alcuni elementi emersi nell'analisi del Medioevo risultano rilevanti a questo scopo, senza che quello medievale possa costituire un modello o un luogo per un nostalgico ritorno. Questo quadro si presenta chiaramente in relazione al tema della costituzione.

Diversamente da coloro che delineano lunghe storie del costituzionalismo, bisogna tenere presente la *rottura* con il passato prodotta dal moderno concetto di costituzione. Mentre quando si adopera il termine di *costituzione* per l'epoca premoderna, questo indica la costituzione materiale del corpo politico (appunto "come è costituito"), insieme all'*ethos* collettivo della comunità, elementi entrambi che determinano le condizioni e i limiti dell'azione di chi governa, la costituzione, come legge fondamentale, quale si afferma storicamente con la Rivoluzione francese<sup>37</sup>, implica, invece, l'annullamento di ogni vincolo preesistente, mediante l'atto di volontà dell'unico soggetto che può legittimamente dar luogo alla giusta costituzione dello Stato. È Sieyès che, attraverso la nozione di *potere costituente* (dunque di una volontà creatrice), pone la *nazione*, come soggetto che non è limitato da niente, dal momento che è esso a porre i limiti. Se è vero dunque che la costituzione, nel senso moderno, limita il potere costituito, è anche vero che essa presuppone un soggetto privo di limiti, onnipotente, che unico può porla.

Proprio in relazione al concetto di costituzione, mi pare venga confermata quella consonanza con la storia concettuale che ho indicato all'inizio. Grossi infatti afferma che si può certo usare il termine di "costituzione" per la realtà

<sup>37</sup> Come ha giustamente indicato Dieter Grimm (*Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*), in: ID., *Die Zukunft der Verfassung II*, Suhrkamp, Berlin, 2012, S. 315-344, trad. it., *La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato*, in *Scienza & Politica*, XX, n. 59, 131-156), la nascita della costituzione moderna comporta due tempi: uno teorico, che consiste nelle dottrine del diritto naturale e del contratto sociale, e uno storico, in cui il quadro concettuale nato nel giusnaturalismo diventa fondamento normativo per l'organizzazione del corpo politico e per la legittimazione del potere; e questo è costituito dalle Rivoluzioni, in particolare da quella francese.

pre-moderna, ma avendo coscienza della diversità di significato<sup>38</sup>. Se egli nutre qualche perplessità ad usare il sintagma di “costituzione in senso materiale”, per il pericolo di identificarlo con il significato, considerato troppo specifico e riduttivo, con cui lo usa Mortati, tuttavia, in relazione all’antica costituzione del vecchio regno di Inghilterra, intende il termine come indicante non certo una regola scritta, ma piuttosto la “presenza costituzionale sentita e vissuta nella dinamica storica di un popolo”<sup>39</sup>. Mi pare che un simile uso della nozione sia molto consonante con quello della *Begriffsgeschichte* tedesca (che, si ricordi, nasce nell’alveo della *Verfassungsgeschichte*, cioè di una storia costituzionale complessiva). Tale consonanza trova una conferma quando Grossi, nel momento in cui anticipa il significato della “autentica costituzione del mondo medievale”, per un chiarimento, rimanda alla nozione di *Verfassung* quale è utilizzato da Brunner, e ricorda che per tale nozione è rilevante la *Verfassungslehre* di Carl Schmitt, nella quale la costituzione è definita come «la concreta situazione di insieme, d’unità politica e di ordine sociale di un determinato Stato»<sup>40</sup>.

Questa ampia nozione di *Verfassung*, come costituzione complessiva di una società, non si ritrova più nel moderno concetto, il quale, invece, si basa strutturalmente sulla distinzione-separazione di società civile e Stato, che comporta una neutralizzazione politica della pluralità, relegata nella società, mentre il potere e la sua legittimazione sono concepiti secondo la logica della relazione tra i cittadini *eguali* (che singolarmente si esprimono nelle elezioni) e il potere coattivo dello Stato. Il compito appare allora quello di superare tale separazione, traendo vantaggio da quella concezione di *Verfassung* che consente insieme di comprendere il medioevo e di leggere la realtà contemporanea. Questo compito è imposto dai processi storici del Novecento, che sempre più hanno fatto emergere la dimensione politica della pluralità sociale anche a livello costituzionale. Se le costituzioni dell’Ottocento, sulla base di quanto emerge per la prima volta in quella francese del 1791, sono dominate dal mito che lega insieme *popolo*, *sovranità* e *rappresentanza politica*, cioè dalla logica della so-

<sup>38</sup> Cfr. *Prima lezione di diritto*, 86-87.

