

LA LEGALITÀ COME PROCEDURA E COME PRASSI

Francesco Viola (*)

1. L'impresa dello Stato di diritto

Ogni discorso sulla legalità è particolarmente significativo se prende le mosse da una situazione concreta, cioè dal modo in cui essa è praticata in un determinato contesto. Ovviamente si può in generale indicare in cosa la legalità consista, ma ciò di per sé ancora non ci parla del suo stato di attuazione, delle difficoltà di conformarsi ad essa e del ruolo che essa concretamente ha all'interno di una determinata società e di un determinato regime politico.

Per quanto il tema della legalità possa essere osservato da diversi punti di vista (sociologico, giuridico, politico, etico e, da ultimo, anche teologico), non è adeguatamente trattato se non si colgono le interdipendenze tra queste differenti prospettive. La base di riferimento è la prassi socio-politica di un determinato contesto culturale. La legalità coinvolge la vita pratica in tutta la sua complessità ed è il crocevia d'incontro tra morale, diritto e politica.

La legalità è un valore e fa parte del sistema dei valori che sono alla base di un determinato assetto istituzionale. Ma ogni regime socio-politico è insieme un modello ideale e una prassi storica concreta. Come modello ideale indica una costellazione di valori e di fini, cioè di obiettivi da raggiungere, e come prassi storica manifesta il grado della loro attuazione, le forme della loro interpretazione e applicazione. Nei sistemi politici democratici la legalità è insieme sia valore ideale sia prassi concreta. Per questo la domanda, a cui qui cercheremo di rispondere, si può così formulare: «Come si presenta la crisi della legalità democratica?».

Per quanto non abbia alcuna intenzione d'intraprendere un esame sociologico dello stato di salute del sistema socio-politico italiano in relazione al tema della legalità, non si può nascondere il fatto che esso è oggi così dibattuto in Italia a causa della profonda crisi che ha colpito la nostra convivenza civile. Tale crisi si manifesta in molte forme, tra cui la più evidente (ma non sempre la più pericolosa) è l'espandersi della corruzione. La corruzione è in senso proprio l'uso del potere legale come merce di scambio con una prestazione in denaro (o altra utilità) (1). Ma in senso lato possiamo affermare che, ogniqualvolta l'uso del potere legale non è volto ai suoi fini propri, si corrompe e corrompe la società. Qui appare evidente che la crisi della legalità è nella sostanza *crisi della pratica della legge*, cioè del suo rispetto soprattutto ad opera di coloro che detengono il potere legale. Conseguentemente anche si modifica l'atteggiamento del cittadino di fronte alla legge, che diventa un ostacolo da aggirare e da eludere o qualcosa da strumentalizzare. Un potere legale corrotto ha bisogno di cittadini complici. Una pubblica amministrazione inefficiente e corrotta spinge i cittadini a non ricono-

(*) Ordinario di Filosofia del diritto all'Università di Palermo.

(1) V.M. Caferra, *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi*, Laterza, Bari 1992, p. 15.

scere più nella legge la tutela dei loro diritti e a riporre la propria fiducia in altri mezzi (quali, ad esempio, le raccomandazioni o il clientelismo), cioè a fare ricorso al privilegio, che è l'esatto opposto della legge.

Il mancato rispetto delle regole del gioco da parte dei giocatori assume un significato del tutto particolare in un gioco il cui oggetto sono le regole stesse. Il diritto infatti è giocare con le regole secondo regole (2). Questo gioco ha una sua serietà, poiché ne va del bene comune, della libertà e dell'uguaglianza. Ma esso richiede nei giocatori una competenza e una sensibilità specifica. È quello che chiameremo «senso della regola».

In ogni gioco è richiesto il rispetto formale della regola. Per giocare a scacchi bisogna rispettare le regole che governano le mosse dei pezzi. Ma per giocare *bene* a scacchi si richiede qualcosa in più, che non riguarda certamente tali regole, cioè si richiede di possedere un'efficace tecnica di gioco. Voglio dire che la competenza richiesta non ha più niente a che fare con le regole. Ma nel nostro gioco questa competenza riguarda ancora una volta le regole. L'abilità richiesta al buon giocatore è quella di saper seguire una regola, di saper produrla e di sapere interpretarla, cioè in una parola sono richiesti il senso e la pratica della regola.

Tutto ciò vale per le forme storiche e culturali di convivenza civile, ma vale ancor di più per quella forma specifica della civiltà giuridica che è lo *Stato di diritto*. Qui la regola assume la forma della *legge* e il senso della regola diventa *senso della legalità*. Lo Stato di diritto è un'immensa impresa storica diretta a controllare l'istinto egoistico dei detentori del potere politico mediante regole giuridiche sull'esercizio di tale potere e sulla sua rispondenza ai fini per cui viene attribuito. In questo contesto la regola nella forma della legge diviene pervasiva, si estende cioè a tutti gli atti ufficiali della vita politica e amministrativa, sicché si parla a ragione di «governo della legge» e di «potere legale».

Il potere legale-burocratico secondo Max Weber è caratterizzato dall'esistenza di norme legali formali e astratte, dall'elevata divisione del lavoro ordinato in modo gerarchico con una precisa definizione delle competenze, dalla netta separazione tra persona e ufficio per cui il funzionario non possiede a titolo personale le risorse amministrative, dalla professionalità del burocrate, che è assunto sulla base di specifiche qualità, occupato a tempo pieno e stipendiato con regolare carriera. Tuttavia lo Stato di diritto in un regime costituzionale democratico intende sottoporre al governo della regola non solo il potere amministrativo, ma anche lo stesso potere politico. La distinzione della dottrina giuridica tra «atti di governo» e «atti amministrativi» non deve far pensare che i vertici dello Stato, dove si compiono scelte di natura politica, siano in sostanza liberi dal vincolo della legge. La legalità non è mera conformità alla legge, una volta che questa è posta, ma è un vincolo che riguarda in qualche modo anche coloro che pongono la legge e compiono scelte di valori politici. Il senso della legalità è richiesto a tutti i soggetti della vita associata: non solo a quelli che obbediscono, eseguono o applicano le leggi, ma anche a coloro che le producono. La legge stessa è sottoposta alla legge.

