



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2016

TORNARE AI FONDAMENTALI: LA SOLIDARIETÀ

Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia

di ILENIA MASSA PINTO

**PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ,
ABUSO DEL DIRITTO E INDEFETTIBILE
NECESSITÀ DI UN ORDINAMENTO COERCITIVO:
APPUNTI PER UNA RICONSIDERAZIONE DELLA
DOTTRINA PURA DEL DIRITTO AL TEMPO DELL'ANOMIA**

di *Ilenia Massa Pinto*
Professoressa associata di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Torino

ABSTRACT

ITA

Le molteplici declinazioni del principio costituzionale di solidarietà, i suoi possibili sviluppi e specificazioni, la sua portata pervasiva nell'ordinamento complessivo, a fondamento di alcuni diritti e quale limite all'esercizio di altri, ivi comprese la sua declinazione "fraterna" in chiave antistatalista, che lo legherebbe al principio di sussidiarietà, e la sua declinazione "emancipante" o "inclusiva" in chiave statalista, che lo legherebbe al principio di uguaglianza sostanziale e a quello di dignità, richiedono inevitabilmente scelte politiche conseguenti, e non certo alchimie tecnico-sapientziali.

Il linguaggio assai poco sorvegliato con il quale si chiama in causa la Costituzione nelle sue parti materiali indeterminate, ivi compreso il principio di solidarietà, di fronte alle richieste di riconoscimento sempre "nuove" che provengono dalla società (le "nuove" povertà, le "nuove" famiglie, i "nuovi" cittadini, i "nuovi" rapporti di lavoro...), o di fronte ad arretramenti di tutele precedentemente previste a livello legislativo, è ormai proprio non solo del dibattito pubblico, ma anche degli specialisti. L'osservatore non può che giungere alla conclusione che, soprattutto una volta che ci si è immessi lungo i percorsi della ragionevolezza dei bilan-

ciamenti, e del riconoscimento ai principi costituzionali stessi della forza di determinare direttamente nell'ordinamento antinomie e lacune, ci si è già immessi lungo i percorsi degli universi etici, delle ideologie, dei *desiderata* e delle lacune assiologiche, perché ogni riconoscimento non può mai avvenire "a costo zero": qualcuno vince e qualcuno perde. E se il riconoscimento viene realizzato a colpi di sentenze che pretendono di dar fiato alle parole della Costituzione, a perdere è soprattutto la lotta politica da cui, invece, dovrebbero risultare i significati di quelle parole.

Il tentativo è quello di individuare un possibile ruolo del principio in esame quale *principio formale di dottrina pura del diritto* (e, dunque, quale principio strutturale di ogni ordinamento giuridico), da cui si possano ricavare alcune osservazioni in tema di "abuso del diritto"

EN

The principle of solidarity, its meanings, contents and developments, both in its "fraternal" version, involved with the principle of subsidiarity, and in its "inclusive" version, involved with the principle of equality, need consistent policies, and not erudite alchemy.

Constitutional unspecified principles must be defined through political conflict and not by judgements which directly consider constitutional principles in their rational and reasonable balancings.

This essay aims at pointing out a structural statute for the principle of solidarity which permits to find out important results in terms of "abuse of law".

PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ,
ABUSO DEL DIRITTO E INDEFETTIBILE
NECESSITÀ DI UN ORDINAMENTO COERCITIVO:
APPUNTI PER UNA RICONSIDERAZIONE DELLA
DOTTRINA PURA DEL DIRITTO AL TEMPO DELL'ANOMIA

di *Ilenia Massa Pinto*

SOMMARIO: 1. *Premesse: alla ricerca di uno statuto del principio di solidarietà in un contesto di pluralismo conflittuale.* 2. *Il principio di solidarietà esprime (solo) l'indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: la critica kelseniana alla teoria politica del marxismo sulla progressiva estinzione dello Stato.* 2.1. *Lo Stato può servire a scopi molto diversi e anche opposti fra loro.* 2.2. *Il concetto di un ordinamento costrittivo non contiene neanche la traccia di un interesse solidale.* 2.3. *Non esiste divergenza d'opinioni che non possa diventare un contrasto di vita o di morte.* 3. *Principio di solidarietà, indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo e abuso del diritto.* 3.1. *La critica antikelseniana, la costituzione per principi e l'auspicio per un ritorno a un istituzionalismo solidaristico.* 3.2. *L'abuso del diritto.* 4. *Conclusioni.*

«Tutti gli uomini sono (...) per natura provvisti di notevoli lenti di ingrandimento (cioè le loro passioni e l'amor proprio) attraverso le quali ogni piccolo pagamento appare un grande gravame, ma sono privi di quei cannocchiali (cioè la scienza morale e civile) per vedere a distanza le miserie che sono sospese sopra di loro e che non si possono evitare senza pagare»

T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di G. MICHELI, La Nuova Italia, Firenze, 1976, XVIII, p. 180

«Io affermo soltanto che una realizzazione astattuale del socialismo, tenendo conto della natura umana a noi nota, è impossibile, e con nessuna parola ho messo in dubbio la possibilità della teoria economica del socialismo. Anzi, credo addirittura che si faccia solo un buon servizio al socialismo quando lo si liberi dall'attesa utopistica di una società anarchico-solidale, in cui tutti gli uomini saranno un popolo di fratelli»

H. KELSEN, *Sozialismus und Staat* (1923), trad. it., *Socialismo e Stato*, De Donato, Bari, 1978, p. 102

1. Premesse: alla ricerca di uno statuto del principio di solidarietà in un contesto di pluralismo conflittuale

Uno studio avente a oggetto il principio costituzionale di solidarietà¹ potrebbe essere condotto, dal punto di vista giuridico, nel modo seguente: poiché esso è per lo più considerato un principio costituzionale di giustizia materiale, e, anzi, uno dei principî fondamentali della Costituzione², l'interprete potrebbe cimentarsi nella definizione del suo contenuto, così come procede, del resto, quando illustra i significati che possono essere assegnati alle diverse disposizioni che enunciano gli altri principî di giustizia scritti nella Costituzione. Intrapresa questa strada, l'interprete si troverebbe di fronte alla nota difficoltà di determinare/concretizzare i contenuti dei principî indeterminati, appunto, cioè i loro possibili sviluppi e le loro possibili specificazioni, i loro svolgimenti e, per così dire, le loro "spremiture", derivanti dalla loro «eccedenza assiologica»³, nella consapevolezza, peraltro, che tale determinazione/concretizzazione non potrebbe, a sua volta, che essere

¹ Il ricorso all'espressione «principio di solidarietà» è motivato dalla ovvia considerazione che essa compare nell'art. 2 della Costituzione italiana (oltre che in altri documenti costituzionali nazionali, sovranazionali e internazionali), ma le riflessioni che seguono possono riferirsi altresì alle diverse espressioni con le quali alcune teorie e/o dottrine, nella storia del pensiero politico, hanno risposto alla questione centrale del diritto costituzionale – come si integra il pluralismo sociale in unità politica e, dunque, come si mantiene l'unità del corpo politico – invocando l'esistenza di un principio in forza del quale gli uomini sarebbero reciprocamente legati – per inclinazione naturale o per sforzo razionale – da un vincolo di collaborazione, che si manifesterebbe attraverso comportamenti benevoli, oblativi. Come si accennerà anche nel testo, è soprattutto con riferimento al principio di fraternità che la dottrina ha tentato di argomentare la differenza di significati tra le diverse espressioni (sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011, spec. pp. 46 ss.); tuttavia, nella consapevolezza della rilevanza, nella storia del pensiero politico, della distinzione tra le diverse espressioni (si pensi alla *fraternité* rivoluzionaria, all'interpretazione che di questa venne data nella prima metà dell'Ottocento, all'abbandono dell'espressione a seguito degli eventi costituzionali del 1848 e alla profonda delusione che a questi seguì, e che determinò la sua sostituzione con l'espressione «solidarietà» per dare una risposta alla drammatica questione sociale del XIX secolo), dal punto di vista giuridico, le considerazioni che seguono nel testo prescindono dalle matrici culturali che sostengono le diverse declinazioni del principio in esame.

² Come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella nota sent. n. 75 del 1992. Da ultimo, A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 1.

³ Secondo la nota espressione di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Giuffrè, Milano, 1971, II ed., pp. 152 ss.

il frutto, nella maggior parte dei casi, di ragionevoli bilanciamenti con altri principî costituzionali. Nel caso del principio di solidarietà, l'interprete sarebbe poi chiamato a chiarire il significato dell'attributo della «inderogabilità» che l'art. 2 aggiunge ai «doveri» che della solidarietà costituiscono altrettante declinazioni necessarie. E dovrebbe altresì chiedersi se tali declinazioni siano esaustive o se, invece, il catalogo dei doveri «inderogabili» abbia natura aperta, al pari di quello che si va predicando da tempo a proposito dei diritti «inviolabili»⁴. E sorgerebbe ancora la questione se esiste un “contenuto massimo”, per così dire, dei doveri inderogabili, così come esiste un “contenuto minimo” dei diritti inviolabili⁵. A ciò si aggiunga ancora la problematica relativa alla titolarità delle situazioni giuridiche di svantaggio, e dunque il tema della titolarità dei doveri costituzionali da parte dei non cittadini⁶. Non potrebbero mancare, in questo percorso di studio, i riferimenti alla giurisprudenza, specie costituzionale (anche sovranazionale), a supporto della fondatezza delle tesi sostenute dall'interprete: il richiamo della disposizione costituzionale di riferimento quale parametro di giudizio delle leggi contribuirebbe via via ad accumulare e a consolidare significati possibili da attribuire agli enunciati costituzionali indeterminati.

⁴ Sulla critica all'«art. 2 della Costituzione come fonte di produzione di norme costituzionali amministrata dalla giurisdizione», cfr. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 51. La letteratura sul punto è sterminata, a partire, ovviamente, da A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, che per primo propose la configurazione della Costituzione come aperta al riconoscimento di diritti non scritti.

⁵ E' evidente che il “contenuto massimo” dei doveri inderogabili non potrebbe che coincidere col “contenuto minimo” dei diritti inviolabili altrui... Anche sulle problematiche relative al “contenuto minimo” dei diritti la letteratura è assai vasta: cfr., almeno, A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici comuni*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 1990, pp. 110 ss.; O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. Cost.*, 1998, pp. 1170 ss.; I. MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, pp. 1095 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. M) della Costituzione*, in *Politica del Diritto*, 2002, pp. 352 ss.

⁶ Su cui v. in particolare E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*. Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli, 2010, pp. 229 ss.