<sup>39</sup> Cfr. GROSSI, *Giudici e legislatori*, in *ID*, 110.

<sup>40</sup> Cfr. *L’ordine giuridico medievale*, 35. Il rimando a O. BRUNNER, (*Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del medioevo*, in *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1970), appare significativo, per la consonanza indicata, già a partire dal titolo del saggio citato. Mi pare che l’orizzonte del lavoro di Brunner, teso ad una complessiva *Verfassungsgeschichte*, sia parallelo a quello portato avanti da Grossi. Per entrambi poi la nozione di *Verfassung* non può essere intesa come legata e dipendente dalla nozione di Stato e dalla conseguente decisione politica fondamentale, come avviene invece per Schmitt, e questo per la centralità che ha per entrambi la dimensione della pluralità.

vrantà, le cose, secondo Grossi, cambiano a partire dall'esperienza di Weimar, e questo cambiamento si può registrare in modo emblematico nella nostra costituzione italiana, che sarebbe esempio di un'era *pos-moderna*, denominazione questa che conferma l'identificazione della concettualità moderna con la logica della sovranità<sup>41</sup>. Si possono qui indicare almeno alcuni tratti che evidenziano il superamento del monolitismo della sovranità e, nello stesso tempo, la fecondità dell'attraversamento del Medioevo.

Il primo carattere rilevante proviene dallo stesso processo costituente, che, al di là del mito della decisione del popolo come soggetto unitario e onnipotente, vede all'opera i Padri costituenti che, provenendo da esperienze culturali diverse e legati a diverse forze sociali, cercherebbero di superare le contrapposizioni ideologiche al fine di un accordo secondo ragione, cercando di riferirsi all'*ethos* della società e insieme di indirizzarlo<sup>42</sup>. È difficile rintracciare nello scenario del lavoro costituente una effettiva pluralità di membri del corpo politico, ma certo il lavoro dei costituenti è teso a trovare un accordo a partire da una diversità di concezioni e anche da una diversità di bisogni delle forze della società a cui i partiti si riferivano. Dunque la regola dell'*accordo* tra diversi si sostituirebbe di fatto alla monolitica decisione del popolo costituente come soggetto unitario<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Per questa nozione di "pos-moderno" lo stesso Grossi ha espresso spesso insoddisfazione. In effetti essa potrebbe indurre ad alcuni fraintendimenti. Innanzitutto quello secondo cui le epoche avrebbero una loro autosufficienza e si porrebbero una dopo l'altra in una linea di progresso; cosa questa che non mi sembra consentita dall'intreccio sopra indicato tra comprensione dell'ordine medievale e critica alle mitologie moderne. Inoltre, proprio grazie a questo sviluppo progressivo, essa potrebbe indurre a pensare che nella nostra costituzione sono definitivamente superate le aporie prodotte dal dispositivo della sovranità. Bisogna ricordare che, se è vero che i concetti moderni determinano una cesura, ciò secondo Grossi non esclude che ci sia una continuità nella realtà, in relazione ai "grandi problemi, quelli legati alla vita che non ha cesure nella storia, ma ogni civiltà vive a suo modo" (cfr. *L'Ordine giuridico medievale*, 12). Io tenderei perciò ad intendere tale espressione nel senso che nel Novecento, e in particolare nella costituzione italiana, emergerebbe non solo una realtà che mai è stata catturata e ridotta a sé dalla razionalità formale dei concetti moderni, ma anche la consapevolezza della rilevanza politica di una società plurale che esige di contare politicamente al di là della neutralizzazione operata dal pensiero costituzionale affermatosi con la Rivoluzione francese.

<sup>42</sup> La funzione di una legge intesa come espressione della società non consiste nella immediata recezione della realtà empirica della società quale si presenta, ma svolge nei confronti della società anche una funzione di orientamento e di guida, Grossi dice "di ordinamento" (tale dialettica tra realtà dei costumi e legge emerge con chiarezza in P. SLONGO, *Il movimento delle leggi. L'ordine dei costumi in Montesquieu*, Franco Angeli, Milano, 2015).

