

Diritto, popolo, coscienza giuridica

di Jacopo Volpi

«Il diritto astratto è quella veste che è fatta per tutti e non s'adatta a nessuno»
Giovanni Gentile (1875-1944)

Il rapporto tra dimensione astratta e concretezza rappresenta un tema centrale nella teoria del diritto, attorno al quale gravitano una costellazione di ulteriori interrogativi. La concezione della giuridicità oltre ad associarsi, comunemente, ad un insieme di oggetti normativi (quali lo Stato, il governo, i tribunali ecc.), ad alcune attività peculiari (es. il ricorso all'uso della forza nei confronti dei recalcitranti), ad azioni o complesso di azioni positivamente determinate (es. l'organizzazione della cooperazione tra soggetti), viene anche riconnessa all'idea che si debba rispettare un insieme di "regole" le quali possiedono dei precisi caratteri riassumibili, indicativamente, in quelli della impersonalità, generalità ed astrattezza[1], prodotti ideologici dello Stato liberale (di diritto) ottocentesco. Tale insieme di prescrizioni come "oggetti ideali", tuttavia, presentano, fin da subito, un inconveniente: esse non riguardano un individuo determinato nella puntualità della sua azione specifica, bensì una classe di soggetti ed una classe di azioni, inscritte in un arco spazio-temporale[2]. Pertanto, la questione che si pone fin da subito concerne in che termini, e secondo quali modalità, avvenga il passaggio dalla normazione generale ed astratta ai provvedimenti individuali e concreti. La risposta a suo tempo fornita da Benedetto Croce, negando rilievo filosofico alla legge in quanto volizione astratta, non poteva non ricondurre la sfera del giure ad un piano di irrealità: o agiamo per la legge, e allora la nostra azione è etica, o agiamo in funzione della legge, e allora la nostra azione è economica[3]. Ad ogni modo, tuttavia, Croce riconosceva un ruolo alla legge giuridica laddove la considerava momento preparatorio rispetto alla successiva volizione concreta individuale. Proprio il "medium" di transizione sarebbe rappresentato dall'attività ermeneutica di uno specifico organo statale a ciò predisposto, sia nel caso di attività applicativa, che nell'ipotesi di attività esecutiva (benché tale distinguo risulti per certi versi fuorviante, come Kelsen ha largamente dimostrato). Tale passaggio di evoluzione strutturale dalla dimensione generale-astratta a quella individuale-concreta, non si riduce, esclusivamente, alla sfera cosiddetta applicativa della norma di diritto, secondo lo schema distintivo tra "norma di diritto" e "norma di attuazione di diritto", con le conseguenti ricadute sul piano della correttezza formale e sostanziale[4]. Secondo tale logica, infatti, la disposizione normativa richiederebbe sempre la presenza di un soggetto qualificato che, in tal senso, provveda a compendiare in atto decisorio ciò che vige nelle condizioni di normalità legislativa. Ora, tale passaggio, invero, non avviene soltanto laddove insista un'autorità preposta che innesti una componente decisoria all'interno della pluralità dei significati normativi[5]. O almeno, vorremmo mettere in questa sede in evidenza come ciò avvenga, altresì, nel momento stesso in cui a livello "psicologico" il cittadino si renda silenziosamente ottemperante rispetto alla norma statuita. Seguendo Ehrlich, infatti, se si concepisse il rapporto tra norma generale-astratta e provvedimento individuale-concreto come esclusivamente correlato all'autorità che applica la sanzione in virtù della violazione interna alla fattispecie, non riusciremmo a spiegarci per quale motivo moltissime norme risultano silenziosamente rispettate[6]. In tali casi, è lo stesso soggetto che opera quale componente attiva dello Stato e che si fa, in questo senso, promotore e sostenitore del diritto[7]. Il comune cittadino, dinanzi al disposto dell'art. 575 del codice penale italiano, il quale sancisce che «Chiunque cagiona la morte di uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno», compie esso stesso quel ruolo di medium tra il «chiunque» e l'«uomo», traendone la consapevolezza che quel «chiunque» si