Nihil sub sole novi. E questo, del resto, è il mestiere dello scienziato di fronte ai documenti costituzionali che enunciano principî di giustizia materiale. Tuttavia una (neppure troppo approfondita) osservazione dello stato dell'arte in materia dimostra che i risultati non sono sempre proporzionati agli sforzi: il linguaggio assai poco sorvegliato con il quale si chiama in causa la Costituzione nelle sue parti materiali indeterminate, di fronte alle richieste di riconoscimento sempre “nuove” che provengono dalla società (le “nuove” povertà, le “nuove” famiglie, i “nuovi” cittadini, i “nuovi” rapporti di lavoro...), o di fronte ad arretramenti di tutele precedentemente previste a livello legislativo, è ormai proprio non solo del dibattito pubblico, ma anche degli specialisti. L'osservatore non può che giungere alla conclusione che, soprattutto una volta che ci si è immessi lungo i percorsi della ragionevolezza dei bilanciamenti, e del riconoscimento ai principî costituzionali stessi della forza di determinare direttamente nell'ordinamento antinomie e lacune⁷, ci si è già immessi lungo i percorsi degli universi etici, delle ideologie, dei *desiderata* e delle lacune assiologiche, perché ogni riconoscimento non può mai avvenire “a costo zero”: qualcuno vince e qualcuno perde. E se il riconoscimento viene realizzato a colpi di sentenze che pretendono di dar fiato alle parole della Costituzione, a perdere è soprattutto la lotta politica da cui, invece, dovrebbero risultare i significati di quelle parole. Proprio quella parte della Costituzione che richiama il lato gradevole, per così dire, del diritto, quella che ci impegniamo a insegnare anche ai più piccoli nelle scuole, soprattutto attraverso il richiamo ai diritti e ai doveri, quella che si usa per far spettacolo alla televisione o nei teatri, è in realtà la parte che suscita le più complesse questioni giuridico-costituzionali che hanno a che vedere con l'uso dei principî costituzionali materiali nelle epoche successive alla loro approvazione. In questi tempi di crisi, alla quale nessuno sembra in grado di fornire risposte adeguate, i ripetuti appelli alla Costituzione, al ritorno a una sua concezione prescrittiva, ai suoi diritti inviolabili e ai suoi doveri inderogabili di solidarietà, se, da un lato, sono profondamente comprensibili, dall'altro, appaiono del tutto inefficaci, asettici, per la irrilevanza che dedicano alla realtà attuale e passata: *quale* Costituzione? *Quale* solidarietà?

⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 10-124; 151-157; ID., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 68.

E' tutto ciò inevitabile? E' comprensibile che nel discorso pubblico «chi si batte per i diritti (...) fa con il linguaggio una politica del diritto, adoperandosi ad influenzare il diritto positivo a vantaggio di classi di soggetti»⁸. Ma lo scienziato che, dopo aver svolto il suo compito di comprensione dei fenomeni sociali in atto e di avervi fornito delle persuasive risposte sul piano della interpretazione delle leggi e della ricostruzione della giurisprudenza e della precedente tradizione scientifica, si spingesse a proporre innovazioni, dovrebbe quanto meno dichiarare di aver assunto, per questa parte, le vesti del “politico del diritto”. E questo, a maggior ragione, in un contesto fortemente conflittuale, in cui le disposizioni costituzionali che enunciano principi di giustizia materiale dovrebbero essere “maneggiate” da tutti con molta cautela, nella consapevolezza che manifestare il volere della Costituzione, specificarne, di volta in volta, il contenuto a fronte delle domande, sempre nuove, che provengono dalla società, non significa affidare a degli esperti altamente qualificati il compito di dirimere questioni tecnico-giuridiche, come si affida a degli oracoli il compito di svelare responsi ricavati oggettivamente, con una scienza e con una tecnica sapienti, da una fonte superiore. Significa piuttosto assegnare al testo costituzionale determinati significati che si sono scelti e voluti, in quanto corrispondenti al modello di società che si vuole realizzare⁹.

Quanto appena affermato vale forse a maggior ragione per il principio di solidarietà: le sue possibili declinazioni, i suoi possibili sviluppi e specificazioni, la sua portata pervasiva nell'ordinamento complessivo¹⁰, a fondamento di alcuni diritti e quale limite all'esercizio di altri, ivi comprese la sua declinazione “fraterna” in chiave antistatali-

⁸ U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. CAPRIOLI – F. TREGGIARI, *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 41.

⁹ I. MASSA PINTO, *Veritas constitutionis: quis interpretabitur? Il problema dell'assenza insuperabile e insopportabile del titolare ultimo del potere, il concetto teologico secolarizzato di «rappresentanza» e le questioni fondamentali del diritto costituzionale del nostro tempo*, in M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 261. Sul giudizio di illegittimità costituzionale delle leggi come «operazione logica» cfr. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., p. 63, il quale, criticando l'estraneità alla teoria kelseniana del diritto della nozione di diritti fondamentali, afferma che «Quando Kelsen parla dei diritti fondamentali non ne parla mai in termini formali, come fa con tutti i concetti della teoria del diritto, ma sempre con riferimento ai loro contenuti storicamente ed empiricamente determinati» (p. 59).

¹⁰ Cfr., da ultimo, A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. VENTURA – A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, spec. p. 309.

sta, che lo legherebbe al principio di sussidiarietà¹¹, e la sua declinazione “emancipante” o “inclusiva” in chiave statalista, che lo legherebbe al principio di uguaglianza sostanziale e a quello di dignità¹², richiedono inevitabilmente scelte politiche conseguenti, e non certo alchimie tecnico-sapientziali. Scelte politiche, appunto, e, dunque, universi etici, visioni del mondo. L’interprete non potrebbe allora che concludere nel senso che le «formule imprecise» del testo costituzionale sono, anche nel caso del principio di solidarietà, «susceptibili di interpretazioni diverse», e che «il compito di definire ciò che rimase incompiuto o di far valere uno fra i vari significati attribuibili ad una stessa disposizione» non può che essere lasciato «ai successivi spostamenti delle forze ed alle evoluzioni delle idee politiche»¹³.

Certo, la crisi della rappresentanza politica, nel suo significato proprio di crisi della capacità di riconduzione a unità politica del pluralismo conflittuale, potenzialmente micidiale, fa apparire le considerazioni che precedono quanto meno come illusorie, vane, sterili, finanche oziose: ma non bisogna confondere, di nuovo, il carattere tragicamente e oggettivamente reale della crisi della rappresentanza politica con la delusione di non riuscire a veder realizzate, per opera della rappresentanza medesima, i propri *desiderata*.

Il riconoscimento della drammatica crisi in atto non può, in ogni caso, mettere in discussione la considerazione che l’ipotesi di ricerca sopra tratteggiata, anche rispetto allo studio del principio di solidarie-

¹¹ Cfr. F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – E. GROSSO – J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. p. 29; ID., *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, spec. pp. 63 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivistaaic.it*, 2010, n. 4; F. PIZZOLATO – P. COSTA, *Principio di fraternità e modernità giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, n. 1.

¹² Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, spec. pp. 31 e 37; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, cit., p. 2.

¹³ C. MORTATI, *La Costituente* (1945), in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato*, Milano, 1972, p. 304. Per questo, come noto, Kelsen aveva espresso il suo ammonimento rispetto alle formule imprecise: per evitare uno «spostamento di potere (...) dal parlamento a un organo estraneo e che può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile» (H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, p. 254).

tà, non sembrerebbe, almeno allo stato attuale, portare molto lontano dal punto di vista scientifico, e ogni sforzo in tal senso, nel tempo in cui il sentimento che domina i popoli europei è la preoccupazione, l'insicurezza, la paura, il disorientamento, in una parola: l'anomia, non potrebbe che rivelarsi, infine, come l'ennesima "politica del diritto".

Proprio per evitare questo approdo, vorrei allora pormi dal punto di vista della dottrina pura del diritto, quella dichiaratamente più distante dagli universi etici, e, dunque, anche da un (quale che sia) contenuto materiale del principio di solidarietà. Il tentativo è quello di individuare un possibile ruolo del principio in esame quale *principio formale di dottrina pura del diritto* (e, dunque, quale principio strutturale di ogni ordinamento giuridico). Sarà questa anche l'occasione per esprimere qualche osservazione sulle caratteristiche del diritto costituzionale del nostro tempo attraverso una riflessione su un istituto in qualche modo, come si vedrà, legato al tema centrale che ci occupa: l'abuso del diritto.

2. Il principio di solidarietà esprime (solo) l'indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: la critica kelseniana alla teoria politica del marxismo sulla progressiva estinzione dello Stato

Nel tentativo di delineare uno statuto del principio di solidarietà, quale principio strutturale di ogni ordinamento giuridico, a partire dal fatto del pluralismo conflittuale, mi è parso opportuno riprendere la lungimirante critica kelseniana alla teoria politica del marxismo sulla progressiva estinzione dello Stato: da un lato, perché la sua attualità appare davvero sconcertante, e, dall'altro, perché «il filo conduttore dei lavori di Kelsen sul marxismo è altresì il filo conduttore di tutta l'opera teorica, giuridica e politica kelseniana: la rigorosa distinzione tra ciò che è e ciò che deve essere; tra discorsi intorno alla realtà e discorsi intorno ai valori; tra la descrizione della realtà e la valutazione di essa; tra la spiegazione causale del mondo com'è, e la progettazione (o, in senso lato, prescrizione) di un mondo ideale a venire; tra il futuro probabile e il futuro desiderato»¹⁴.

¹⁴ R. GUASTINI, *Introduzione*, in H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Il Saggiatore, Milano, 1981, p. 9.