Qui tocchiamo con mano tutta la grandiosità e la rischiosità dell'impresa dello Stato costituzionale e democratico: da una parte tutta la legge dipende dalla volontà dei cittadini, in modo che nessuno possa sentirsi sotto un comandamento

(2) Sui vari tipi di regola giuridica cfr. W. Twining-D. Miers, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, trad. di C. Garbarino, Giuffrè, Milano 1990.

estriore (3); ma, dall'altra, nessuno può trattare la legge secondo il proprio arbitrio o capriccio, perché altrimenti essa non sarebbe più in senso proprio una «legge». Da una parte tutta la legge è «umana», cioè prodotta dall'uomo, ma, dall'altra, essa è per il cittadino un vincolo che detta condizioni da cui non può con la sua volontà privata liberarsi. *Humana et vera lex*. L'ambizioso progetto dello Stato di diritto è quello di unire al massimo di libertà il massimo di giustizia.

Si tratta di un'impresa difficile tanto quanto quella di far quadrare il cerchio, cioè attribuire alla legge umana quelle qualità che si riconoscevano solo alla legge divina, in modo che possa essere riconosciuta all'uomo la piena libertà e al contempo sia resa possibile la convivenza civile. Tuttavia non ci si deve nascondere che l'arditezza di questo tentativo racchiude in sé i rischi di una nuova e più terribile schiavitù ed è per questo che l'impresa dello Stato di diritto ha conosciuto nella sua storia interpretazioni diverse che cercano di disinnescarne i pericoli potenziali. Ciò significa che il gioco dello Stato di diritto può essere inteso in modi diversi, pur restando formalmente lo stesso. Ma il modo in cui un gioco viene interpretato, cioè viene giocato, ne definisce l'identità, cioè la reale natura.

I pericoli a cui accennavo sono nella sostanza quelli del *legalismo*, che è la deformazione per eccesso del principio di legalità. Se la legge umana è *vera lex*, allora sarà giusta per definizione e potrà pretendere anche un'obbedienza in senso etico, non essendovi altra misura del bene e del male che possa insidiare l'autonomia della volontà umana legislatrice. A tal fine ci si è adoperati per rintracciare una fonte della legge in grado di giustificare tale pretesa di giustizia. È ovvio che questa fonte non potrà essere individuata nella volontà di singoli individui, se non in quanto essi siano ritenuti o si ritengano i depositari o gli interpreti autentici della volontà della collettività. Una volontà privata potrà al massimo dettare legge a se stessa, ma non ad altre volontà individuali. Ma allora non avremmo in senso proprio né legge né giustizia, perché questi concetti non hanno alcun senso se non in contesti intersoggettivi. Una legge giusta per il fatto stesso di essere «legge» richiede almeno un'unitaria volontà del popolo. Certe interpretazioni della «volontà generale» di Rousseau si sono, infatti, mosse in questa direzione. Ma, quando più realisticamente si è accettato il principio della maggioranza, è divenuto ancor più evidente che nessuna legge può essere considerata giusta per il solo fatto che sia voluta dal maggior numero di persone. Non è il numero dei consensi che fa la giustizia. In nome della volontà popolare sono state perpetrate le più gravi ingiustizie e le più terribili sopraffazioni.

Il rifiuto del legalismo, che è la nota caratteristica delle democrazie totalitarie, lascia aperte in sostanza due possibili vie d'interpretazione dello Stato di diritto: o rinunciare all'assolutezza dell'autonomia legislativa oppure abbandonare il concetto forte di giustizia. Queste due versioni dello Stato di diritto hanno dato luogo a prassi interpretative e a pratiche sociali diversificate e, conseguentemente, anche a modi differenti d'intendere la legge e il principio di legalità. La complessità della situazione di fatto è determinata dalla compresenza di queste due interpretazioni dello Stato di diritto nel medesimo contesto. È come se i giocatori di uno stesso gioco intendessero in modo diverso il significato delle loro mosse o azioni. Di conseguenza non c'è un senso unitario della regola e questo rende difficile un accordo sul valore comune della legalità. Un aspetto interes-

(3) «L'autonomia del diritto non può esistere senza la realizzazione della democrazia». J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, trad. di L. Ceppa, Einaudi, Torino 1992, p. 76.

sante della pratica della legalità è, dunque, senza dubbio la presenza del conflitto d'interpretazioni della legalità come valore. Ma questo di per sé non conduce alla crisi della legalità nel senso della sua degenerazione, perché ogni pratica sociale sopporta al suo interno interpretazioni confliggenti, che anzi ne costituiscono la vitalità e la ricchezza. È ovvio però che, quando una prassi degenera, allora i conflitti interni divengono fattori di accelerazione della crisi, producono divisioni profonde e impediscono quel minimo di comunicazione che i partecipanti dello stesso gioco devono poter mantenere per continuare a giocare insieme. Tuttavia la paralisi istituzionale e sociale induce a riflettere sui presupposti della propria concezione dello Stato di diritto e ci si rende conto dell'esigenza di modificare qualcosa per ricostruire un minimo di tessuto comune. Il ripensamento interno alle due versioni dello Stato di diritto potrebbe produrre quel riavvicinamento sul piano culturale necessario al superamento della crisi della legalità, a patto, ovviamente, che a ciò si unisca un nuovo impulso etico.

È, pertanto, mio compito ora esaminare separatamente per grandi linee queste due versioni dello Stato di diritto al fine di mostrare le loro difficoltà interne, che inducono in entrambi i casi a revisionare le due differenti prospettive con il possibile risultato del ripristino dei canali di comunicazione e d'intesa.

2. La legalità come prassi

Ho già detto che la prima versione dello Stato di diritto rinuncia all'assolutezza della volontà legislatrice. Ciò significa che la legge positiva è vera e propria legge solo se in qualche misura si conforma a determinati valori fondamentali, che non sono a disposizione del potere politico e della volontà umana, ma che questa trova già operanti e deve solo «riconoscere» e «rispettare». Questi valori fondamentali sono quelli che noi oggi chiamiamo «i diritti dell'uomo», il cui rispetto costituisce ormai una garanzia internazionale di legittimità del potere politico.