<sup>43</sup> C'è da notare che la necessità di trovare un accordo è imposta ai Padri costituenti dalla urgenza di produrre una volontà maggioritaria. Ora la regola della maggioranza di per sé non è consona al gesto dell'accordo tra diversi, ma piuttosto alla produzione di un'unica volontà; però in questo caso si trova a svolgere una diversa funzione, grazie alla ampiezza che caratterizza

Inoltre nella costituzione emergono dei valori, che non sono riducibili alla razionalità formale che caratterizza le procedure costituzionali, ma indicano alcuni elementi condivisi di giustizia, che devono costituire punti di riferimento per l'esercizio dei poteri. Tali punti di accordo in qualche modo corrispondono dall'*ethos* complessivo di quella società concreta che esce dall'esperienza fascista. Essi vengono ad avere una rilevanza non solo morale, ma *costituzionale*, nel momento in cui nella costituzione sono introdotti organi, come quello della Corte costituzionale, che non hanno alla loro base il principio democratico della elezione. Il lavoro della Corte costituzionale tende a rendere efficaci quei valori, rivitalizzando così continuamente, nel concreto delle situazioni, l'atto costituente e lo sforzo razionale di determinare il giusto nella situazione contingente. Emerge in tal modo una dinamica che eccede la dogmatica, tipica della sovranità, tra potere costituente e potere costituito.

Un elemento fondamentale è quello costituito dalla *pluralità*, che è, innanzitutto, pluralità della società. Se è vero infatti che nella costituzione non si può negare la centralità del ruolo del concetto di cittadino come individuo, tuttavia appaiono presenti una serie di realtà associative in cui i cittadini concretamente vivono e si esprimono, evidenziando così una partecipazione alla vita politica che non si riduce al semplice atto del voto. In tal modo si avrebbe un riconoscimento delle formazioni sociali, riconoscimento che era scomparso nelle costituzioni moderne mediante una logica bene evidenziata nella Rivoluzione francese dalla legge Le Chapelier. A tale pluralità della società, in cui è recuperata la politicità delle società intermedie<sup>44</sup>, appare collegato anche un pluralismo giuridico, come emerge dagli interventi di La Pira nell'assemblea costituente.

Una tale presenza della società plurale non può non trasformare il senso della legge: non più atto di volontà arbitrario e autosufficiente del legislatore, ma frutto di una complessa vita della società, che riapparirebbe in tal modo come la potenza da cui emana il diritto, secondo quella concreta vita della comunità degli uomini che la sovranità ha finito per negare, rendendo autonomo dal concreto della società il dispositivo di formazione e di legittimazione della legge<sup>45</sup>.

l'area della democrazia cristiana e quella dei due partiti di sinistra, nessuna delle quali è maggioritaria, ragione per cui l'accordo tra le due appare coinvolgere una grande parte delle forze politiche, e indirettamente una larga parte delle forze della società a cui i partiti fanno riferimento.

<sup>44</sup> Cfr. GROSSI, *Giacobinismo giuridico*, in *MG*, 160, dove "l'autentica politicità" è considerata risiedere nelle società intermedie. La politicità delle aggregazioni mi sembra elemento decisivo per superare una concezione della democrazia determinata dall'orizzonte della sovranità, e perciò basata sull'individualismo, perché solo nelle aggregazioni emergono bisogni, esperienze e competenze, ed è dunque possibile una valorizzazione politica delle differenze e un superamento del cortocircuito tra individuo isolato e massa (da Grossi giustamente auspicato).