Dunque non è evidentemente l'oggetto preso di mira dalla critica kelseniana che qui interessa, quanto piuttosto le limpide argomentazioni alle quali la critica ricorre, in quanto perfettamente riferibili all'epoca presente e al disorientamento collettivo che la contraddistingue. La rilettura di alcune significative pagine dei lavori di Kelsen sul marxismo vorrebbe altresì contribuire a riconsiderare, nel discorso scientifico, l'opera dell'Autore preso a bersaglio dalla retorica antipositivistica, costruita prevalentemente intorno alla ritenuta impossibilità dell'«adeguamento delle categorie normativiste al dato nuovo delle costituzioni lunghe»¹⁵, e alla ritenuta impossibilità della «pretesa della

¹⁵ M. PROSPERO, *Hans Kelsen. Normativismo e diritto privato*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 274. Secondo l'Autore, «il contributo di Kelsen mette capo ad alcune difficoltà teoriche ben visibili alla luce degli stessi sviluppi del costituzionalismo. Il diritto come norma pura costruisce la sfera dell'eguaglianza e legittima le condizioni di diseguaglianza civile accettate. In Kelsen non esiste un fondamento inclusivo che neghi discriminazioni e posizioni privilegiate. La differenza fisica può essere la base di una diversità nel diritto. La rinuncia all'idea di un'eguaglianza fondata su elementi come la natura o la ragione lascia traballare la nozione di inclusione nella cittadinanza che è invece un punto cardine nell'odierno costituzionalismo. Che l'eguaglianza non sia naturale ma sempre artificiale non comporta la discrezionalità della politica di porre condizioni diseguali nell'accesso ai diritti. Questo divieto non è esplicito nello schema del normativismo che dichiara di essere privo di presupposti di valore. La legge istituisce l'eguaglianza (di contro alla pretesa giusnaturalistica) ma la mancanza in Kelsen di una nozione inclusiva di umanità (che coinvolge ogni corpo) pregiudica l'eguaglianza nel godimento dei diritti che è considerata la grammatica della modernità. Ogni individuo o corpo proprio nella sua empiricità è parte della città (umana universalità) che con una norma generale e astratta proclama diritti civili e politici, assicura una tutela preventiva o inibitoria contro ogni lesione del diritto del corpo (con danni non solo patrimoniali ma ambientali, biologici)» (p. 94). E ancora: «Con questa definizione astratta e generale del diritto, presentato come regola supportata dalla coercizione, sfuggono tutte le determinazioni storiche più significative del fenomeno giuridico e un maldestro principio analogico tende a riassorbire ogni elemento sanzionatorio quale invariante contenuto in qualsiasi ordine giuridico. I punti di forza dell'argomento di Kelsen sono evidenti quando consentono di cogliere le debolezze teoriche del diritto di natura e anche le sofferenze dell'istituzionalismo giuridico. Nondimeno il canone della coercibilità lo conduce a una teoria generale del diritto molto legata a una congiunturale fase evolutiva dello Stato moderno. Sfuggono al normativismo i processi più innovativi dello Stato costituzionale che fissa una duplice riserva legislativa e giurisdizionale alle inviolabili libertà personali, pone la differenziazione dei suoi fini sociali, stimola l'espansione di un ampio settore pubblico per rispondere ai problemi dei bisogni sociali materiali. Nello Stato costituzionale non esiste un diritto forma che risulti indifferente al diritto sostanza o interesse umano ritenuto essenziale al punto da obbligare il legislatore e gli organi dello Stato ad adottare certe linee di intervento. L'implicazione puramente formale-procedurale si incastra con implicazioni del tutto materiali e sostanziali. Non si dà un sistema formale che non sia anche una costituzione materiale. Oltre la mera tecnica coercibile, nel corso del '900 sono apparsi dei processi politici in grado di determinare una profonda curvatura del

legge di essere, essa sola, diritto»¹⁶. Su tale «concezione duale del diritto», ossia sul «diritto a due lati, formale e materiale», si tornerà più avanti accennando al tema dell'abuso del diritto. Si propone qui solo la rilettura di alcune pagine, tra le meno note, dell'opera kelseniana, con l'auspicio che possano servire a riaccendere l'interesse per uno degli Autori più malintesi del Novecento¹⁷.

2.1. Lo Stato può servire a scopi molto diversi e anche opposti fra loro

La critica di Kelsen alla teoria marxista origina dal rilievo della erroneità del concetto di Stato presupposto dalla teoria della sua estinzione, derivante dalla confusione tra i fini politico-ideologici dello Stato positivo e la natura dello Stato in quanto ordinamento coercitivo.

diritto per opera di domande sociali (...). Tutto ciò prevede il ricorso a “norme sui generis” indispensabili per regolare questa complessa macchina pubblica che entra nella vita sociale con forme giuridiche diverse da quelle puramente sanzionatrici previste da Kelsen. In tali norme di nuova confezione, l'elemento sanzionatorio è solo un meccanismo indiretto nel senso che i provvedimenti orientati a fini redistributivi contengono un incentivo positivo. Si tratta di misure e condizioni agevolate per chi versa in certe condizioni sociali considerate meritevoli di tutela. Queste norme sono peculiari perché, mentre accordano posizioni di vantaggio a talune differenze riconosciute, di riflesso, sviluppano un meccanismo di penalizzazione per altri ceti economici socialmente più avvantaggiati. Nella società complessa e differenziata, alla pura norma generale e al sistema unitario dei codici si affiancano leggi speciali, clausole particolari per regolare parti specifiche e interessi settoriali» (pp. 112-113).

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 380. Secondo l'Autore, «il riduzionismo legalista kelseniano si traduce, nella sua nomodinamica e nella sua teoria della giustizia costituzionale, nell'esigenza di rispetto delle forme, cioè delle procedure. Un aspetto di questa impostazione è la riduzione dei vizi “materiali” (cioè per ragioni di contenuto) delle leggi a vizi “formali” (cioè per ragioni di procedimento). I vizi materiali si risolverebbero nei secondi, poiché solo questi ultimi avrebbero consistenza, nella teoria dell'incostituzionalità della legge. Gettando uno sguardo sui presupposti di questa concezione, possiamo mettere in luce la distanza dai nostri, in base ai quali la riduzione della sostanza alla forma ci appare una forzatura alquanto stravagante» (pp. 381-382).

¹⁷ In Germania si è intrapresa una vera e propria *Kelsen-Renaissance* grazie al progetto dei curatori dell'edizione dell'opera omnia nella Hans-Kelsen-Forschungstelle di Freiburg (www.hans-kelsen.org). La letteratura sull'influenza di Kelsen in Italia è vastissima. La ricostruisce di recente sinteticamente J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, in H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther e E. Daly, Giuffrè, Milano, 2013, pp. XVII ss.

Per la dottrina pura del diritto, «l'ordinamento della convivenza umana, che si è soliti definire come Stato, è un ordinamento costringitivo, e (...) questo ordinamento costringitivo coincide (...) con l'ordinamento giuridico». Kelsen chiarisce che «lo Stato è caratterizzato come ordinamento costringitivo in un doppio senso: innanzi tutto, viene con ciò espresso il fatto che la validità di questo ordinamento, ovvero – ciò che è la stessa cosa – l'appartenenza alla comunità costituita attraverso questo ordinamento, è indipendente dai desideri e dalle volontà soggettive di coloro per i quali l'ordinamento statale esige validità e i quali costituiscono quindi la comunità statale. Inteso in quanto comunità, lo Stato è una comunità costringitiva, un'associazione costringitiva. In secondo luogo, però, il “dominio”, essenziale per lo Stato, viene esercitato, in base alla concezione corrente, attraverso la comminazione di atti *costringitivi* specifici. Relazioni di dominio ce ne sono di molteplici. L'associazione di dominio dello Stato è definita dal fatto che esso si costituisce in un sistema di norme che ordinano la costringizione». Ma, ecco il punto: «è ovvio che ogni dominio, ogni costringizione dell'uomo sull'uomo, viene esercitato non come scopo in sé, ma a causa di uno scopo estraneo, rispetto a cui dominio e costringizione sono presi in considerazione solo come mezzo; e questo mezzo può essere giustificato – poiché è in contraddizione con il valore di libertà – solo in quanto venga riconosciuto come inevitabile, necessario per il raggiungimento dello scopo dell'ordinamento posto *al di là* del valore di libertà. Il dominio chiamato “Stato” o “ordinamento giuridico”, questo cosiddetto “apparato costringitivo”, non è caratterizzato dal suo *scopo* sociale, ovvero – il che è lo stesso – dal suo *contenuto*. Si tratta di una forma specifica della vita sociale, che può assumere contenuti molto variabili, di un *mezzo* di tecnica sociale, con cui possono essere perseguiti gli scopi più diversi. Sicuramente lo Stato moderno può essere considerato come un mezzo per lo scopo dello *sfruttamento* economico di una classe da parte dell'altra. Ma sarebbe scorretto definire lo sfruttamento economico o il mantenimento dell'opposizione di classe come l'essenza dello Stato in generale. Poiché in primo luogo vi sono degli Stati, cioè delle organizzazioni di dominio, in cui non è possibile mostrare lo sfruttamento economico come loro contenuto essenziale; in secondo luogo, lo sfruttamento economico non è neanche affatto l'unico scopo dello Stato moderno. Innanzi tutto, però, è pensabile un'organizzazione statale che non solo mostri un contenuto completamente diverso da quello dello sfruttamento economico, ma addirittura

ra abbia come scopo quello di *impedire* lo sfruttamento economico». Anzi, sostiene Kelsen, «si può affermare che *soltanto* un ordinamento costrittivo è in grado d'impedire quella condizione di sfruttamento. Non si dimentichi che l'ordinamento economico capitalistico è nato sul terreno della teoria del liberalismo, ostile allo Stato, e che confina da vicino con l'anarchia, ed è cresciuto nella sfera *a-statale* dello sviluppo delle forze economiche. Sicuramente, anche l'ordinamento giuridico dello Stato liberale, ridotto al minimo, ha la funzione di garantire una classe dominante nello sfruttamento del proletariato. Ma, quanto più profondamente la organizzazione statale del dominio, durante l'ultimo secolo, è penetrata nel corpo della società, quanto più certe relazioni sociali, prima lasciate al libero arbitrio, sono divenute contenuto dell'ordinamento costrittivo giuridico, tanto più grande è divenuto anche il contrappeso che è stato creato all'opposizione di classe, che nel libero gioco delle forze economiche si acuiva senza freni. Certamente neanche la legislazione politico-sociale degli ultimi decenni ha potuto sconfiggere al fondamento l'opposizione di classe e lo sfruttamento economico. Ma essa mostra che il mezzo politico, cioè lo Stato, è atto ad agire *nella direzione* del superamento dell'opposizione di classe, che dipende solo dal contenuto dell'ordinamento costrittivo statale fino a che livello l'ordinamento economico capitalistico – che, in base alla sua essenza, è di origine extrastatale – può essere rimosso e sostituito con un altro...»¹⁸.

2.2. Il concetto di un ordinamento costrittivo non contiene neanche la traccia di un interesse solidale

Partendo propriamente dalla differenza concettuale tra ordinamento giuridico/costrittivo e altri ordinamenti, Kelsen chiarisce in modo inequivocabile il ruolo del principio di solidarietà nell'ordinamento giuridico.