traduce nel «io-tu-noi» e quell'«uomo» si sostanzia nel tuo «prossimo». Tale trasposizione, all'apparenza ovvia, assume tutta la sua problematicità laddove si prenda coscienza dell'idea che essa avvenga, in termini quantitativi, all'interno dell'incidere psichico di una parte cospicua di cittadini i quali, pertanto, nella propria attività quotidiana hanno ben presente le norme basilari del diritto nazionale e le assumono come criterio di orientamento per le proprie azioni. La soglia di "obbedienza", a cui questo problema va incontro non è, ovviamente, sotto valutabile: qual è, infatti, lo scaglione minimo, oltrepassato il quale, l'obbedienza al sistema giuridico nel suo complesso, viene meno? È inevitabile che, da questo punto di vista, subentri come categoria centrale la dimensione dell'effettività, sia in relazione alla singola norma giuridica, sia all'ordinamento nella sua interezza[8]. A ben vedere, peraltro, nel singolo individuo non sussistono, in un unico momento, tutte le disposizioni normative, dal momento che ciò risulterebbe pragmaticamente impossibile (prescindendo, in questa sede, dal rapporto tra enunciato e significato, tema che genera un ulteriore florilegio di interrogativi) ma solo una parte di queste: le prescrizioni e i principi essenziali che, unificati all'interno di una assunzione di obbligatorietà del sistema nel suo complesso, rendono possibile la ordinaria coesistenza. Alle norme di natura costituzionale e, in parte, legislativa - andando per approssimazione - se ne aggiungono altre le quali, solitamente, sono connesse al proprio particolare "status" nel contesto della società (un qualsiasi libero professionista, ad esempio, oltre ad avere contezza di quelle norme basilari facenti parte del nucleo essenziale del diritto oggettivo di riferimento, avrà altrettanto ben presenti quell'insieme di disposizioni concernenti la propria specifica attività professionale, disciplinata sia a livello legislativo che a livello di grado inferiore, ad es. il Codice deontologico del proprio ordine di appartenenza).

Seguendo il filo argomentativo è d'uopo sottolineare come, in quest'ottica problematizzante, i rapporti tra insieme normativo e sfera dell'agire risultano correlati ad una componente intensamente pragmatica la quale riveli l'effettiva capacità, a quel gruppo di individui, di perseguire lo scopo comune mutualmente condiviso. Il tema dell'effettività assume corpo e consistenza nel suo connubio con la dimensione teleologica e finalistica o, detto in altri termini, con il destino politico che i cittadini condividono e spartiscono. Ora, quella forma di mediazione rispetto alla normazione nazionale legislativamente sancita non trova il proprio fondamento in un esclusivo atto di volontà. Vie meglio, la genesi procedurale della norma può trovare la sua scaturigine in un insieme di atti volontaristicamente determinati ed aventi uno scopo finale di natura deliberativa, ma la radice della forza normativa, affinché si sviluppi sotto la superficie del terreno statale, deve corrispondere ad una interiorizzazione nella coscienza giuridica, storicamente situata. Questa concezione può ricondursi ad un modo di vedere che sembrava propria dei giuristi romani laddove tra *ius scriptum* e *ius non scriptum* postulavano non già un rapporto gerarchico quanto, piuttosto, una relazione di natura paritetica: la contrapposizione tra "diritto scritto" e "diritto non scritto" «si riferiva più alla produzione della norma [...], che alle tecniche usate nella sua diffusione» e non riguardava la distinzione tra legge e consuetudine, potendo la *lex* essere modificata tacito consensu populi[9]. La sopra citata forma di interiorizzazione, dipende, come ben vide Perelman[10], dal rapporto tra massa della popolazione e detentori del potere, dalla maggiore o minore espressione dei rappresentanti rispetto al corpo dei cittadini nonché dalle problematiche del rapporto stesso insite nel dispositivo della rappresentanza[11]. Durante i periodi di squilibrio, l'attività giurisprudenziale assume un ruolo di guida al fine di ridurre lo iato esistente tra evoluzione del sentimento popolare e statuizioni legislative. Ciò può essere svolto anche dallo stesso ceto dei giuristi il quale tuttavia non si può che limitare, oggi, ad una influenza indiretta. A ben guardare, tuttavia, le stesse categorie che sono oggetto di deliberazione e promulgazione a livello statale, quantomeno nell'ambito del diritto europeo-continentale, sono il frutto dell'elaborazione dei giuristi nell'arco dei secoli e del continuo lavoro di adeguamento del *jus* alle esigenze sistematico-normative e logico-concettuali, in un continuo bilanciamento rispetto alle necessità dei rapporti inter-soggettivi che la prassi relazionale