<sup>45</sup> Questo aspetto è bene messo in rilievo, in relazione a *L'invenzione del diritto*, da F.M. DE

6. Anche da questi scarni cenni si può capire quanto sia rilevante il lavoro dello storico per comprendere la realtà *costituzionale* che caratterizza il nostro presente, e quali siano i nodi oggi da pensare – dal punto di vista delle categorie e da quello dell’assetto costituzionale – per sfuggire al “mito” che lega insieme individuo, libertà, popolo, sovranità, rappresentanza. Non si può non riconoscere l’attenzione che la nostra costituzione dedica alla complessità della società, come pure ad una articolazione di funzioni che tende a superare l’espressione di una volontà sovrana. Ma, proprio se si condivide la novità che la nostra costituzione comporta, come pure la comprensione del presente propria di Grossi, non si può evitare di chiedersi se siano del tutto superati gli effetti aporetici di quel nesso tra i concetti di rappresentanza e sovranità del popolo che ha caratterizzato le costituzioni moderne a partire da quella francese del 1791; inoltre, se siamo definitivamente usciti dal quadro indicato da Grimm, secondo il quale la distinzione-separazione di società civile e Stato, che sta alla base delle moderne costituzioni, impedisce strutturalmente di concepire una pluralità di soggetti politici<sup>46</sup>.

Innanzitutto non si può non notare che il concetto di individuo gioca ancora un ruolo decisivo nelle elezioni, che sono solitamente considerate la modalità di *partecipazione* del cittadino specifica della democrazia. In quest’atto il singolo è *isolato*, sottratto dalle relazioni in cui vive, e anche dai suoi bisogni ed esperienze. Quella che viene normalmente indicata come la manifestazione della sua volontà in realtà coincide con l’espressione della sua *opinione* sul problema del governo di processi che non conosce o, più precisamente, sui partiti che meglio dovrebbero risolverli, partiti per i quali la fiducia dei cittadini è arrivata ad un minimo storico. Se da un lato non può non turbare il ruolo che gioca qui l’arbitrio dell’opinione, dall’altro diventa evidente il dominio che viene esercitato da chi possiede i mezzi d’informazione e riesce a sfruttare l’immediatezza di quella opinione. In un cortocircuito perverso, lo stesso agire del corpo rappresentativo, nell’atto della legislazione come in quello del go-

SANCTIS, che nel suo saggio *Il ritorno” del diritto: dalla creazione all’invenzione* (“Filosofia politica”, 2/2018, sp. 344) mostra come, in questa prospettiva, il legislatore sia costretto a togliersi la maschera assolutizzante di una volontà imperativa, per lasciarsi guidare da una ragionevolezza che ha nella realtà sociale la sua base. Ci si può per altro chiedere se sia questa ragionevolezza a caratterizzare l’agire del legislatore nella nostra situazione.

<sup>46</sup>La domanda sulla capacità della costituzione democratica di includere una effettiva pluralità politica è stata alla base di un convegno internazionale, i cui atti sono contenuti nel volume *Ripensare la costituzione: la questione della pluralità*, a cura di M. BERTOLISSI-G. DUSO-A. SCALONE, Milano, 2007 (ora [www.cirlpge.it](http://www.cirlpge.it)). Questo testo è stato ripreso in un convegno tenutosi a Venezia il 18 settembre 2008 alla presenza del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano (cfr. M. CACCIARI-G. DUSO-M. BERTOLISSI-G. NAPOLITANO, *La costituzione domani*, Marsilio, Venezia, 2008).

verno, corre il rischio di non avere tanto come finalità il bene della comunità, quanto piuttosto quello della rielezione e del mantenimento del potere. Gli aspetti negativi che vengono spesso indicati con i termini di *leaderismo* e *populismo* appaiono in tal modo connaturati allo stesso strumento delle elezioni<sup>47</sup>, e dipendono dal compito, ancora oggi strutturale, del passaggio dalla moltitudine indifferenziata di individui all'unica volontà che si esprime nel comando politico. In questo dualismo della relazione cittadini-Stato, l'individuo, sottratto dalle aggregazioni e da una loro funzione politica, appare coerente con la dimensione della massa.

Dal momento che l'elezione non trasmette volontà determinate nei loro contenuti (si ricordi il *mandato libero* che caratterizza la rappresentanza nella costituzione), la sua funzione è ancora quella della *autorizzazione*, con cui si legittima colui o coloro che fanno la legge<sup>48</sup>. E il corrispettivo di tale processo di autorizzazione del corpo rappresentativo consiste nella decisione del contenuto della legge da parte del legislatore, che è svincolato da uno specifico mandato. E questa è la volontà unica che, proprio in quanto attribuita al popolo, vincola tutti, al di là del giudizio se la legge sia giusta, anche quando questa sembra contrastare con il comune senso di giustizia di tanti cittadini<sup>49</sup>. Si pensi ad esempio alle cosiddette "leggi ad *personam*" o alle leggi oggi sui migranti. È ben vero che nella stessa costituzione la presenza del cittadino non si limita al voto, ma è da chiedersi se questo modo – tipico della sovranità moderna – di formazione del corpo rappresentativo e di produzione della legge possa favorire l'espressione concreta della pluralità sociale o piuttosto non la ostacoli.