Egli afferma, infatti, che in tutti i tempi si può riscontrare la presenza di «ordinamenti o associazioni anarchici» quali ordinamenti contrapposti allo Stato: «se il concetto di Stato viene essenzialmente ridotto a quello di un ordinamento costrittivo – sovrano – nel senso appunto sviluppato, e se, in questo, si fa astrazione da ogni configura-

¹⁸ H. KELSEN, *Sozialismus und Staat* (1923), trad. it., *Socialismo e Stato*, De Donato, Bari, 1978, pp. 17-20.

zione contenutistica dell'ordinamento costrittivo – con l'unica eccezione del momento costrittivo – e da ogni possibile scopo, al cui servizio quest'ordinamento costrittivo si presenta, ciò non si può giustificare semplicemente per il fatto che soltanto un concetto così esteso è in grado di abbracciare le comunità, definite come “Stati”, esistenti nei diversi tempi, e così diverse sia per il loro contenuto sociale sia per il loro scopo. Ché un tale concetto potrebbe correre il rischio di essere troppo esteso. Il definire lo Stato come null'altro se non un ordinamento *costrittivo* – sovrano – è fondato, in altissima misura e nel senso della più fruttuosa formazione dei concetti, nel fatto che, con questo concetto, viene espresso il momento decisivo per ogni teoria sociale: la distinzione fondamentale fra libertà e costrizione, fra anarchismo e statalismo [*Etatismus*]. Nel concetto di Stato, che non contiene nient'altro che l'idea di un ordinamento costrittivo superiore o di una comunità costrittiva, questo contenuto viene sovrapposto a tutti gli altri ordinamenti o comunità sociali, che rinunziano al momento costrittivo, a quegli ordinamenti, la cui validità è condizionata dalla volontà di coloro che sono sottomessi alle norme, a quelle comunità, di cui i membri fanno parte solo grazie alla loro propria volontà, e il cui comportamento, conforme all'ordinamento o alla comunità, non viene sanzionato da una comminazione costrittiva. Ciò che è decisivo non è il fatto se tali ordinamenti o associazioni anarchici in generale sono possibili o fino a che punto essi siano reali, bensì solo il fatto che, in tutti i tempi, è esistita la fede nella loro possibilità, che in tutti i tempi essi sono stati postulati e sono stati contrapposti allo Stato in quanto ordinamento costrittivo»¹⁹.

Ed è proprio in riferimento al concetto di Stato quale organizzazione di un interesse generale superiore rispetto agli interessi delle società particolari, volontarie, che Kelsen nega un qualunque ruolo al principio di solidarietà quale principio di giustizia materiale all'interno di un ordinamento giuridico: «Ovviamente, bisogna essere d'accordo completamente con la critica marxista nel fatto che ogni determinazione concettuale, che presenta lo Stato essenzialmente come organizzazione di un interesse complessivo o di una volontà complessiva, in breve, in qualsiasi modo come espressione di una *solidarietà* fra tutti gl'individui messi insieme attraverso l'organizzazione, è una *finzione*». Infatti «l'unità dello Stato è l'unità di un ordinamento costrittivo

¹⁹ *Ibidem*, p. 21.

normativo e non l'unità di interessi di fatto, di contenuti fattuali delle volontà di coloro che sono sottomessi all'ordinamento. Solo in quanto lo Stato viene concepito *normativamente*, cioè come unità fondata sul *dovere*, esso può essere pensato – senza cadere in contraddizione – insieme con l'opposizione reale [*Seinsgegensatz*], da esso non superata, dei conflitti nazionali, economici e religiosi. E proprio per il fatto che si riduce il concetto di Stato a quello di un ordinamento costrittivo e si rifiuta di assumere in questo concetto la relazione rispetto a qualsivoglia interesse fattuale, si evita poi la finzione del carattere solidale dello Stato. La dissoluzione di questa finzione, la dimostrazione che quanto a questo si tratta di una falsificazione teorica, che, consapevolmente o meno, persegue lo scopo di mantenere obbedienti coloro *contro* i cui interessi esiste di volta in volta l'ordinamento statale costrittivo, tuttavia, non è stata conseguita affatto per la prima volta da teorici socialisti, bensì già da teorici “borghesi”. La critica marxista in questo caso ha sfondato soltanto porte aperte. [Proprio in riferimento alla *mia* definizione del concetto di Stato! Il concetto di un ordinamento costrittivo non contiene neanche la traccia di un interesse solidale]»²⁰.

2.3. Non esiste divergenza d'opinioni che non possa diventare un contrasto di vita o di morte

A questo punto Kelsen entra nel vivo della sua critica rispetto all'ipotesi marxista dell'estinzione dello Stato una volta che sia stato eliminato lo sfruttamento di classe.

Il Manifesto comunista perviene alla conclusione secondo la quale «se non c'è più alcuna opposizione di classe, non ci può più essere uno Stato». Rispetto a questa conclusione, sostiene Kelsen, «non viene cercata neanche l'ombra di una dimostrazione per il fatto che insieme con lo sfruttamento economico e con l'opposizione di classe scompariranno anche tutti quei fenomeni sociali che – del tutto indipendentemente dal mantenimento o dall'eliminazione dell'opposizione di classe e dello sfruttamento – rendono necessario un ordinamento costrittivo, un potere pubblico ovvero un dominio politico. Così il *Manifesto*

²⁰ *Ibidem*, pp. 24-25. E' noto come la demifisticazione kelseniana delle teorie borghesi del diritto e dello Stato sia culminata nella *Allgemeine Rechtslehre* e nella *Reine Rechtslehre*. Su tale demifisticazione si tornerà più avanti.

esige – poiché deve scomparire il guadagno senza lavoro – un uguale *obbligo* [Zwang] di lavoro per tutti. Ovviamente, in un primo momento, solo per il primo stadio del socialismo, il cosiddetto Stato di classe proletario. Ma l’eliminazione di ogni sfruttamento muterà la natura umana in maniera così profonda che ognuno apprenderà spontaneamente il lavoro, che gli sarà assegnato sulla base di un piano di lavoro, elaborato evidentemente solo in maniera centralizzata, e quindi verosimilmente senza particolare riguardo ai suoi bisogni individuali? Perfino se la spontanea sottomissione all’ordinamento del lavoro può essere assunta come regola, non può non essere prevista la costrizione per l’inevitabile eccezione – in tutte le circostanze – allo stesso modo in cui, anzi, anche l’ordinamento dello Stato borghese si rivolge, con i suoi mezzi costrittivi, per lo più contro eccezioni; ma un ordinamento costrittivo deve esistere a causa di queste eccezioni!». E, infatti, continua Kelsen, «un ordinamento della società, che non può essere semplicemente un ordinamento economico, non dovrebbe forse essere protetto per mezzo di minacce costrittive contro tali turbamenti, i cui motivi non si radicano affatto nei rapporti di produzione, o dovrebbero forse scomparire, insieme con lo sfruttamento economico e con le opposizioni di classe, anche gli affetti sessuali e religiosi, la gelosia e l’ambizione, e, quindi, le numerose fonti extraeconomiche del turbamento dell’equilibrio sociale? Una tale supposizione non sarebbe forse l’esempio scolastico di una utopia “non scientifica” poiché non fondata su alcuna esperienza? Se per l’abolizione dello sfruttamento classista è necessario un dominio politico, un apparato costrittivo, non dovrebbe essere ugualmente necessario per impedire in maniera durevole la nascita primaria di rapporti di sfruttamento? In una condizione di libertà da ogni costrizione statale la disuguaglianza naturale degli uomini – quest’ultima fonte soggettiva di ogni sfruttamento, non soltanto dello sfruttamento economico – si affermerebbe senza inibizioni. Lo “sfruttamento sfacciato, diretto, crudo”, la “irresponsabile libertà di commercio” del capitalismo, caratterizzati dal Manifesto comunista in maniera così appropriata, non si sono trovati tanto meglio quanto più la società si sviluppava in forma a-statale, quanto più la libertà – così lodata dal liberalismo capitalistico – ha lasciato libero gioco all’armonia naturale di tutte le forze sociali? Non è una contraddizione incomprensibile, quando il socialismo stringe gli ambiti più estesi della vita sociale, che prima erano abbandonati all’anarchia, cioè al libito dei singoli, nel suo saldo ordinamento dell’*uguaglianza* e, allo stesso

tempo, vorrebbe aprire la prospettiva di un ideale di *libertà*, cioè però appunto di quella anarchia, cui esso vuol sottrarre innanzi tutto l'economia? E' possibile che un ordinamento sociale pianificato, razionale, per niente "naturale", nella stessa misura in cui cresce quanto a contenuto e a estensione, e si complica, possa rinunciare – per realizzarsi – alla costrizione? Non è più che paradossale il fatto che lo Stato che, nella sua trasformazione dell'apparato costrittivo borghese in quello proletario, aumenta in maniera insospettata quanto a potenza e competenza, proprio nell'istante in cui raggiunge l'apice di questo sviluppo, debba scomparire, dissolversi misteriosamente nel nulla? L'idea pervenuta a se stessa si rovescia qui nel suo opposto? No, qui c'è un miracolo: abbiate solo fede! Ma forse è più prudente, nell'ambito della scienza sociale empirica – soprattutto se si tratta di una profezia – fondarsi non sulla speculazione della dialettica, ma sull'esperienza positiva»²¹.

L'indefettibile necessità di un ordinamento costrittivo deriva dal fatto del pluralismo conflittuale, il quale tuttavia – e questo è un punto essenziale, che spesso viene dimenticato nel dibattito intorno alle questioni eticamente sensibili e al ruolo delle dottrine comprensive nel dibattito pubblico – non viene superato, nel senso di eliminato, dall'ordinamento costrittivo medesimo, ma solo, per così dire, disarmato. Kelsen lo dice in modo assai chiaro a proposito della religione: «Lo "Stato" libera dalla religione quando rende l'esercizio dei diritti politici indipendente dalla confessione religiosa, sebbene il cittadino rimanga ciononostante religioso»²².

Commentando criticamente la separazione marxista tra "forza sociale" e "forza politica", Kelsen afferma: «Che cos'altro è lo Stato se non l'espressione del fatto che l'uomo, come *membro del genere umano*, ha riconosciuto e organizzato le sue "*forces propres*" in quanto forze *sociali* (...), che cos'altro è se non un'organizzazione completamente determinata dalle forze sociali dell'uomo? La scissione della "forza politica" dalla "forza sociale" può significare altro se non il fatto che soltanto una parte delle forze sociali è organizzata politicamente? e può la scissione essere superata in altro modo se non per il fatto

²¹ *Ibidem*, pp. 48-49. Sul punto cfr. altresì H. KELSEN, *Il diritto come specifica tecnica sociale* (1941), in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., pp. 94 ss. e spec. pp. 102 ss.

²² *Ibidem*, p. 55.

che o ogni forza sociale diviene politica o ogni organizzazione specificamente politica delle forze sociali scompare, cioè o la società nell'insieme si statalizza o lo Stato si socializza, cioè ogni ordinamento costringitivo si dissolve?»²³.