È molto controversa la questione dell'origine e del fondamento di questi valori fondamentali. Ben lungi dal sottovalutare l'importanza del problema, tuttavia credo ancor più decisivo che questi valori fondamentali siano ritenuti unanimemente non solo come un limite della legge umana, ma anche come guida ed orientamento della volontà legislatrice. Questa risulta sottoposta ad un criterio di misura esterno a cui deve conformarsi se vuole produrre leggi giuste. Per questo ho sostenuto che qui c'è la rinuncia all'assolutezza della volontà legislatrice, che non è più sovrana del criterio del bene e del giusto. Qui c'è anche un concetto sostanziale di legalità, per cui la legge non è giusta per definizione ma solo in ragione della sua conformità ai valori fondamentali. È possibile così distinguere tra leggi giuste e leggi ingiuste, che, pur essendo formalmente valide, tuttavia non raggiungono la pienezza del significato della legge e sono in qualche modo sopportate dal sistema giuridico in attesa della loro eliminazione. Conseguentemente la prassi giuridica appresta e moltiplica gli strumenti per individuare e neutralizzare le leggi ingiuste, in modo da rendere per quanto è possibile il diritto positivo conforme ai valori fondamentali.

Tutto ciò è una ben comprensibile reazione alla democrazia totalitaria e al contempo il tentativo lodevole di salvare il concetto etico di giustizia legislativa. Tuttavia le difficoltà sorgono quando queste esigenze s'incontrano con la logica interna dello Stato di diritto. Abbiamo detto che questa è orientata dal principio della sovranità della legge e che questo principio vuol dire in sostanza che la leg-

ge è sottoposta solo alla legge. Ma questi valori fondamentali si sono dapprima presentati come un criterio esterno che limita e orienta la volontà legislatrice. La legge umana sarebbe, pertanto, sottoposta a ciò che non è legge umana e ciò non rispetta le regole del gioco. D'altronde la difficoltà d'individuare quali siano questi valori fondamentali, l'incertezza sul loro contenuto, il pluralismo di opinioni sulla loro estensione producono confusione nella pratica della legalità ed impediscono l'uniformità di giudizi sulla conformità delle leggi ai criteri di giustizia. È per tutte queste difficoltà che il processo di giuridificazione di questi valori fondamentali si è nel tempo progressivamente accelerato sempre di più. I valori fondamentali della legalità sono stati tradotti in norme, formulati accuratamente in testi scritti, inseriti nelle costituzioni e nei trattati internazionali e così posti all'interno dei sistemi giuridici. La legge torna così ad essere sottoposta solo alla legge. Le difficoltà non sono però del tutto superate.

Un altro dei capisaldi dello Stato di diritto era il principio dell'uniformità della regola. Questa si presentava come norma generale e astratta, dotata di un contenuto preciso applicabile a situazioni ben definite sulla base dell'identificazione di connotazioni uniformi. Nulla di tutto ciò si trova nelle norme che positivizzano i valori fondamentali. Esse hanno piuttosto l'aspetto dell'enunciazione di principi o di orientamenti dell'azione, delineano le condizioni di valore a cui è sottoposta ogni azione giuridica piuttosto che indicare ciò che si deve fare o non fare. Insomma si tratta senza dubbio di leggi di tipo diverso che richiedono un trattamento o un uso diversificato rispetto alle norme giuridiche tradizionali (4). Inoltre, poiché questi principi si trovano nel grado più elevato della gerarchia delle fonti del diritto, governano l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche fino al punto da deciderne la validità. Si capovolge così il principio del primato della norma generale e astratta a vantaggio dei principi giuridici. È un movimento del tutto corrispondente a quello che ha visto la sostituzione della centralità dei codici con quella delle costituzioni.

In ogni caso l'universo giuridico si va popolando di tipi di regole ben diversi fra loro e, allora, il richiamo al senso della regola significherà nell'interprete l'abilità di saper cogliere ciò che effettivamente richiede la regola che sta usando. A loro volta queste regole di tipo diverso interagiscono tra loro, combinandosi in modo mai definitivo una volta per tutte, ma sempre provvisorio. Insomma l'immagine nuova dell'ordinamento giuridico non è più quella di un universo statico di regole pronte per l'uso, ma quella di un complesso di materiali giuridici da cui prelevare di volta in volta la guida per il caso concreto. A sua volta la pratica giuridica fa crescere le regole nel senso che il bilanciamento dei principi conduce al loro sviluppo interno, sicché l'interpretazione può pervenire ad evidenziare principi impliciti non formulati dal legislatore. È quello che nella nostra giurisprudenza è avvenuto, ad esempio, con il principio di ragionevolezza, che è stato enucleato dal principio di uguaglianza fino ad assumere un rilievo autonomo (5).

Quest'ultima constatazione dà forza ai sostenitori della presente versione dello Stato di diritto. La formulazione legislativa dei valori fondamentali non potrà, infatti, mai condurre a catturarli e ingabbiarli dentro enunciazioni linguistiche

(4) Non mi soffermerò sulla distinzione tra principi e norme che nella letteratura giuridica, anche in seguito alle tesi di Dworkin, è ormai corrente.

(5) G. Corso, «In che senso il diritto positivo costituisce un vincolo per il giurista», in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino 1991, p. 46.

definite. Se i valori fondamentali sono per definizione sottratti al dominio della volontà legislatrice, debbono avere una vita propria, anche quando vengono positivizzati dentro ordinamenti giuridici statali. È ovvio che, se si perde questa trascendenza dei valori fondamentali rispetto alle loro formulazioni, allora si rinnega questa versione dello Stato di diritto e si ricade nel legalismo. Si deve mantenere la sporgenza del valore rispetto alla formulazione positiva, altrimenti vorrà dire che esso è caduto nel pieno dominio della volontà legislatrice. Ciò significherebbe che sotto la stessa forma di legge abbiamo contenuti che sfuggono al dominio della volontà umana e contenuti che cadono pienamente sotto il suo controllo. È facile non rendersi conto della differenza e trattare gli uni alla stessa stregua degli altri con grave danno della legalità.