dei cittadini genera ed alimenta. Del ruolo del ceto dei giuristi nella elaborazione del diritto legislativo è chiaro indice il momento fondamentale della redazione del "codice", da sempre delegata, a partire da inizio Ottocento, ad una più ristretta commissione tecnica, a cui viene attribuito il compito di riversare nella forma generale-astratta l'insieme dei gradienti - di diversa origine sul piano delle fonti del diritto - che fino a quel momento hanno contribuito a dar vita al complessivo assetto giuridico materiale. Questo evidenzerebbe come, ancora una volta, la vera funzione della norma legislativa rispetto alla dimensione consuetudinaria attenga ad una fase "genetica" di produzione del diritto, e concerne solo parzialmente la dimensione politico-esistenziale.

Qualunque regola, nell'ottica che abbiamo finora delineata, deliberatamente adottata attraverso le procedure formali sancite nella norma suprema posta al vertice dell'ordinamento, per dimostrarsi realmente tale, per adempiere alla sua reale funzione, non può non evolversi in costume, in prassi comune del cittadino. Ogni norma, quale che sia la fonte di produzione, affinché possa conseguire il suo scopo deve, necessariamente, farsi concreta, immedesimarsi nella coscienza giuridica popolare. Effettivamente, ben pochi sosterebbero, ad oggi, che se l'art. 13 della Costituzione italiana venisse abrogato, la libertà personale, con il suo portato di valori e di prassi interiorizzate, non esisterebbe più. Tale principio assurge a vero canone-guida della consapevolezza civico-costituzionale e difficilmente potrebbe essere eliminato con un tratto di penna.

Quanto appena detto non può esimere, tuttavia, dal mettere in luce un elemento di estrema rilevanza che attiene, propriamente, alla diversa configurazione dei rapporti tra Stato, diritto e popolo, quale si profila a partire dall'avvento della costituzioni del secondo dopo guerra. Il momento cruciale per giuspubblicistica del Novecento è stata la pubblicazione, nel 1940, del famoso saggio di Costantino Mortati, *La costituzione in senso materiale*[12], il quale ha gettato nuova luce sul ruolo fondamentale della costituzione nei suoi rapporti con la sfera politica e la società. Mortati ci ha insegnato che lo Stato «continuerà ad essere sovrano solo se sarà capace di essere espressione coerente di un indirizzo fondamentale, scaturito dalla stessa comunità, e tradotto in principi e norme costituzionali»[13]. Per merito di questa prospettiva la costituzione rivela un'origine esplicitamente politica e tuttavia non riconducibile ad un mera espressione di volontà del "popolo" o della "nazione": il momento costituente[14] è, piuttosto, «il fondamento più autentico della costituzione da emanare, che di essa enuclea i caratteri più basilari, attraverso la proposizione di una serie di norme fondamentali di principio. Sono quelle norme, nel loro insieme, e nei loro equilibri interni, a determinare i contorni della costituzione in senso materiale, sotto questo profilo coincide dunque con il nucleo fondamentale della stessa costituzione scritta»[15]. In tal modo, pertanto, si salvaguardano, ad un tempo, dimensione politica e prospettiva giuridica. Ma ciò che più è importante, viene superato quell'elemento polemico insito nella costituzione materiale tipicamente novecentesca: essa, al contrario, si propone come basilare fondamento della costituzione democratica, i cui gradienti non risultano composti esclusivamente da procedure ma, altresì, da principî normativi che ne rappresentano il sostrato fondante.