E' sulla base di tali premesse che Kelsen arriva a sostenere che una società *solidale* è in realtà una società anarchica in cui il concetto di democrazia coincide con quello di libertà individuale. Sempre dialogando con Marx ed Engels a proposito della forma statale che deve assumere il dominio del proletariato, Kelsen afferma: «Sarebbe (...) privo di senso il concedere la democrazia soltanto per un gruppo *solidale*, cioè per una molteplicità di individui, i quali, dotati di una disposizione solidale in tutti i rapporti che vanno regolati attraverso l'ordinamento comunitario, volontariamente concordano. Prescindendo completamente dal fatto se possa esistere un gruppo del genere, non vi sarebbe qui bisogno di alcun principio di maggioranza, non vi sarebbe qui affatto il problema di ogni forma statale: quello di unificare volontà contrapposte. Poiché questa unità è già presupposta. E questo presupposto – la sua ammissibilità rimane qui fuori discussione – in generale non può condurre ad alcuno *Stato*, può condurre soltanto a una società *anarchica*. Definire “democrazia” la società solidale-anarchica, significa identificare il concetto di democrazia con quello di “libertà” individuale. Il concetto di democrazia, però, nasce proprio attraverso la modificazione che è necessaria nel concetto di libertà, per rendere possibile quest'ultimo nella sfera del politico, cioè nella sfera delle opposizioni fra gli interessi e fra le volontà»²⁴.

²³ *Ibidem*, p. 57.

²⁴ *Ibidem*, p. 65. E subito prima aveva detto chiaramente: «Poiché per “democrazia” bisogna intendere quella forma statale, in cui la volontà dello Stato, cioè l'ordinamento giuridico, viene formata da quelli stessi, per cui l'ordinamento statale esige validità, e, in vero, in modo tale che la volontà della *maggioranza* sia decisiva. Questo principio di maggioranza è perciò essenziale per la democrazia. Perché, se l'ideale di libertà, che senza dubbio sta anche alla base dell'idea democratica, fosse completamente realizzato, cioè, se l'ordinamento coesivo potesse realizzarsi solo attraverso le volontà concordi di *tutti* coloro che sono sottoposti alle norme, in modo tale che anche ogni singolo rimanga legato a questo ordinamento solo nei limiti in cui non muti la sua volontà consenziente, se quindi ognuno fosse completamente libero, perché sarebbe suddito soltanto della propria volontà, sarebbe con ciò tolta l'idea in generale di un ordinamento statale, anzi di ogni norma in generale. Poiché il principio: tu hai il dovere di fare ciò che corrisponde alla tua volontà, è una norma soltanto per l'apparenza linguistica. Si ha una norma, si può parlare sensatamente di un “dovere”, soltanto quando sussiste una possibile differenza fra il contenuto

E Kelsen entra nel vivo della critica della società *solidale* richiamando la indefettibilità necessità di un ordinamento coercitivo in riferimento a tematiche che oggi sono affrontate per lo più sotto l'etichetta dei "diritti": dei diritti sociali e dei diritti civili in particolare.

Rispetto ai diritti sociali, Kelsen si domanda retoricamente come potrebbe essere realizzato il motto marxista "ciascuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo i suoi bisogni" senza «un *ordinamento giuridico*, che obbliga ognuno a impegnarsi secondo le sue capacità e autorizza ognuno a soddisfarsi, secondo il bisogno, con la quantità di beni – presupposta come illimitatamente abbondante – della comunità (...); un ordinamento che, proprio per questo, non può non funzionare come ordinamento *giuridico*, cioè come ordinamento costrittivo!». Infatti «anche se il lavoro – per qualsiasi motivo – è divenuto bisogno per tutti, è pur sempre aperta la possibilità che per uno non sia bisogno proprio il lavoro che gli viene attribuito, che sussistano delle differenze fra le "capacità" assunte da ogni singolo e i bisogni della produzione comunitaria, differenze la cui armonizzazione può aversi solo e in ultima analisi *in maniera autoritaria*, cioè attraverso costrizione, se non viene presupposta un'armonia prestabilita delle forze naturali, cioè delle forze che si sviluppano liberamente. E, pur ammesso che tutte le fonti della ricchezza scorrano con tanta abbondanza, il diritto di trovare soddisfazione secondo i propri bisogni non può estendersi fino al punto che non vi sia alcun pericolo di un travalicamento, di un abuso»²⁵.

E, analogamente, rispetto al tema delle questioni eticamente sensibili, non ricorre a scorciatoie Kelsen quando presagisce la società *solidale* senza Stato: «Soltanto lo *Stato* è sufficientemente forte (...), non possono non essere costituite delle dighe potenti contro l'indistruttibile pulsione della natura umana, contro la volontà di potenza...»²⁶.

Infatti «se ci si apre alla speranza che la società del futuro – per mezzo del superamento della proprietà privata dei mezzi di produzio-

del dovere e quello della volontà individuale di colui che è sottoposto alla norma» (*Ibidem*, p. 64).

²⁵ *Ibidem*, p. 87.

²⁶ *Ibidem*, pp. 126-127.

ne e del superamento, a ciò legato, delle opposizioni di classe, cioè delle opposizioni d'interessi – sarà una società *solidale*, al cui interno non ci saranno opposizioni vitali, ma soltanto innocue diversità di opinioni, sicché ognuno obbedirà spontaneamente, anzi con entusiasmo, all'ordinamento di questa comunità, poiché ad ognuno sarà comandato, dagli organi di questa comunità, soltanto ciò che egli già vuole, in questo caso, ma *soltanto* in questo caso, si può credere che il rapporto dei singoli con la comunità, rispettivamente con i suoi organi, non sarà un rapporto di “dominio”, non sarà un rapporto di comando e di subordinazione, poiché non sarà un rapporto *costrittivo*, bensì un rapporto paritario fra compagni che hanno volontà comuni. Da questo punto di vista, il “dominio”, comunque, nel senso di potere costrittivo, si rivolgerebbe soltanto contro la “natura”. Proprio questa è la rappresentazione dell'anarchismo, e proprio questa rappresentazione sta alla base della teoria engelsiana, secondo cui al posto del governo sugli uomini subentrerà l'amministrazione di cose. Ma che cosa mai al mondo autorizza un tale presupposto? Pure ammesso che l'ordinamento sociale comunista produce vantaggi economici così chiari che si può supporre esclusa ogni opposizione di principio contro di esso, e pure ammesso che circa il modo della sua realizzazione saranno possibili solo divergenze di opinioni: l'ordinamento sociale comunista non vuole e neanche può essere soltanto un semplice ordinamento economico, ma, già per realizzare completamente i suoi fini economici, non può non diventare un ordinamento culturale che s'inserisce in quasi tutte le relazioni della vita sociale! Il suo atteggiamento circa i problemi religiosi, artistici e, innanzi tutto, erotici, però, non darà luogo semplicemente a divergenze di opinioni, non può non condurre a conflitti violenti. Non occorre neanche molta fantasia per immaginarsi come proprio dalla sfera dell'esperienza [*Erleben*] religiosa si solleverà l'opposizione più forte contro una società completamente atteggiata verso l'al di qua, completamente atteggiata verso la felicità terrena. E il problema della crescita della popolazione, nella maniera più stretta collegato a quello della produzione economica, non può non costringere, in certi casi, proprio un ordinamento comunista, a delle disposizioni, da cui può essere provocata la reazione più appassionata. Perfino una perfetta solidarietà sotto il punto di vista economico, che può essere apprezzata non, positivamente, come una volontà generale verso la comunità, ma soltanto, negativamente, come un'eliminazione di un'opposizione, per molto tempo ancora non è

identica a una solidarietà *tout court*, cioè a una solidarietà in tutte le tendenze della volontà umana. Ciò può essere contestato solo da chi pensi, in tutta serietà, che società e economia siano identiche. Proprio qui si palesa la pericolosa esagerazione della concezione materialistica della storia, che si preclude la comprensione di importanti processi storici per il fatto che tenta di spiegarli completamente a partire dai rapporti di produzione ed è cieca per il dato di fatto che anche momenti del tutto diversi hanno condotto ai conflitti più sanguinosi. E, allo stesso modo che la conoscenza del passato, anche lo sguardo verso il futuro viene fatalmente offuscato per il fatto che non ci si può rappresentare seriamente altre opposizioni, che non siano quelle economiche, come opposizioni vitali»²⁷.

E l'ammonimento di Kelsen – che si fa oggi profezia – non tarda ad arrivare, e coinvolge anche il dibattito attuale intorno ai “diritti civili”: «sarebbe un'incomparabile miopia il voler liquidare, come mere divergenze fattuali d'opinione fra compagni, le difficoltà che si pongono alla società comunista del futuro in campo religioso, artistico ed erotico; poiché non esiste divergenza d'opinioni che non possa diventare un contrasto di vita o di morte. E questa possibilità è tanto più grande, proprio in campo religioso, artistico ed erotico, quanto più l'opposizione economica, cioè il problema della pancia, sono eliminati, quanto più si è liberata energia per dei problemi, cui oggi essa è sottratta dalla lotta contro la necessità economica. Sarebbe un'incomparabile miopia il credere che, nella società del futuro, nel caso di questi contrasti, possa trattarsi solo dell'opposizione fra singole persone asociali [*Eigenbrödler*], che non si possa pervenire, per un principio religioso, artistico o erotico, alla potente formazione di gruppi, forse perché solo le classi possono essere tali gruppi, che quindi devono essere “repressi” unicamente dal punto di vista di un ordinamento che genera l'opposizione di classe. E' questo, anzi, chiaramente, il pensiero di Engels: se non ci sono più “classi”, non c'è più nulla da “reprimere”. Ma questi gruppi, che si oppongono all'ordinamento della società comunista dovranno essere “oppressi” come oggi lo è il proletariato, e interpreteranno la società comunista altrettanto poco come solidale, interpreteranno il suo ordinamento come ordinamento costrittivo, come apparato oppressivo, come “Sta-

²⁷ *Ibidem*, pp. 98-99.

to», esattamente come oggi fa la sociologia «proletaria» rispetto alla società capitalistica e al suo ordinamento costrittivo»²⁸.