Di fronte a questo mutamento dell'universo normativo dello Stato di diritto dobbiamo ora esaminare gli effetti prodotti sul principio di legalità. In un ordinamento giuridico in cui vi sono regole di tipo diverso il principio di legalità tende a modellarsi sulla base di quelle che assumono un ruolo prioritario o direttivo. Questa funzione è ora svolta dai principi giuridici piuttosto che dalle norme generali e astratte e, conseguentemente, la legalità tende piuttosto a configurarsi come *prassi*.

Ora l'accento è posto non più sulla mera esistenza della regola, ma sul modo in cui essa è praticata. Nel regime del primato della norma generale e astratta la tutela della legalità consisteva prevalentemente nel possedere criteri certi per l'individuazione delle norme valide. Una volta stabilito in modo incontrovertibile quali sono le norme valide, allora possediamo i criteri uniformi di regolamentazione giuridica delle azioni e non resta che applicarli in modo fedele e imparziale. Insomma, si può sapere cos'è la legalità prima di praticarla. Ma ora tutto ciò risulta capovolto, ora dobbiamo partire dalle situazioni concrete e guardare alle regole del sistema attraverso i problemi specifici che tali situazioni pongono. Si evidenzieranno in tal modo i principi in gioco e si dovrà stabilire di volta in volta il loro bilanciamento e il loro peso; ciò condiziona l'interpretazione delle norme generali e astratte e la loro applicazione ai casi concreti. Solo quando questo processo è stato posto in opera correttamente si potrà dire che la legalità ha trionfato. Solo dopo che la legalità è stata praticata, sapremo ciò che essa effettivamente è.

Ci avviciniamo molto al modo in cui Wittgenstein ha inteso il processo di «seguire una regola» che ha ben distinto dal modello tradizionale per cui la regola è un oggetto mentale preesistente all'azione di seguirla. «Seguire una regola» è porre in essere azioni in modo corretto, ma sono le azioni stesse che portano al loro interno i principi della loro correttezza. La peculiarità del gioco del diritto sta nel fatto che solo dopo che esso è stato giocato possiamo individuare quali regole sono state seguite. Ciò non significa affatto che le regole siano inventate sul momento, ma solo che si manifestano solo nel corso dell'azione. Per questo qui abbiamo con chiara evidenza il primato della *prassi*, poiché «*prassi*» nel senso propriamente aristotelico è un processo d'azione guidato da principi immanenti in esso e non già estrinseci. In questo senso, seguendo l'evoluzione di questa versione dello Stato di diritto, mi sembra di poter affermare che il nuovo senso della legalità sta ora nella *prassi* (6). Questo significa anche un notevole avvicinamento tra diritto e morale.

(6) Ho sviluppato queste idee nel mio *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990.

La giuridificazione dei valori fondamentali ha, infatti, condotto anche ad una moralizzazione del diritto. Nella crisi di un'etica comune e con l'avvento di un pluralismo etico di grado elevato la comunanza dei valori, che è necessaria per la vita di un popolo, si trova ora nel diritto. Il diritto svolge così un ruolo di supplenza morale e si carica del compito di indicare criteri oggettivi su ciò che è moralmente lecito o illecito (7).

Molteplici indizi confermano quest'ultima notazione. Si può constatare una somiglianza assai pronunciata tra l'universo giuridico e quello morale, che vede anch'esso la presenza di valori in conflitto e l'assenza di un ordine precostituito, sicché la scelta è governata dalla peculiarità della situazione concreta. La stretta corrispondenza tra l'immoralità della legge e la sua illegittimità costituzionale fa sì che non vi siano temi morali di rilievo che non siano suscettibili di essere trattati con riferimento a principi giuridici positivizzati. D'altronde, quanto più pronunciata si fa l'esigenza di tutela dei diritti umani, tanto più il mondo della moralità invade il diritto (8).

Dobbiamo, allora, osservare cosa succede quando la crisi della legalità colpisce una concezione siffatta della legalità.

Una legalità come prassi richiede necessariamente la *virtù della legalità*. Qui intendo la virtù proprio nel senso antico di *habitus*, cioè di disposizione permanente ad agire secondo la *recta ratio* del sistema giuridico. Sono venute, infatti, meno (semmai ci sono state) in buona parte quelle difese automatiche nei confronti dell'arbitrio. Una pratica sociale è affidata a coloro che la usano ed avrà il destino che i suoi partecipanti le conferiranno. Di conseguenza la legalità è divenuta un bene molto più fragile e deperibile. Infatti, se è la situazione concreta a costituire il punto di riferimento attraverso cui si ricostruiscono le regole del sistema, è evidente quanto sia alto il rischio che gli interessi particolaristici possano piegare la legge a vantaggio degli egoismi degli individui o dei gruppi. Dall'altra parte anche coloro che sono sensibili al bene comune mancano di un equipaggiamento culturale adeguato alla virtù della legalità, perché sono formati da un'educazione giuridica che riteneva irrilevante l'attenzione per l'atteggiamento personale dell'operatore giuridico e dell'utente del diritto, affidando tutto al meccanismo delle regole. La deontologia professionale, in generale, è stata molto trascurata dai programmi formativi pubblici e privati ed è stata affidata alla coscienza e responsabilità dei singoli. Il cittadino stesso non è fornito di un'educazione giuridica adeguata, non conosce i propri diritti, non è informato sui modi della loro tutela, non è educato all'etica della cittadinanza. L'ignoranza del diritto cresce in proporzione all'accresciuta complessità del mondo giuridico, che, mentre da una parte si fa sempre più vicino alla vita personale e quotidiana, dall'altra si fa sempre più indecifrabile e misterioso. Con il diritto oggi possiamo fare quasi tutto e sappiamo fare ben poco.

Questi difetti sono in certa qual misura radicati nella direzione di pensiero dello Stato di diritto, che – come abbiamo già notato – ha l'ambizione di controllare l'egoismo dei governanti, degli amministratori e dei cittadini attraverso l'assoluto primato della regola, cioè attraverso meccanismi oggettivi e certi. La democrazia, poi, ha consacrato la preferenza per il governo delle leggi al posto del

(7) Su questo ruolo morale del diritto v. il mio *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 29-48.