L'affermazione della componente normativa dei principî costituzionali emergenti dalle pieghe del corpo sociale mette in luce, dunque, seppur in forma più mediata e meno radicale, una correlazione semantico-concettuale tra diritto e cittadino, tra momento giuridico e corpo della nazione e, al contempo, permette di sottolineare l'ancoraggio normativo, il vincolo delle regole che, situandosi politicamente, rivelano un maggiore capacità di espansione. Norma e storia trovano un momento di equilibrio, e la costituzione si offre come strumento di misura del nucleo propositivo e spiritualmente vivo della nazione. Il distacco, infatti, nella comune dottrina, tra dimensione del "iure" e sfera della socialità eticamente strutturata, la cui intrinseca correlazione, invece, la costituzione repubblicana, con il suo nucleo di valori, frutto di un felice compromesso tra istanze divergenti, ha promosso e dovrebbe, tuttora, cercare di promuovere attraverso la leale collaborazione di tutte le componenti sociali e istituzionali, si è negli anni ulteriormente esacerbato. Ciò, secondo una certa prospettiva

teorica, è stato determinato da due diversi fattori non esclusivi, ma sicuramente cruciali: da una parte, l'idea che la correlazione tra diritto e popolo potesse rievocare scenari semi-giacobini se non addirittura semi-totalitari, determinando qualsiasi forma di giustificazione *ex post factum* e legittimando, in una sorta di delega in bianco, i poteri costituiti a richiamarsi alla forza cogente del potere costituente e alla energica dimensione del popolo-nazione quale motore di sovvertimento dell'ordine sociale[16]; dall'altro, si è intensificato quel processo che ha condotto all'idealizzazione di principî giuridici superiori alle stesse costituzioni nazionali culminando nell'asserzione della esistenza di principî supremi sovraordinati ai singoli Stati e fluttuanti nel magma sovrasensibile dei valori esistenti, al di là di ogni statuizione storicamente fondata, e di cui unici interpreti risultano le Corti sovranazionali[17]. Mentre il primo fenomeno risulta spiegabile con l'intensa carica normativa e deontologica che concetti quali "nazione" e "popolo"[18] posseggono e, pertanto, al fine di un'adeguata discussione è quantomeno necessario procedere ad un lavoro definitorio che elimini possibili fraintendimenti; il secondo fenomeno si fonda su una volontà di restringimento dei valori *latu sensu* storico-culturali a favore di una logica più schiettamente economicistica che tende a snaturare ogni possibile forma di riabilitazione del diritto, da sempre radicato nella storicità e territorialità delle sue determinazioni. Si è formato un vuoto di normatività, un sorta di "buco nero" che, con la sua forza attraente, mira a rendere l'insieme dei principî costituzionali oggetto di un sapere disgiunto dalle radici specifiche in cui il testo normativo trova la sua scaturigine e il suo sviluppo snaturandone, così, la sua teleologia, il suo fine primevo. Un conto è, infatti, registrare un processo in atto, un altro conto è legittimarlo. Un tentativo di risposta a questi interrogativi è stato cercato in una ridefinizione del concetto di costituzione che rivaluti la dimensione storica, concepandola, richiamando Carl Schmitt, quale «decisione politica in forma di legge che un popolo, in quanto ente di cultura, assume sulle modalità e i contenuti della propria esistenza statale presente e futura»[19]. Ad ogni modo, non possiamo non sottolineare i non pochi ostacoli nel delineare un simile itinerario concettuale e la non affatto semplice sfida teorica: «Nomi collettivi come popolo, ma anche stirpe, nazione o nazionalità, ceto, classe hanno sempre occupato nel discorso politico una posizione ambigua e spesso incontrollabile, necessaria soprattutto a permettere la costituzione di una autorità sociale che renda valide ed efficaci le norme e ne sostenga l'ordinamento»[20]. Tale intrinseca difficoltà, dovuta alla peculiarità delle categorie coinvolte, tuttavia, non deve ostacolare il tentativo di una ricostruzione che svolga una funzione sia in sede ricognitiva, sia in una successiva dimensione più strettamente critica.