E continua: «Il motivo ultimo di questa esternità [*Fremdheit*] rispetto alla varietà delle possibilità sociali, questa cecità di una teoria sociale, che vede tutto soltanto nel grigio dell'economico, sta nel fatto che essa, per spiegare i rapporti esterni, non ricorre alla natura spirituale dell'uomo, ma, al contrario, rende responsabili della inadeguatezza di questa natura i rapporti esterni, i rapporti di produzione. Il capitalismo malvagio rende l'uomo cattivo, ne fa un delinquente, una persona socialmente dannosa: così insegna il marxismo. Solo che, forse, il capitalismo è possibile solo perché questo riprovevole sistema di sfruttamento corrisponde tuttavia in qualche modo alla natura dell'uomo, perché c'è un impulso indistruttibile dell'uomo a far lavorare altri per sé, anzi, in generale, a utilizzare altri uomini come mezzi per i propri scopi. E questo impulso trova, nello sfruttamento economico, solo una tra molte possibilità. L'ozio è un vizio che, per esperienza, scompare quando è garantita la soddisfazione dei bisogni economici dell'uomo, o non è forse press'a poco al contrario? La società comunista potrà fare a meno di guardare con sospetto a questo male, che minaccia la sua intera esistenza, in maniera altrettanto rigorosa come l'attuale ordinamento statale guarda con sospetto al furto? Anzi, l'ozio, in generale, è qualcosa di diverso dal furto? La società comunista non dovrà essere un ordinamento costrittivo già per il fatto che la presunzione, la gelosia, l'ambizione, o come altri si manifesta la volontà di potenza, non può non mettere in pericolo la sussistenza dell'ordinamento economico più giusto? Ognuno di questi affetti, singolarmente, - affetti che non stanno in alcun rapporto essenziale con l'economia - non deve rompere la solidarietà anche della società del

²⁸ *Ibidem*, pp. 99-100. Cfr. altresì H. KELSEN, *Il diritto come specifica tecnica sociale* (1941), in *Id.*, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., p. 107: «Se non sono i bisogni economici insoddisfatti dell'individuo che possono condurre a violazioni dell'ordinamento, devono essere altri bisogni: bisogni derivanti dal desiderio di prestigio, dalla libido, e - non ultimo - dal sentimento religioso. Si può discutere se questi bisogni siano giustificati, e in che misura se ne debba consentire il soddisfacimento, ma non se ne può negare l'esistenza. E inoltre non si può negare che questi bisogni saranno sentiti tanto più fortemente, quanto più saranno soddisfatti i bisogni economici. Dall'idea del socialismo economico non ci si può aspettare alcuna soluzione a questo genere di problemi. Il desiderio di prestigio, la libido, e il sentimento religioso sono fattori rivoluzionari non meno della fame e della sete. Solo chi identifichi la società con l'economia può non vedere i grandi pericoli che minacciano un ordinamento sociale da questa direzione».

futuro, allo stesso modo in cui già oggi rompono la solidarietà di comunità che non hanno alcun contenuto economico? La fede nella possibilità di una comunità solidale, in cui tutti hanno *una sola* e, quindi, una *buona* volontà, si fonda o su una ignoranza della natura umana, oppure sulla fede nella possibilità di un suo cambiamento radicale. *L'uomo*: è *questo* il materiale con cui deve essere costruita anche la casa di un futuro ordinamento sociale; è il medesimo materiale di cui è fatto già lo Stato di oggi e di ieri, e che certamente è insieme un motivo per cui questa casa lascia tanto a desiderare, anche se non per questo si deve assumere che, appunto con questo materiale, non si potrebbe costruire molto meglio. Chi però crede di poter costruire il palazzo del futuro con altro materiale, chi fonda la sua speranza su una natura diversa da quella che conosciamo, va a finire senza salvamento nel paese nebuloso dell'*utopia*²⁹.

E conclude: «Io affermo soltanto che una realizzazione *astatauale* del socialismo, tenendo conto della natura umana a noi nota, è impossibile, e con nessuna parola ho messo in dubbio la possibilità della teoria economica del socialismo. Anzi, credo addirittura che si faccia solo un buon servizio al socialismo quando lo si liberi dall'attesa utopistica di una società anarchico-solidale, in cui tutti gli uomini saranno un popolo di fratelli»³⁰.

In fondo, secondo Kelsen, la teoria socialista da lui criticata non differisce, sotto il particolare profilo che qui interessa, rispetto alle dottrine istituzionaliste, nelle loro varie versioni (e di cui oggi vengono riprese le idee fondamentali, specie negli studi sulle c.d. comunità intermedie³¹ e proprio sul principio di solidarietà³²).

²⁹ *Ibidem*, p. 101.

³⁰ *Ibidem*, p. 102. Sul rapporto di Kelsen con la socialdemocrazia – rapporto di natura non solo politico-morale, ma anche «intellettualmente determinante» – v. M. DOGLIANI, *Kelsen*, in F. SBARBERI (a cura di), *La forza dei bisogni e le ragioni della libertà. Il comunismo nella riflessione liberale e democratica del Novecento*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 155-165.

³¹ Cfr. P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Marietti, Genova, 2015 (dove peraltro vengono ripresi temi precedentemente affrontati in modo sistematico: v. soprattutto ID., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995; ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012).

³² F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., soprattutto p. 25. Sul punto sia consentito il rinvio all'analisi svolta in I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, cit., pp. 46 ss., dove si fa

Osserva Kelsen: «Dottrina analoga è quella della “solidarietà sociale” (*solidarité sociale*) come creatrice del vero diritto, il “diritto oggettivo” (*droit objectif*), sostenuta all’inizio del ventesimo secolo dalla scuola sociologica francese, il cui giurista più eminente fu Leon Duguit. Secondo la sua dottrina, gli organi legislativi e giudiziari dello Stato non creano il diritto, ma semplicemente accertano (*constatent*) e fanno rispettare un diritto preesistente, che ha origine nella “solidarietà sociale”. Il diritto positivo è vincolante solo se è conforme al diritto “oggettivo”. L’autorità chiamata “solidarietà sociale” è non meno misteriosa della “volontà generale” di Rousseau e dello “spirito del popolo” della scuola storica tedesca. La dottrina, secondo cui il diritto positivo, per essere vincolante, deve essere conforme al “diritto oggettivo” creato dalla “solidarietà sociale”, è utilizzabile solo ove fornisca una risposta a questa domanda: chi è competente a decidere se, in un caso concreto, il diritto positivo sia o non sia conforme al diritto “oggettivo”, al diritto vero e giusto? E’ questa ovviamente la questione decisiva. Ed è assai significativo che Duguit neppure la discuta. Egli dice che il diritto oggettivo, originato dalla solidarietà sociale, “è il diritto dell’uomo in quanto essere sociale... L’uomo lo sente e lo pensa, lo studioso lo formula, il legislatore positivo lo accerta (*constate*) e ne assicura il rispetto”. Ma qual è il “diritto oggettivo”, se i sentimenti o le idee di un uomo al riguardo differiscono da quelli di altri, se uno studioso lo formula diversamente da un altro, se il legislatore positivo accerta come “diritto oggettivo” delle regole che, secondo le idee e i sentimenti dei loro destinatari, non sono “diritto oggettivo”? E’ ben difficile che un individualista e un socialista possano essere d’accordo su ciò che è richiesto dalla “solidarietà sociale”, o su quale sia il “diritto oggettivo”, il diritto vero e giusto (...).» E conclude Kelsen: «Questi esempi sono forse sufficienti a spiegare perché la teoria pura del diritto insista sopra una chiara separazione del concetto di diritto da quello di giustizia, sia essa chiamata diritto naturale, diritto vero, o diritto oggettivo; e perché la teoria pura del diritto rinunci a giustificare il diritto positivo mediante un qualche genere di super-diritto, lascian-

riferimento alla dottrina solidarista di Léon Bourgeois. In argomento cfr. altresì F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012.

do questo compito discutibile alla religione o alla metafisica sociale»³³.

La riflessione kelseniana è un attualissimo ammonimento per il tempo presente: l'idea dell'istituzionalismo, secondo la quale il diritto è l'ombra, il rispecchiamento di una realtà sociale «viva e vitale» (oggi: di una realtà che avanza pretese di riconoscimento in termini di diritti), è ingenua perché non di vitalità si tratta, ma piuttosto di decomposizione, di anomia. Di qui la consapevolezza del ruolo parziale e ambivalente delle formazioni sociali, che se, da un lato, possono essere insostituibile strumento per fertilizzare e strutturare il discorso pubblico, dall'altro, possono essere la prima causa dell'anomia medesima. Di qui, conseguentemente, l'essenziale ruolo della politica (dell'arte regia nell'immagine platonica dell'arte della tessitura)³⁴.

3. Principio di solidarietà, indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo e abuso del diritto

3.1. La critica antikelseniana, la costituzione per principî e l'auspicio per un ritorno a un istituzionalismo solidaristico

Come si è anticipato, e come è del resto sotto gli occhi di tutti, i fondamenti della teoria kelseniana – l'identificazione di Stato e diritto e l'assenza di fini connaturati al diritto medesimo – sono stati travolti dal successo del (neo)costituzionalismo imperante, teorizzato dalla dottrina e praticato dalle corti. Il positivismo kelseniano è stato infatti per lo più ritenuto incompatibile con le «costituzioni vigenti dello Stato costituzionale pluralista odierno», poiché tali costituzioni non sarebbero «testi normativi nel senso del positivismo giuridico. Esse sono infatti ricche, precisamente, di quelle proposizioni che Kelsen invitava

³³ H. KELSEN, *Diritto, Stato, e giustizia nella teoria pura del diritto* (1948), in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., pp. 160-163.

³⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Religioni e costituzioni: il principio della tutela dei fondamenti culturali extra-statali dell'ordinamento giuridico*, in I. ZUANNAZZI (a cura di), *Da Costantino a oggi. La libera convivenza delle religioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 83-123.

a evitare, e lo sono non per capriccio o insipienza degli autori delle costituzioni stesse, ma per necessità costituzionali materiali»³⁵.

Non sembra discostarsi da questa critica antinormativistica anche la posizione di coloro che si richiamano a un paradigma «*costituzionale*», distinto da quello di natura «*procedurale*», per la soluzione dei conflitti sociali. Secondo tale posizione, «questa particolare modalità di soluzione dei conflitti, in realtà, ne prospetta la loro semplice legittimazione. Il conflitto trova la sua *soluzione* nella convivenza all'interno degli ordinamenti. In questo caso si tende non tanto a un *superamento* del conflitto quanto alla loro coesistenza entro una società plurale. Ciò è reso possibile dall'accettazione da parte di tutti di quelle particolari regole giuridiche (costituzionali) che definiscono i principî in base ai quali le diversità, anche radicali, sono legittimate a operare. Da questo punto di vista le costituzioni rappresentano il momento unificante all'interno del quale opera la divisione del conflitto. Alle costituzioni democratiche contemporanee è affidato questo essenziale compito di tenere unite le diversità»³⁶.