Il meccanismo formale che sta alla base della legge viene certo corretto dal ruolo fondamentale del giudice – su cui Grossi continuamente insiste –, che viene a costituire un contrappeso effettivo al potere legislativo e a contrastare una possibile dittatura della maggioranza. In esso riemerge un esercizio della *ragione pratica* che relativizza la pretesa assolutezza della legge e riattiva, come si è visto, quella relazione alla giustizia che non può non caratterizzare il dirit-

<sup>47</sup> È significativo il fatto che quando l'elemento democratico dell'elezione è stato introdotto nella vita dei partiti mediante le cosiddette *primarie*, ciò abbia contribuito alla dissoluzione dei quadri dirigenti, dell'articolazione e del dibattito interno al partito, in favore di un rapporto diretto, appunto, tra leader e massa.

<sup>48</sup> Ovviamente il problema è più complesso, ma tale complessità non giunge a superare la logica e le aporie dell'autorizzazione (cfr. G. DUSO, *Parti o partiti? Sul partito politico nella democrazia rappresentativa*, "Filosofia politica", 1/2015, 11-38).

<sup>49</sup> È quanto Grossi denuncia a proposito dello Stato moderno cfr. *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, in *MG*, 16.

to<sup>50</sup>. Ma è da ricordare che la Corte opera in seconda istanza, qualora il suo giudizio sia attivato, e in ogni caso non sostituisce l'attività legislativa. Anche le autorità di controllo contribuiscono a impedire l'onnipotenza del legislatore e a togliere alla legge il carattere di comando indiscutibile. Ma, come si può spesso riscontrare, è continuo il tentativo dei partiti di controllare tali autorità. Sorge allora la domanda se tali istanze che non dipendono dal principio democratico dell'elezione, costituiscano un correttivo sufficiente al processo di autorizzazione e di produzione della legge.

Il problema diviene più acuto se si riflette su come funziona il Parlamento. Che questo sia il luogo dell'accordo e della sintesi tra interessi e punti di vista diversi è una *narrazione* consolante, che però non dà conto di ciò che realmente avviene. I partiti, dopo avere assolto nel Novecento una preziosa funzione di trasmissione nello scenario politico di bisogni e diritti di grosse parti della popolazione, sono divenuti sempre più organizzazioni in sé chiuse, separate dalla società, autoreferenziali, con la tendenza ad imporre la propria volontà. Tutti i partiti, anche quando, al di là di una cinica tendenza alla conquista del potere, manifestano la lodevole intenzione di esercitarlo per il bene dei cittadini, ritengono di poter fare questo nel modo migliore se ottengono la maggioranza assoluta, e dunque se possono imporre come unico il proprio punto di vista. È questa una conseguenza inevitabile di una democrazia basata sulla competizione elettorale, come hanno mostrato i grandi sociologi del primo Novecento. L'intenzione di usare bene il potere, comporta che innanzitutto sia necessario conquistarlo, e visto lo scenario di concorrenza tra i partiti come soggetti (più che tra fini o programmi differenti), la tendenza è quella di conquistare il potere e di usarlo contro tutti gli altri.

La regola della condotta dei partiti nel Parlamento è tutt'altra che quella dell'*accordo*, tipica di una realtà plurale. Si può al più dare un compromesso tra due o più competitori che non riescono da soli a conquistare la maggioranza, ma questo al fine di esprimere una volontà maggioritaria che vale per la totalità. La regola della maggioranza non è consona a quella dell'accordo; non a caso è presente nel XVI capitolo del *Leviatano*, e appare mezzo indispensabile