(8) Cfr. G. Corso, *art. cit.*, pp. 47-48.

governo degli uomini, poiché le leggi – secondo il detto di Aristotele – sono senza passioni (9). Di conseguenza una legalità che chiama in causa l'atteggiamento soggettivo degli utenti ed un uso flessibile della regola li trova impreparati ad affrontare questi nuovi compiti. Inoltre, quanto meno rigida è la regola, tanto più aumentano le possibilità di abuso. La pratica della legalità si trova, pertanto, funestata dalla presenza dei furbi e degli ignoranti. E non so quale delle due categorie sia la più pericolosa. La diseducazione giuridica dei cittadini ovviamente fa crescere il numero degli approfittatori.

In più c'è da considerare che nelle democrazie contemporanee lo stesso primato della legge è insidiato da vari fattori. Il governo dell'economia permette l'esercizio del potere attraverso forme che non sono più quelle tradizionali della legge o delle regole affini (10). Sono attivi processi di delegificazione e di *deregulation*.

La crisi della legalità come prassi ha messo, così, in luce quanto sia illusorio il tentativo di fare a meno della morale. Gli esiti, a cui è pervenuta questa versione dello Stato democratico di diritto, sono – come abbiamo visto – quelli di una sostituzione della morale pubblica con il diritto. Si è pensato che in un regime di pluralismo etico accentuato (qual è il nostro) si potesse fare a meno della morale sociale, sostituendo ad essa un diritto moralizzato, cioè un sistema giuridico che ha introiettato principi morali, positivizzandoli. Questo tentativo è in parte riuscito se guardiamo alla giuridificazione dei valori fondamentali. Tuttavia, anche su questo piano, la necessaria sporgenza dei valori rispetto alle loro formulazioni positive già indica l'impossibilità di portare fino in fondo questa linea di tendenza. Ma, poi, soprattutto la legalità come prassi richiede un'intensa energia etica che il diritto in quanto tale non può dare. Qui è chiamata in causa la morale come virtù, la morale come atteggiamento interiore di ricerca del bene comune e la morale come ferma e costante volontà di praticare il giusto e il buono. Insomma, un diritto moralizzato richiede un *surplus* di forza etica per essere praticato correttamente. Lungi dal rendere superflua la morale, ne necessita ancor più radicalmente.

Tutto ciò non si può dare per presupposto, tanto più quando si constata quanto debole sia il senso della morale pubblica e quanto intenso sia il processo di privatizzazione della morale. Ed allora, senza rinunciare a por mano al processo di educazione morale del cittadino, la crisi della legalità come prassi dovrà anche essere affrontata riprendendo le istanze originarie dello Stato di diritto, cioè mettendo un po' d'ordine nella confusione delle regole e ricostruendo nuovi vincoli e nuovi assetti gerarchici nell'interpretazione delle norme, in modo da contrastare in qualche modo la possibilità dell'abuso e del raggirò della legge in sede applicativa. È questa, infatti, l'istanza che proviene dall'altra versione dello Stato di diritto che cercheremo ora di esaminare.

3. La legalità come procedura

Abbiamo già detto che nel dilemma tra limitare l'autonomia della volontà legislatrice o la giustizia della legge, l'altra versione dello Stato di diritto preferisce scegliere la seconda strada. Si prendono le mosse dalla critica dello Stato di di-

(9) N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984, p. 148 ss.

(10) *Ibidem*, p. 97.

ritto inteso in senso giusnaturalistico, i cui effetti e le cui possibili distorsioni abbiamo già esaminato. Questa concezione presuppone una visione forte della giustizia, per cui essa è legata strettamente al bene o alla vita buona. Ma tale visione non sembra più sostenibile, perché in un regime di pluralismo etico non esiste una visione comune della vita buona. Ognuno ha i propri progetti di vita, che sono per definizione «buoni» se sono il frutto di una scelta personale libera e autonoma. In linea di principio non vi sono beni in sé o mali in sé, ma è buono tutto ciò che fa parte di un progetto di vita scelto nella piena libertà e consapevolezza. Qui è chiaro che il vero bene è l'effettivo esercizio dell'autonomia etica piuttosto che i concreti contenuti delle scelte. Poiché il compito della giustizia è quello di permettere che gli individui perseguano i propri progetti personali senza ostacolarsi a vicenda ma nell'ambito di una convivenza civile pacifica, allora la giustizia dovrà essere separata dal bene. Il bene è soggettivo, mentre il giusto è universale; il bene è sostanziale, mentre il giusto è formale. Conseguentemente bisogna abbandonare un concetto forte di giustizia, cioè quello che la identifica con valori etici materiali che, non essendo condivisi da tutti, non possono essere il contenuto delle regole di giustizia. Bisogna liberare la giustizia da ogni legame con particolari valori etici. Solo nell'ambito di una giustizia così intesa possiamo tracciare quelle regole generali che tutti sono tenuti a rispettare. Queste regole indicano ciò che dobbiamo fare o non fare nei confronti degli altri e non già ciò che dobbiamo fare per raggiungere i nostri fini personali. Siccome la cosa fondamentale che dobbiamo fare nei confronti degli altri è quello di non ostacolarli e di aiutarli a raggiungere quei fini che hanno scelto in modo insindacabile, allora le regole della giustizia saranno necessariamente formali.

Questa depurazione del giusto da ogni elemento di bene è non solo una teoria, ma soprattutto un compito pratico affidato al diritto, che è l'insieme delle regole formali della coesistenza. Si deve dimostrare in che modo sia possibile costruire un mondo di regole di giustizia che possano essere accettate indipendentemente dalla personale e soggettiva concezione del bene.

Qui entra in gioco l'altro aspetto dello Stato di diritto che è ora particolarmente valorizzato, cioè l'autonomia della volontà umana. Questa versione dello Stato di diritto non accetta alcuna limitazione di questa autonomia e può farlo senza cadere nel legalismo proprio perché ha indebolito il concetto di giustizia. La volontà legislatrice non è sottoposta ad alcun limite esterno e non deve accettare valori preesistenti. I diritti fondamentali, che per la precedente posizione rappresentano dei valori in certo qual modo esterni obbligatoriamente «riconosciuti» dal legislatore, dipendono ora interamente dalle formulazioni positive in base a cui acquistano vera e propria forza giuridica. Insomma, le regole di giustizia sono interamente una creazione umana, cioè sono regole convenzionali che in un regime democratico traggono tutto il loro valore e la loro forza dal grado di consenso che riescono a suscitare.