Ebbene, vien da domandare, quali sarebbero queste «particolari regole giuridiche (costituzionali) che definiscono i principî in base ai quali le diversità, anche radicali, sono legittimate a operare»? Perché delle due l'una: o sono le regole sulla produzione del diritto, e allora il paradigma «costituzionale» non differisce da quello «procedurale», o sono le disposizioni sui principî di giustizia materiale, e allora non si vede come queste possano essere la fonte della soluzione (nel senso

³⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 379. Cfr. altresì M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 57 ss., il quale ha osservato come sia «stupefacente quanto poco si sia compreso, nella storiografia, nelle scienze giuridiche e sociali, nella cultura politica, nelle consapevolezze comuni e diffuse, la portata di questa svolta», realizzata attraverso l'emanazione delle nuove costituzioni democratiche del secondo Dopoguerra, a partire dal «controllo di costituzionalità derivante dalla nuova supremazia della Costituzione». Sul punto la letteratura è ovviamente sterminata. Cfr. almeno F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2010, n. 2 (e in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012), e il dibattito e la bibliografia ivi illustrati; M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012; O. CHessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014. Di una «rimaterializzazione» del diritto positivo a seguito della costituzionalizzazione del secondo Dopoguerra parla M. LA TORRE, «Finché la società sarà questa». *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, n. 1, p. 210.

³⁶ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 34.

detto della convivenza) dei conflitti tra coloro che sono *radicalmente* diversi, i quali, evidentemente, pretendono di assegnare significati diversi a quelle medesime disposizioni: se la premessa è il conflitto, anche micidiale, tra diversi *realmente* diversi, la risposta non può essere la riproposizione di un ingenuo istituzionalismo³⁷, magari da realizzarsi per via giudiziaria (l' "io sociale" precede il diritto, e ribolle in mille pretese, ed è il giudice che lo riconosce come soggetto di diritto)³⁸. Un trasferimento (quasi) diretto tra "modo d'essere" della società e diritto è pensabile solo in situazioni stabili, in cui l'effettività delle norme appare come un dato (quasi) spontaneo. La considerazione secondo la quale il paradigma kelseniano dovrebbe essere oggi abbandonato in quanto inadeguato allo scopo per il quale era stato teorizzato – ossia la «risoluzione del conflitto politico»³⁹ –, a causa della crisi dei partiti e della rappresentanza politica⁴⁰, non pare condivisibile: se il paradigma procedurale ha perso di senso a causa del «venir meno dei [suoi] presupposti legittimanti»⁴¹, non è certo l'abbandono del paradigma che darà nuova vitalità a tali presupposti. Anzi, l'abbandono del paradigma kelseniano, e la sua inevitabile sostituzione con paradigmi che finiscono per trasferire altrove la funzione rappresentativa – che, in ultima analisi, non è altro che la funzione di riconduzione a unità del conflitto per rendere possibile la convivenza tra coloro che sono *davvero* diversi – è proprio ciò che la Costituzione – attraverso le sue disposizioni meno altisonanti⁴² – vieta. La questione, in fondo, sta nel

³⁷ «L'unità dell'ordinamento viene ricercata guardando cosa c'è oltre la pura *norma* (la procedura legale), ma anche oltre il mero *fatto* (la decisione legittima), nel tentativo di fornire una "esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca": G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 45, il quale cita alla lettera l'insegnamento di Santi Romano).

³⁸ In tal senso cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, spec. pp. 47 ss.

³⁹ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 42.

⁴⁰ «L'incapacità dei partiti di rappresentare le divisioni sociali si coniuga con la loro afasia rispetto alla direzione dei processi politici. Oggi la politica è muta, non sapendo più narrare il futuro»: G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 226.

⁴¹ *Ibidem*, p. 42.

⁴² ...nella consapevolezza tuttavia che «dietro ogni sistema giuridico si cela sempre un *principio politico normativizzato*, nel senso di *positivizzato*, che ne costituisce il fondamento, sul presupposto che la produzione del diritto, anche laddove si svolga nel rispetto delle norme sulla produzione vigenti in quel dato momento, nel rispetto cioè del diritto positivo vigente in quello specifico ordinamento, esprime comunque la concreta relazione storica della politica con il diritto»: così F. Bilancia, *Positivism giuridico e studio del diritto costituzionale*, cit., p. 4. In argomento G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla*

riconoscimento che la democrazia, di per sé, non produce alcun contenuto materiale buono, e se non ci sono forze politiche che immettono tali contenuti nelle procedure non si potrà mai innescare un processo virtuoso. Il problema è che oggi la dottrina dominante pensa che si possa fare a meno della funzione rappresentativa esercitata dai partiti politici, e che si debba tornare a porre al centro il rapporto diretto tra rappresentanti e rappresentati: «Hans Kelsen aveva visto giusto quando aveva individuato nell'allargamento del suffragio e nell'imporsi dei partiti di massa le cause principali di trasformazione del sistema parlamentare; non può dirsi altrettanto quando aveva cercato di accentrare sul partito ogni funzione di rappresentanza, cancellando in tal modo uno dei termini essenziali del rapporto, il rappresentante, sostituito *in toto* dall'organizzazione politica (...). In fondo la questione che ancora oggi ci interroga è quella dell'impatto che i partiti politici moderni hanno esercitato – e ancora esercitano – sul rapporto di rappresentanza. Un rapporto fin lì caratterizzato da due termini esclusivi, il rappresentante e il rappresentato, ed ora invece mediato da un terzo, il partito. La vera domanda che allora si pone è la seguente: può il mediatore sostituire il mediato (il rappresentante, ma alla fine anche il rappresentato) assorbendo in sé l'intera potenzialità della rappresentanza politica? (...) Se poi l'ordinamento costituzionale di riferimento si pone nell'ambito delle forme di Stato democratiche pluraliste e conflittuali, la conservazione di un'effettiva responsabilità tra elettori ed eletti appare definirsi come un elemento costitutivo e qualificante il “governo rappresentativo”». Di qui la proposta di sfruttare «le virtualità del libero mandato in una democrazia pluralista e conflittuale» e «di garantire la rappresentanza politica e sociale *oltre* i partiti»⁴³. In questa proposta, «alla ricerca di un rapporto di effettiva rappresentanza – alla ricerca del “rappresentato assente” – il divieto di mandato imperativo può costituire un utile strumento. Per via della sua *strutturale ambiguità*, ma anche in considerazione delle sue potenzialità a porsi come specifico *dispositivo di sistema*, il divieto di mandato imperativo può rappresentare un'apertura possibile di collegamento con le istanze vive

norma giuridica, Feltrinelli, Milano, 2006 (che parla esplicitamente della Costituzione in termini di «normativizzazione di un principio politico»: p. 242), e ID., *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, n. 3.

⁴³ *Ibidem*, pp. 208-209 e 217.

del pluralismo sociale e conflittuale. In presenza di un progressivo declino della capacità progettuale e rappresentativa dei partiti, il divieto di mandato imperativo può contribuire a mantenere aperto un canale di comunicazione fra organo istituzionale (il Parlamento), organo politico (il partito di appartenenza) e pluralismo sociale»⁴⁴. Ed ecco di nuovo l'accento posto sulle «istanze vive del pluralismo sociale»: «la rappresentanza deve anche riuscire a guardare fuori dai palazzi (...). Movimenti sociali, associazioni culturali e politiche, esperienze sociali non istituzionali devono trovare la propria legittimazione entro la Costituzione. Anche in questo caso invertendo la tendenza in atto. Non può proseguire la crisi radicale dei partiti politici, ma anche delle organizzazioni sindacali, che hanno rappresentato nel corso del Novecento lo strumento tramite cui i cittadini potevano concorrere a determinare la politica nazionale. E' necessario ripensare a fondo le forme e i modi della soggettività politica»⁴⁵.

La fiducia e l'auspicio in (un ritorno) a un ingenuo istituzionalismo solidaristico non possono che essere il sintomo di una mentalità anti-partitica. Ma «solo l'illusione o la ipocrisia può credere che la democrazia sia possibile senza partiti politici»⁴⁶.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 239-240.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 253-254.

⁴⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, con Introduzione di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 64 («Ancora oggi non si ha abbastanza coscienza che l'ostilità (...) verso i partiti e che il contrasto intimo costruito fra i partiti e lo Stato (...) significano una mal celata ostilità contro la democrazia. E' chiaro che l'individuo isolato non ha, politicamente, alcuna esistenza reale, non potendo esercitare un reale influsso sulla formazione della volontà dello Stato. La democrazia può quindi esistere soltanto se gli individui si raggruppano secondo le loro affinità politiche, allo scopo di indirizzare la volontà generale verso i loro fini politici, cosicché, fra l'individuo e lo Stato, si inseriscono quelle formazioni collettive che, come partiti politici, riassumono le uguali volontà dei singoli individui. Non si può mettere in dubbio che il discredito dei partiti (...) fosse un attacco, ideologicamente mascherato, contro l'attuazione della democrazia»). E ancora: «...gli stati storici appaiono in gran parte, ad uno sguardo realista che penetri attraverso la nube delle apparenze ideologiche che ogni organizzazione di forza diffonde intorno a sé, come funzionanti, innanzi tutto, nell'interesse di un gruppo dominante. Presentarli come strumenti dell'interesse generale di una comunione solidale significherebbe, nella migliore delle ipotesi, prendere il dovere per l'essere, vedere l'ideale invece della realtà e, in regola generale, idealizzare, cioè tentare di giustificare la realtà per motivi politici. Del resto, l'ideale di un interesse generale superiore e trascendente gli interessi dei gruppi e perciò partiti, l'ideale di una solidarietà di interessi di tutti i membri della collettività senza distinzione di confessione, di nazionalità, di ceti, etc., è un'illusione metafisica; più esattamente parlando, questo ideale è una illusione che chiameremo "metapolitica" che si è soliti esprimere, abitualmente, con una terminologia estremamente oscura di un essere

3.2. *L'abuso del diritto*

L'assai nota questione del conflitto tra politica e giurisdizione nella determinazione/concretizzazione delle disposizioni costituzionali materiali di principio – *Veritas constitutionis quis interpretabitur?* –, che non è un episodio marginale della più ampia crisi di cui si è sinora detto, ma ne costituisce il culmine istituzionale, potrebbe essere concettualizzata anche attraverso (un uso corretto del)la figura dell'abuso del diritto: *data la premessa del principio di solidarietà quale indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo che s'identifica con l'ordinamento dello Stato, al di fuori del diritto prodotto da tale ordinamento, in conformità alle sue regole sulla produzione, non può eserci diritto, ma solo suo "abuso", appunto.*

Come noto, con l'espressione "abuso del diritto" s'intende generalmente fare riferimento a quei casi in cui «un soggetto, pur esercitando un proprio diritto espressamente riconosciuto dalla legge o da un contratto, non stesse in realtà perseguendo un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, ed anzi realizzasse un obiettivo (o comunque un effetto) ad esso contrario, e che quindi non gli dovesse essere riconosciuta tutela in sede giurisdizionale». Per questo si parla di «abuso del diritto, o meglio [di] divieto dell'abuso del diritto (dove