<sup>50</sup> La formalità della legge non è autosufficiente e non dà ragione nemmeno della sua efficacia nella realtà, come ha ben mostrato De Sanctis a proposito dello stesso Hobbes, nel quale la figura del giudice viene a problematizzare la razionalità formale, la quale, non solo non riesce a rendere conto della realtà della vita della società, ma nemmeno dello stesso operare concreto della legge (*Il sovrano all'opera: le ragioni del giudice*, in "Luoghi" e "tempi" del pensiero giuridico, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, 85-132. Sul tema si veda anche M. PICCININI, "I speak generally of Law", "Scienza e politica", XXVI, n. 51, 2014, 119-163 e P. PASQUINO, *Prolegomena to a Theory of Judicial Power: The Concept of Judicial Independence*, in Theory and History, "Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito", 2/2010, 193-200).

per la produzione dell'unica volontà sovrana da parte di un'assemblea. L'unicità della volontà che si produce nel Parlamento e nel Governo, viene a produrre effetti preoccupanti nell'incrocio tra il *parlamentarismo puro* che caratterizza la nostra costituzione, secondo il quale l'esecutivo è immediato riflesso della maggioranza parlamentare, e la presenza dei partiti come *soggetti politici* ("Stato dei partiti")<sup>51</sup>. Un tale incrocio rischia di neutralizzare la funzione di controllo e di contrappeso dell'esecutivo che dovrebbe essere propria del Parlamento secondo il principio della divisione dei poteri. Infatti, se è vero che le decisioni prese formalmente in Parlamento sono in realtà frutto della volontà formatasi *fuori* dal Parlamento ad opera dei partiti (meglio dei capi-partito) di maggioranza, è anche vero che questi ultimi verificano la loro compatibilità e il loro compromesso, di giorno in giorno, nell'azione di governo. Per questo, nell'alveo di una costituzione basata su una concezione parlamentaristica della democrazia, paradossalmente, accade che il potere si concentri nel Governo, il quale, nell'ottica moderna della concezione della legge come espressione della volontà del popolo, era stato inteso come organo *esecutivo*. È ben vero che ci sono altri contrappesi al potere del Governo, come sopra si è detto, ma tale rischia di non essere il Parlamento, secondo quanto la costituzione sembra richiedere<sup>52</sup>.

È da chiedersi se i mali propri dell'assolutismo giuridico, da Grossi lucidamente denunciati<sup>53</sup>, siano effettivamente scomparsi dal nostro Parlamento, oppure se la loro presenza sia causata non solo dalla qualità della attuale classe politica, ma anche da ragioni strutturali, dipendenti dal ruolo che alcuni concetti *moderni* hanno ancora per l'assetto e le procedure costituzionali. Mi pare che, se si riconoscono nella nostra costituzione quegli elementi innovativi che Grossi mette bene in evidenza, si ponga anche il compito di superare la fun-

<sup>51</sup> Anche se tali non sono i partiti secondo la lettera della nostra – e non solo nella nostra – costituzione. Che i partiti siano soggetti, organi, o membri politici, andrebbe contro la logica moderna della legittimazione del potere. Nella nostra costituzione (art. 49) sono infatti considerati come una mera modalità di autoorganizzazione dei cittadini per concorrere, con metodo democratico (cioè attraverso le elezioni che si basano sul concetto moderno di rappresentanza, che esclude una pluralità di soggetti) a determinare la politica nazionale; ci si chieda tuttavia se ciò corrisponde alla realtà che abbiamo di fronte.

<sup>52</sup> In questo quadro si produce anche uno stravolgimento delle funzioni degli organi legislativo ed esecutivo: per quanto è stato sopra detto, rischia infatti di essere il Governo il vero luogo di formazione delle leggi, contro il dettato costituzionale che lo ravvisa nel Parlamento, il quale solo in casi particolari e con limitazioni lo può delegare al Governo (art. 76).

<sup>53</sup> Mi riferisco a: pletoricità dell'attività legislativa, tendenza a tutelare mediante la legge interessi particolari, sordità nei confronti dei bisogni emergenti nella società, impotenza per la divisione presente nel Parlamento, perenne contrapposizione partitica, per cui conta *chi* fa e non *cosa* fa (cfr. *Prima lezione*, 93).

zione fondante che hanno avuto i concetti di *rappresentanza* e *sovranità del popolo*, e di individuare cosa comporti una concezione dell'uomo e della società diversa da quella della sovranità per l'ordine costituzionale e per le eventuali linee di trasformazione della carta costituzionale.