Una volta stabilito il carattere convenzionale di queste regole, sorge il problema del modo in cui esse possano essere elaborate. Non c'è da stupirsi, allora, se il contrattualismo (o il neo-contrattualismo) divenga la concezione preferita della giustizia e il metodo normale di produzione delle scelte politiche. Il modo più logico per determinare le regole di giustizia in un regime di pluralismo etico è quello di fondarle sull'accordo pratico dei membri di un contesto sociale. A questo scopo il contrattualismo è la teoria più adatta, mentre meno lo sono le due altre teorie rivali: l'utilitarismo e la teoria dei diritti. Il primo non lo è, perché, almeno nella sua versione originaria, non distingue il giusto dal bene, e la seconda,

perché addirittura antepone il bene al giusto, scivolando verso l'anarchia (11).

La vita socio-politica viene così intesa come un immenso mercato in cui circola e si usa il potere mediante la pratica dei contratti e degli accordi. Questa configurazione della vita sociale è in progressiva espansione e tende ad invadere tutto. Gli individui e i gruppi sociali sono sempre più insofferenti nei confronti di limitazioni provenienti dall'esterno anche in materie d'indubbio interesse pubblico. L'autoregolamentazione del diritto di sciopero è a questo proposito un segno più che eloquente specie se si considera che l'autolimitazione è la prerogativa basilare della sovranità (12). D'altronde la logica dell'autonomia (degli individui, dei gruppi e degli enti sociali) dilaga in tutti i campi e in tutti i settori, essendo stata posta a fondamento di questa versione dello Stato di diritto.

Quest'invasione della categoria del contratto, che per la verità oggi sta conoscendo una significativa battuta d'arresto (13), si estende ovviamente anche alle scelte politiche più importanti e all'elaborazione delle leggi, poiché tutto è divenuto oggetto di contrattazione. Quando ci si indigna per il voto di scambio che tende a prevalere sul voto d'opinione, spesso non si pensa che tale pratica è nella sostanza l'esasperazione di una linea di tendenza che ha reso poco significativo il concetto di bene comune. Quando ci si lamenta dello stato di elaborazione delle leggi, spesso il risultato di laboriose contrattazioni socio-politiche conclusesi in meri compromessi verbali, non ci si accorge che questo è l'esito logico del dilagare del metodo dell'accordo. Si pone, allora, la questione se non si debba porre un limite al metodo del contratto e come ciò debba avvenire.

La risposta che viene data dai sostenitori di questa versione dello Stato di diritto resta pur sempre nell'ambito delle convenzioni giuridiche. Bisogna stabilire delle regole ben precise del mercato politico, regole sottratte alla contrattazione e contenenti la determinazione di procedure inequivocabili. Per questo qui prende corpo quella che si chiama una *concezione procedurale della legalità*.

Si tratta d'individuare convenzionalmente dei fatti o atti che devono verificarsi o essere posti in essere se si vuole produrre una legge o pervenire ad una decisione che abbia un rilievo politico o giuridico. La procedura per definizione non presuppone valori che debbono essere rispettati se si vuole dare validità alle leggi, ma soltanto vincola al rispetto di certe forme in modo da salvare quella certezza del diritto messa in pericolo dal giusnaturalismo dei diritti. Queste forme sono quelle stabilite nelle costituzioni che dispongono dei processi da seguire nell'emanazione e applicazione delle leggi e nell'elaborazione delle scelte politiche.

Nella concezione procedurale della legalità si rispetta l'autonomia e la libertà degli individui e si segue un ordine costruito dai soggetti stessi e non prefigurato dalla natura o da valori preesistenti. In ciò si manifesta tutta la differenza tra la *procedura* e la *prassi*. Questa differenza non sta fondamentalmente nel carattere convenzionale o meno, ma nel fatto che la prassi è una pratica sociale imbevuta di valori interni, mentre la procedura è assolutamente neutrale rispetto ai valori e, quindi, ambisce ad una maggiore oggettività.

La *crisi della legalità come procedura*, cioè come rispetto delle forme, è proprio ciò che viene rimproverato ai fautori della legalità come prassi. È questa infatti la diagnosi dei sostenitori della versione giuspositivistica dello Stato di diritto.

(11) Cfr. il mio «Vivere bene ed essere giusti», in *Per la Filosofia*, 1989, n. 17, pp. 2-17.

(12) Cfr. N. Bobbio, *Il contratto sociale, oggi*, Guida, Napoli 1980.

(13) G. Alpa, «La rinascita dello status», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992 (22), n. 2, pp. 435-473.

to. La confusione nella gerarchia delle fonti del diritto, la formulazione ideologica o ambigua delle leggi, la loro interpretazione ed applicazione governate da «pregiudizi» sono tutti fattori che hanno messo fuori gioco il rispetto delle forme e, conseguentemente, ogni certezza del diritto. La cura è, dunque, quella di ricostruire la praticabilità delle procedure, magari aggiornandole attraverso una riforma del sistema.

La risposta dei fautori della legalità come prassi può (e dovrebbe) essere, innanzitutto, quella di ammettere le buone ragioni dei loro oppositori. Procedure incerte sono una manna per uomini malvagi e approfittatori. Tuttavia si deve contestare sia la convinzione che la procedura sia assolutamente neutrale nei confronti dei valori, sia, in ogni caso, la previsione che basti rimettere in auge le procedure per il ripristino della legalità. Esamineremo ora più da vicino questi due argomenti critici nei confronti della teoria procedurale della legalità.