Tale connessione circolare tra diritto e coscienza popolare dà luogo anche ad un'altra fondamentale conseguenza sul piano della teoria giuridica. L'idea in forza della quale il diritto debba trovare il suo più profondo radicamento in un substrato culturale che risiede nella coscienza del popolo, si oppone ad una ulteriore visione, e cioè all'elemento sanzionatorio quale momento indefettibile della giuridicità. Non viene negato il dato empirico del ruolo della coercizione (e/o della coazione) nella garanzia dei diritti, nella regolarità dei traffici giuridici e nel mantenimento dell'ordine sociale; né tanto meno viene ignorato il ruolo dell'intervento sanzionatorio in molteplici rami del sistema; quello che, tuttavia, si vuol significare è che l'intrinseca correlazione tra diritto e coscienza giuridica (che nel suo fluire interiore si rende, ad un tempo, morale e politica, quindi etica - cosa che non nega la loro demarcazione sul piano concettuale) conduce ad assumere la sanzione quale uno degli strumenti di cui il diritto si serve per rafforzare quella sopracitata coscienza giuridica ma non potrà costituirne, come si suol dire, un elemento essenziale né, tanto meno, il suo specifico contenuto[21]. La riscoperta del ruolo della politica, della storia e della forma consuetudinaria, nonché della incidenza del corpus dei cittadini e della loro coscienza giuridica, all'interno di una più ampia concezione etica, potrebbero portare a riconsiderare, al di là di soluzioni nichilistico-volontaristiche, alcune componenti essenziali della giuridicità che, lungi da costituire un mero accessorio o momento secondario della sfera del diritto ne rappresentano, invece, una dimensione essenziale

per il suo stabilizzarsi e il suo concreto operare.

- [1] N. Bobbio, "Per una classificazione delle norme giuridiche" in *Studi per una teoria generale del diritto* (1970), a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 5-22.
- [2] Per un inquadramento generale dei rapporti tra Stato e territorio, F. Ruschi, *La questione del territorio statale*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 345-369, e la bibliografia ivi riportata. Sul problema del tempo nella realtà giuridica si rimanda a G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, a cura di R. Cristin, Giuffrè, Milano, 1998; G. Stella, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990.
- [3] B. Croce, *Filosofia della pratica. Economica ed Etica* (1908), Bibliopolis, Napoli, 1996, pp. 337-345.
- [4] C. Schmitt, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale* (1912), a cura di E. Castrucci, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 9-31, pp. 93 ss.
- [5] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 2000, pp. 117 ss.
- [6] E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 1976;
- [7] F.C. Von Savigny, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), in A.F.J. Thibaut, F.C. Von Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982.
- [8] Sul problema dell'effettività si veda A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- [9] M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 298.
- [10] Ch. Perelman, *De la justice*, (1945), trad. it. L. Ribet, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 36 ss.
- [11] Sul problema della rappresentanza si veda H. Hofmann, *Rappresentanza-Rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, trad. it. di C. Tommasi, Giuffrè, Milano, 2007.
- [12] C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè, Milano, 1998.
- [13] M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in "Historia constitucional", n. 12, 11, pp. 21-30, p. 28.
- [14] G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Edizioni Dedalo, Bari, 1997.
- [15] M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, op. cit., p. 29.
- [16] Per una ricostruzione di queste problematiche: G. Palombella, *Costituzione e sovranità*. op. cit., pp. 21-38, pp. 39-54; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2014 e M. Fioravanti, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 217-235.
- [17] A. Carrino, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis Edizioni, Milano, 2019.
- [18] R. Esposito, *Politica e negazione. Per una filosofia affermativa*, Einaudi, Torino, 2018, pp. 105 ss.
- [19] A. Carrino, *La costituzione come decisione*, op. cit., p. 13.
- [20] M. Ricciardi, *Linee storiche sul concetto di popolo*, in "Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento", 16 (1990), pp. 303-369, p. 303.
- [21] N. Bobbio, "Diritto e forza", in *Studi per una teoria generale del diritto* (1970), a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 101-118.