Riflettendo non tanto su modelli costituzionali (non ne avrei la competenza e forse non è questa la questione), ma soltanto sul legame esistente tra concetti-valori e assetti costituzionali, mi pare che la mossa fondamentale di riconoscere alla base della politica non gli individui, ma la pluralità, cioè le relazioni concrete in cui essi sono, comporti come dimensione strutturale della politica anziché la decisione rappresentativa, la *koinonia*, la comunanza, l'accordo tra diversi (che non può darsi tra individui, ma tra gruppi e aggregazioni), e dunque il *patto*, non nel senso del *contratto sociale*, a torto anche oggi spesso richiamato per una realtà plurale come l'Unione europea, ma in quello del *foedus*, che non è un mero compromesso di convenienza tra interessi diversi, ma il ritrovarsi come soggetti differenti in una stessa realtà politica, mediante il riconoscimento di un comune orizzonte di giustizia, senza di cui non c'è vita della società.

Se è *l'accordo tra soggetti diversi* a consentire il superamento dell'individualismo, mi chiedo se non sia necessario rintracciare nell'assemblea collegiale costituita dal Parlamento quella pluralità territoriale e sociale che attualmente, lungi dall'essere rappresentata, è piuttosto neutralizzata proprio dal ruolo che hanno assunto i partiti. Mi chiedo inoltre se un Parlamento plurale di questo tipo non debba comportare il superamento del mito del *potere legislativo*, e dunque non tanto produrre, come succede ancora oggi, una infinità di leggi che dovrebbero servire a governare (e che in realtà cambiano con il cambiare dei governi), ma piuttosto far rivivere quel tentativo di accordo sulle regole fondamentali di giustizia presente nel lavoro dei Padri costituenti. E ancora, affinché ci sia una reale dialettica tra Parlamento e Governo, se non sia necessario uscire dal *parlamentarismo puro* che caratterizza il nostro assetto costituzionale, e dunque riconoscere maggiore autonomia e responsabilità alla funzione di governo – insomma pensare il comando politico mediante l'ottica della *categoria del governo* anziché quella del *potere rappresentativo*. Paradossalmente, è proprio intendendo l'azione di governo nella sua autonomia e responsabilità che si può uscire dalla situazione attuale, nella quale in realtà il potere è concentrato nell'esecutivo<sup>54</sup>, e

<sup>54</sup> Per questa concentrazione del potere nell'esecutivo cfr. P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Seuil, Paris, 2015. Proprio a margine di questo testo ho tentato di mostrare la rilevanza della categoria del governo per ripensare la democrazia, finora concepita nell'orizzonte della sovranità (*Buon governo e agire politico dei governati: un nuovo modo di pensare la democrazia?* “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XLV (2016), 619-650).

si può ritrovare nel Parlamento un organo superiore al Governo, in quanto espressivo della società plurale.

Un governo che non sia inteso nell'orizzonte del *potere rappresentativo*, si troverebbe infatti ad avere, oltre a quelli previsti nella nostra costituzione, come effettivi contrappesi, sopra di sé un Parlamento plurale, che determina le regole e, sulla base di esse, esercita un effettivo controllo, e sotto di sé una pluralità di realtà associative – che devono acquisire un maggior peso politico-costituzionale –, le quali verrebbero a condizionare quella funzione di guida e governo che deve operare, per quanto può, all'accordo delle istanze e dei bisogni differenti, e infine assumere la responsabilità della decisione<sup>55</sup>. Questo maggior peso politico dei gruppi non coinciderebbe con il trionfo degli interessi particolari: infatti essi, proprio in quanto responsabilizzati politicamente, sarebbero costretti a perdere la loro fissa identità “corporativa”, e anche a mutare in direzione di quel bene comune a cui devono risultare funzionali. La dialettica continua di azione di governo e presenza politica delle aggregazioni potrebbe comportare anche un superamento di quelle anomalie provocate dai partiti in quello che è stato denominato *Stato dei partiti*. Essi infatti verrebbero a perdere il ruolo di esclusivi soggetti politici e sarebbero riportati alla funzione di mediazione nei confronti dei concreti bisogni e competenze espressi dai raggruppamenti sociali, in modo più consono a quanto la nostra stessa costituzione recita.