La prima contestazione riguarda il carattere meramente fattuale delle procedure. La democrazia in quest'ottica è definita non già per i suoi fini, ma sostanzialmente come un metodo di governo, cioè come una tecnica di distribuzione o di allocazione del potere politico. Questa procedura è alla base della struttura dello Stato disegnata dalla costituzione. I difensori della democrazia costituzionale sostengono che queste procedure sono *migliori* di altre e s'industriano di perfezionarle in modo che rispondano meglio alle finalità della libertà e dell'uguaglianza. Ciò significa che non basta il consenso per giustificare una procedura e che da parte dei cittadini ci sia un obbligo di consentire alle procedure «più giuste». Il consenso è vincolato da una valutazione di bontà, nel senso almeno dell'adeguatezza, della convenienza e dell'appropriatezza. Non tutte le procedure sono eguali e, quindi, bisogna scegliere tra di esse. Ogni scelta implica l'appello ad un criterio di bontà. La valutazione della procedura non può essere procedurale.

Le procedure, inoltre, sono condizionate dai caratteri strutturali dei rapporti sociali e, pertanto, non sono invenzioni arbitrarie. Se si sceglie un certo corso d'azione, bisogna sottomettersi alle condizioni di operatività dettate dalla natura delle cose. Ciò non vale solo per il rispetto delle leggi fisiche, biologiche e logiche, ma riguarda anche la funzione delle istituzioni. Se un'istituzione o un organo pubblico debbono svolgere una certa funzione, si richiede che abbiano una determinata struttura e siano costituite da certe forme. In generale, dati certi presupposti (siano essi culturali o ontologici), la regola giuridica deve rispettare certe condizioni se si vuole che sia possibile seguirla.

Basta questo per parlare di una certa «naturalità» del diritto e per impostare il problema del diritto naturale non già nei termini di un diritto alternativo al diritto positivo, ma in riferimento alle condizioni di praticabilità del diritto. Questo *diritto naturale strutturale* (14) è procedurale, ma non è affidato alla libera determinazione della volontà umana. Esso comprende anche le condizioni interne che controllano la determinazione del bene giuridico, quali la necessità morale che casi uguali siano trattati in modo uguale, che le conseguenze giuridiche di un'azione siano prevedibili, che la legge non sia retroattiva, che a diritti corrispondano doveri... (15). Ci sono attività che, pur riposando su convenzioni, sono

(14) Cfr. L. Lombardi Vallauri, «Diritto naturale», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, VI, UTET, Torino 1990.

(15) Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano 1986.

così naturali come bere e mangiare. Attraverso tali convenzioni e istituzioni siffatte è la natura umana che si manifesta e fa sentire la sua voce (16).

In conclusione, la concezione procedurale del diritto non riesce ad evitare del tutto i giudizi di valore, che d'altronde sono già presenti nella sua preferenza per l'autonomia della volontà. Ed allora è molto meglio dichiarare apertamente l'opzione valorativa che si è scelta, piuttosto che nasconderla. Ciononostante resta la distanza tra una procedura e una prassi, tra la definizione della legalità per i suoi valori strutturali e la sua individuazione attraverso valori sostanziali.

4. La legge nella società democratica

Abbiamo detto che, anche accettando la versione valorativa della procedura, questa è ritenuta insufficiente a sanare la crisi della legalità. Se la legalità è l'atteggiamento corretto nei confronti della legge, in una società democratica, in cui i produttori e i destinatari delle norme giuridiche coincidono, la crisi della legalità è tutt'uno con la crisi della legge stessa. Coloro che sono propensi a non osservare le leggi è molto probabile che producano cattive leggi (o eleggano rappresentanti che non ne produrranno di buone) e viceversa.

La crisi della legge può riguardare la sua forma e/o il suo contenuto. I sostenitori della concezione procedurale della legalità puntano tutta la loro attenzione sulla forma della legge, ma oggi la crisi ben più grave riguarda il suo contenuto (17). Per la sua forma una legge deve essere valida, ma per il suo contenuto deve essere giusta. Una concezione relativistica della giustizia conduce inevitabilmente a trascurare il contenuto delle leggi, che invece non di rado è la ragione della loro disobbedienza.

Quest'ultima notazione c'induce, in conclusione, ad affrontare il problema del concetto di legge in un regime democratico. Può la democrazia fare a meno di leggi «buone»? Può sopportare che governino leggi non buone senza che lo stesso ideale democratico entri in crisi?

Secondo Tommaso d'Aquino «la legge è una regola, o misura dell'agire, per cui si è indotti all'azione o stornati da essa» (18). I due elementi della legge, che è insieme opera della ragione e forza motivazionale, sono strettamente collegati. Se la natura della regola è l'imposizione irrazionale e arbitraria, allora la forza motivazionale interna, che Tommaso chiama *vis directiva*, distinguendola dalla *vis coactiva*, è nulla.

In una società democratica la legge è il fondamentale criterio di misura che determina il bene comune di un popolo. Se vogliamo conoscere la concezione del bene comune di un popolo, dobbiamo guardare prevalentemente al contenuto delle sue leggi.

Che tipo d'impatto hanno le leggi sul cittadino? È ovvio che il giudizio e il criterio in esse contenuti può contrastare con il giudizio che un cittadino, pur virtuoso, s'è fatto del proprio bene e del bene della società in cui vive. Chi non è al governo ha per definizione un punto di vista particolare e non di rado non concorda con l'azione della pubblica autorità. Ed allora la posizione del cittadino nei

(16) Cfr. J. Bouveresse, *La force de la règle. Wittgenstein et l'invention de la nécessité*, Minkuit, Paris 1987, p. 49.

(17) G. Berti, «Dalla legalità formale alla legalità sostanziale», in *Società & Politica*, 1992, 3, p. 11.

(18) San Tommaso, *Summa theologiae*, I-II, q. 90, a. 1.

confronti di una legge, che pur non collima con la sua visione particolare del bene, può assumere due atteggiamenti: l'atteggiamento forte della condivisione interiore oppure l'atteggiamento della sottomissione esteriore, poiché l'autorità pubblica è più forte ed è in grado di usare una *vis coactiva*.

Il primo atteggiamento conduce allo *Stato etico*, cioè induce a rinunciare ai propri criteri personali del bene, per assumere quelli pubblici. La legge giuridica acquista così una dimensione morale e l'autorità una funzione paternalistica. Non dico che questa considerazione della legge sia del tutto tramontata. Essa continua a nascondersi dietro il detto «la legge è legge», che indica la supremazia assoluta della legge nei confronti dei punti di vista individuali e la pretesa di un suo rispetto senza discutere. Ma questa non è una concezione democratica della legge.