In questo quadro un reale popolo *plurale* potrebbe mostrare un protagonismo politico che è strutturalmente negato dalla finzione del popolo unitario che caratterizza la democrazia, non solo nella sua forma *rappresentativa*, ma anche in quella diretta. Proprio riconoscendo di *essere governati* (contro la cattiva utopia della identità di governanti e governati) i cittadini potrebbero acquisire una dimensione *partecipativa*<sup>56</sup>, che non si realizza certo attraverso quel voto che consiste in un mero atto di autorizzazione. Essi si troverebbero ad essere *sopra* il governo, nell'espressione dell'*ethos* collettivo che emerge nella pluralità dell'assemblea collegiale, e presenti *di fronte* al governo – che non li *rappresenta* –, con l'espressione dei loro bisogni, esperienze e compe-

<sup>55</sup> Ben si comprende che la *decisione* del governo, condizionato dall'alto e dal basso e teso a consentire e favorire l'ordine della realtà plurale, è cosa ben diversa dalla decisione sovrana teorizzata da Schmitt.

<sup>56</sup> È l'attraversamento della *Politica* di Althusius che può essere di aiuto per liberarsi del moderno concetto di *potere* (cioè un “potere compiuto”, per dirla con il nostro Autore), facendoci capire che un popolo plurale e reale, proprio in quanto non si autogoverna, non esprime cioè come soggetto singolare il comando politico, può costituire una grandezza – non idealmente, ma realmente, costituzionalmente – superiore a colui a cui è affidato il compito di governare. Inutile precisare che non costituisce certo un *modello* per noi quell'Althusius che è legato alle gerarchie di uno stato cetuale e non pensa ancora alla luce del moderno principio della libertà soggettiva.

tenze. In tal modo essi non conterebbero *tutto*, come sembra pretendere la curiosa e insostenibile immagine dei *cittadini sovrani*, ma non potrebbero *non contare*, per la parte piccola, tra le altre, che loro compete.

Tenderei ad intendere il messaggio che viene dal richiamo di Grossi ad un peso sempre maggiore della società a scapito dello Stato, proprio tenendo conto del suo notevole lavoro storico, non come il mantenimento della separazione di società civile e Stato, ma come il compito di superare tale separazione, concependo il politico in modo diverso da quello che connota la dottrina dello Stato. In questa direzione l'analisi non pre-giudicata dell'esperienza medievale e del pensiero pre-moderno mostra tutta la sua produttività per un compito che non intende ritornare a modelli antichi, ma pensare la politica nell'orizzonte della nostra contemporaneità, che i concetti *moderni* non ci permettono né di comprendere, né di orientare.

Arrischiate considerazioni queste, che intendono solo esprimere alcuni interrogativi dettati dall'urgenza di uscire dalla crisi attuale, alla quale contribuisce anche una *impasse* del pensiero, che, anche quando riconosce alcune difficoltà del sistema in cui siamo, non sa dare alcuna indicazione per la sua trasformazione. Se fosse vero che la nostra costituzione democratica non è del tutto uscita dall'orizzonte della sovranità e dalle aporie che la connotano, allora si porrebbe il compito di individuare il modo in cui l'istanza di giustizia e la realtà della pluralità e delle differenze devono venir pensate *costituzionalmente*, prendendo anche la via di trasformazioni che la costituzione, come cosa viva – come riconosceva lo stesso Hegel – richiede. Ciò pur nella consapevolezza, coerente peraltro con la nozione di *Verfassung* sopra indicata, che la costituzione formale ha perso la sua pretesa di regolare dall'alto, normativamente, diritto e società<sup>57</sup>, ma deve consentire e facilitare, per quanto possibile, quel concreto movimento della società che l'imporsi della razionalità formale ha di fatto limitato.

<sup>57</sup> Si ricordi il termine “decostituzionalizzazione” (*Entkonstitutionalisierungprozess*) utilizzato da HASSO HOFMANN in *Vom Wesen der Verfassung*, Humboldt-Universität, Berlin, 2002, (*L'essenza della costituzione*, in H. HOFMANN, *La libertà nello Stato moderno*, Guida, Napoli, 2009, sp., 45-54; si veda anche ID., *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, in CHIGNOLA-DUSO, *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, cit., sp., 236-237) e da A. BRANDALISE, *Democrazia e deconstituzionalizzazione*, in *Filosofia politica*, 3/2006, 403-414.