Il secondo atteggiamento nei confronti della legge è quello più praticato e diffuso nei nostri tempi. Non si rinuncia alla propria visione personale del bene, né si considera quella dell'autorità degna di considerazione per il valore del suo contenuto, ma ci si sottomette al potere del più forte (*Stato poliziotto*). Ovviamente tale forza di pressione avrà efficacia nella misura in cui non sarà possibile sfuggire ai rigori della legge. O si evade o si subisce la legge. In ogni caso essa non avrà alcun rilievo dal punto di vista della motivazione interna del comportamento. L'individuo resta legato alla propria visione del bene, anche se è costretto a comportarsi diversamente per evitare la sanzione. La legge non esercita alcuna *vis directiva* riguardo al comportamento. La legge è solo qualcosa da riuscire ad evitare o da subire, non può più essere considerata come la visione che la società ha del proprio bene comune.

A questo punto s'impone una scelta di principio: dobbiamo scegliere se considerare la democrazia come il metodo migliore per avvicinarci il più possibile alla formulazione di leggi giuste oppure come il metodo migliore per sacrificare il meno possibile la visione privata del bene. Solo scegliendo la prima linea di pensiero possiamo affrontare adeguatamente il problema della crisi della legalità.

Nello spirito di un'autentica democrazia tutti i cittadini hanno il diritto e il dovere d'interrogarsi su quello che è il bene comune. Ogni cittadino deve avere l'*intenzione* del bene comune. La democrazia è il luogo della discussione aperta di tutti sul bene comune. Ognuno ha titolo per intervenire. Questa è l'etica della cittadinanza. Ognuno ha il dovere d'informarsi, di formarsi delle opinioni e dei giudizi personali attraverso la discussione e la costituzione di gruppi d'opinione.

Le soluzioni possibili, poiché siamo nel campo pratico, sono sempre solo probabilmente, e di rado assolutamente, giuste. Per determinare il bene comune bisogna fare una gerarchia di priorità dei valori e qualcosa di buono deve essere sacrificato. Per questo ogni soluzione è sempre per qualche verso insoddisfacente. Il bene comune include in sé l'aspirazione ideale al bene totale. Il discorso politico potrebbe, pertanto, continuare all'infinito. Ma esigenze pratiche spingono ad una decisione. Chi deve decidere e come si deve decidere?

A questo punto bisogna chiedersi quale sia la giustificazione dell'*autorità* (e uso non a caso questo termine). Essa è giustificata soltanto dalla necessità pratica di mettere fine alla disputa sul bene comune oppure anche dal fatto che in ogni regime politico devono esserci delle persone che si trovano nelle condizioni ottimali per individuare meglio ciò che il bene comune esige?

Nel primo caso la legge sancirà soltanto la prevalenza di una opinione particolare sulle altre o sarà un mero compromesso privo di una sua linea di pensiero. Nel secondo caso invece, poiché il bene comune non s'identifica con quello

personale né è la mera somma dei beni personali, la legge contiene l'opinione dell'autorità, cioè di quel gruppo di cittadini che si trovano nelle condizioni migliori per giudicare del bene comune (sia perché hanno una posizione distaccata rispetto alle questioni che trattano, sia perché godono della fiducia degli elettori). In questo caso la legge dovrà essere considerata come l'idea che l'autorità s'è fatta del bene comune. Non dico che tale idea debba sul piano della verità necessariamente prevalere su quella che i singoli cittadini si sono fatti sul bene comune. Essa prevale per ragioni pratiche. E tuttavia è una posizione degna di considerazione, non un mero compromesso, né nella sostanza il mascheramento d'interessi privati. Il cittadino si trova di fronte ad una determinazione del bene comune che ha un particolare *status*, perché è elaborata da soggetti «competenti» (19) e «disinteressati». E pertanto, pur conservando la propria libertà morale di giudizio, deve accettarla con *lealtà*, perché è il frutto di un discorso a cui ha in una certa misura collaborato. Questa è la *vis directiva* della legge.

Tutto questo ragionamento riposa sul presupposto che l'autorità si trovi nelle condizioni di competenza e distacco sopra dette, che anche i cittadini abbiano l'intenzione del bene comune e non soltanto del loro bene individuale e che riconoscano che le opinioni dell'autorità non dipendono da interessi particolari da difendere. Se queste condizioni sono disattese, allora la legge non potrà avere alcuna forza *directiva*, ma solo *coactiva* (20).

L'autorità è una caratteristica della legge se è una caratteristica dei rappresentanti politici e delle istituzioni, cioè della fonte della legge.

E qui si vede che il governo degli uomini non può del tutto essere escluso dalla democrazia. La democrazia non è soltanto governo della legge, ma anche governo degli uomini adatti a fare leggi che siano veramente tali. Non si può trascurare il fatto che le leggi sono pur sempre fatte dagli uomini e che la democrazia si illude con se stessa se crede di aver esorcizzato la necessità dell'autorità e della virtù dei governanti. Il primato della legge non può essere considerato una difesa in assoluto efficace nei confronti di cattivi governanti. Al contrario può diventare una copertura ideologica di un effettivo primato di uomini o di gruppi.

Salverei, tuttavia, il principio del primato della legge nella democrazia a patto che la classe politica fosse formata in modo da garantire questo primato. Ed allora la nota formula di Rousseau, di per sé ambigua, «la prima legge è il rispetto della legge» dovrebbe essere così trasformata: «la prima legge della democrazia è la ricerca comune e disinteressata della legge giusta».

(19) Qui è chiaro che si tratta di una competenza «politica» e non meramente tecnica.

(20) Per questa esposizione del ruolo dell'autorità nella determinazione del bene comune cfr. Y. Simon, *Filosofia del governo democratico*, trad. di R. Fabbri, Massimo, Milano 1983, pp. 6-71 e, in particolare, per le funzioni dell'autorità secondo san Tommaso cfr. le pp. 62-63.