“organico” collettivo o di una struttura “organica” di questo essere, ed opporre al cosiddetto Stato di partiti, alla democrazia meccanica. Ma quando si tratta di dire quali altri gruppi sociali debbano sostituire i partiti politici come fattori della formazione della volontà dello Stato, appare subito il carattere assai problematico di tutta questa argomentazione diretta contro i partiti politici (...). Data l'opposizione degli interessi, che è di esperienza e che qua è inevitabile, la volontà generale, se non deve esprimere esclusivamente l'interesse di un solo gruppo, non può che essere che la risultante, il compromesso fra interessi opposti. La formazione del popolo in partiti politici è, in realtà, un'organizzazione necessaria affinché questi compromessi possano venir realizzati, affinché la volontà generale possa muoversi lungo una linea media. L'ostilità alla formazione dei partiti e quindi, in ultima analisi, alla democrazia, serve – consciamente o inconsciamente – a forze politiche che mirano al dominio assoluto degli interessi di un solo gruppo e che, nello stesso grado in cui non sono disposte a tener conto degli interessi opposti, cercano di dissimulare la vera natura degli interessi che esse difendono, sotto la qualifica di interesse collettivo “organico”, “vero”, “bene inteso”. La democrazia, proprio perché, in quanto Stato di partiti, vuole che la volontà generale sia soltanto la risultante della volontà dei partiti stessi, può rinunciare alla finzione di una volontà generale “organica” superiore ai partiti» (pp. 68-70).

ovviamente “diritto” deve intendersi come espressione ellittica per “diritto soggettivo”). Il problema dell’abuso del diritto può essere considerato dunque come una ipotesi in cui l’attribuzione di un certo diritto, effettuata in via generale ed astratta dall’ordinamento, finisce per disattendere nel caso concreto le finalità che la giustificano, o comunque finisce con il determinare una situazione che l’ordinamento non dovrebbe tollerare (in considerazione di qualche criterio di valutazione)⁴⁷. Si parla, dunque, di abuso del diritto nel senso di abuso del diritto soggettivo, e «la funzione della figura è di riporre un duttile strumento nelle mani dei giuristi (dei giudici e, con modalità diverse, dei dogmatici) al fine di introdurre un correttivo “*extra ordinem*” nella trama del diritto puramente legale, e ciò in forza di una delega che viene attribuita all’interprete dal legislatore oppure, a seconda dei casi, che l’interprete si auto-attribuisce»⁴⁸. Non è un caso, infatti, che, «nel corso del Novecento, l’attenzione verso questa figura è stata risvegliata da quanti si sono fatti portatori di progetti di metodologia giuridica in senso ampio antiformalistici»⁴⁹.

Abuso del diritto *soggettivo*, dunque. Ma, a dispetto di ogni uso politico del linguaggio, è noto che è stato lo stesso Kelsen a demistificare i risvolti ideologici della distinzione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo (che, in fondo, deriva dalla più generale distinzione tra diritto

⁴⁷ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 116.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 117. La letteratura in argomento è assai vasta. Tra le opere più recenti, cfr. almeno P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, pp. 205 ss.; ID., *L’abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile, vol. I*, UTET, Torino, 1987, pp. 1-9; R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in G. ALPA – M. GRAZIADEI – A. GUARNERI – U. MATTEI – P. G. MONATERI – R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, UTET, Torino, 2001, pp. 281-373; M. MESSINA, *L’abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2004; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell’abuso del diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, n. 1, pp. 25-60; ID., *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell’abuso del diritto*, in *Ragion Pratica*, 2005, n. 24, pp. 161-180; M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Il Mulino, Bologna, 2004; M. P. MARTINES, *Teorie e prassi dell’abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; F. LOSURDO, *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2011; V. VELLUZZI (a cura di), *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2012; G. LEVI, *Abuso del diritto e libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2014; G. MERONE (a cura di), *L’abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali e internazionali*, ESI, Napoli, 2014.

⁴⁹ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, cit., p. 117.

to e Stato), perfezionando quella lunga tradizione secondo la quale l'accertamento di un diritto soggettivo non può essere altro che l'accertamento di un insieme di norme di diritto oggettivo: «la funzione ideologica di tale [distinzione] in sé interamente contraddittoria è facile da comprendere: si tratta di tener ferma l'idea che il diritto soggettivo, ma più propriamente la proprietà privata, sia una categoria *a priori* e trascendente rispetto al diritto oggettivo, sia una istituzione, nella quale la conformazione di contenuto dell'ordinamento giuridico trovi una insormontabile barriera. Il concetto di un diritto soggettivo diverso e indipendente dal diritto oggettivo diviene molto più importante, se il diritto oggettivo è riconosciuto come un ordinamento, mutabile e in continua trasformazione, creato dall'arbitrio umano e non poggiante sulla volontà eterna della divinità o della natura; tanto più se la creazione di questo ordinamento ha luogo secondo un procedimento democratico. Il pensiero di un diritto diverso e indipendente nella sua esistenza dal diritto oggettivo, che non solo sia più importante ma, forse, persino più "diritto" del diritto oggettivo, deve proteggere l'istituzione della proprietà privata da una abolizione tramite l'ordinamento giuridico. Non è difficile capire perché l'ideologia del diritto soggettivo è strettamente collegata al valore etico della libertà individuale e della personalità autonoma, se in questa libertà è sempre ricompresa anche la proprietà. Un ordinamento, che non riconosce l'uomo come personalità libera in questo senso, cioè un ordinamento che non garantisce il diritto soggettivo, un tale ordinamento non dovrà affatto valere come ordinamento giuridico»⁵⁰. E ancora: «i sostenitori

⁵⁰ H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* (1931), trad. it., *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1979, pp. 122-123. Scrive ancora Kelsen: «Quando la teoria generale del diritto sostiene il proprio oggetto, il diritto, come dato non solo in un senso oggettivo, ma anche in un senso soggettivo, essa immette così alla base del suo sistema una contraddizione di principio – e cioè il dualismo di diritto oggettivo e soggettivo. Con ciò essa infatti sostiene che il diritto sia – in quanto diritto oggettivo – norma, complesso di norme, ovvero ordinamento, e nello stesso tempo – in quanto diritto soggettivo – sia qualcosa di completamente diverso da questo, quindi non sussumibile sotto nessun superiore concetto comune, cioè interesse o volontà. Questa contraddizione non può neanche essere abolita col fatto di asserire l'esistenza di un rapporto tra il diritto oggettivo e il diritto soggettivo e col fatto di definire il diritto soggettivo come l'interesse protetto dal diritto oggettivo o come la volontà riconosciuta e garantita dal diritto oggettivo. Secondo la sua intenzione originaria il dualismo di diritto oggettivo e soggettivo esprime il pensiero che il diritto soggettivo preceda tanto logicamente quanto cronologicamente il diritto oggettivo. Determinante è l'idea che prima nascono i diritti soggettivi, innanzi tutto la proprietà, questo pro-

dell'ideologia borghese sottolineano il carattere primario dell'attribuzione di un diritto, identificandola addirittura con il diritto, con il diritto in senso soggettivo. La seconda forma del diritto soggettivo, il dovere giuridico, è trattata dalla teoria generale del diritto con manifesta trascuratezza. Talvolta si sostiene finanche che il dovere non sia affatto un concetto giuridico, che esistano soltanto doveri morali e nel diritto soltanto diritti, nessun dovere giuridico. Ma la funzione essenziale di un ordinamento e, a maggior ragione, di un ordinamento coercitivo come l'ordinamento giuridico pure non può consistere in altro che nel vincolo normativo degli individui ad esso sottoposti, e questo vincolo normativo non può essere indicato altrimenti che attraverso la parola "dovere"⁵¹. Anzi, «il dovere giuridico è riconosciuto come l'unica funzione essenziale del diritto oggettivo»⁵².

Abuso del diritto (soggettivo) è dunque espressione coincidente con quella di abuso del diritto (oggettivo) e, in ultima analisi, con quella di lacuna assiologica: infatti l'interprete che in un caso concreto rileva l'abuso di un diritto (soggettivo) da parte di un soggetto, in realtà rileva l'esistenza di una lacuna assiologica, e cioè di una norma (*che non c'è ma che si desidera*) che vieta il comportamento messo in atto dal soggetto in quel caso concreto. L'interprete cioè ritiene valida una norma (di diritto oggettivo) che in realtà non esiste: in questo senso "abusa" del diritto oggettivo. Detto altrimenti, l'abuso del diritto si ri-

totipo del diritto soggettivo (e precisamente per via dell'appropriazione originaria), e più tardi sopravviene il diritto oggettivo come ordinamento statale che protegge, riconosce e garantisce i diritti soggettivi nati indipendentemente da esso» (pp. 118-119). E ancora: «Si insiste nella medesima direzione ideologica anche quando si vede il rapporto di diritto e società, in particolare di diritto e economia, come un rapporto di forma e contenuto, e si interpreta il rapporto giuridico come una relazione stante al di dentro del materiale sociale, come un "rapporto vitale", che esperisce attraverso il diritto soltanto la sua esterna determinazione. E' in particolare un indirizzo "sociologizzante" della giurisprudenza borghese, che con questa concezione persegue, in verità, soltanto tendenze giusnaturalistiche» (pp. 123-124).

⁵¹ *Ibidem*, p. 125.

⁵² *Ibidem*, p. 128. Per una discussione di queste tematiche cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 191-244; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 218-238; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., pp. 36 ss. e pp. 52 ss.

solve «nella sovrapposizione dell'ordinamento quale esso è ad un diverso ordinamento che corrisponde ai *desiderata* dell'interprete»⁵³.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero hanno ben spiegato la figura in questione: l'abuso del diritto «presuppone una struttura normativa a due livelli, secondo cui le azioni abusive sono azioni *prima facie* permesse, ma in ultima istanza risultano, *considerati tutti gli elementi*, proibite. Secondo la definizione, il carattere delle azioni permesse *prima facie* proviene da una regola permissiva sotto la quale tali azio-

⁵³ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit. Cfr. altresì R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 319: «la ragione per invocare la repressione dell'abuso risiede normalmente in una lacuna delle regole puntuali»; M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giustizia civile*, 2001, I, pp. 2443-2445: «l'abuso del diritto presuppone in un certo senso una lacuna, cosicché la repressione della condotta avviene non già attraverso la determinazione degli interessi già tutelati dall'ordinamento, bensì con l'individuazione di esigenze ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge e rispetto alle quali si rinviene l'esigenza di salvaguardia». Sulle "lacune" che non possono essere colmate per mezzo dell'interpretazione cfr. ovviamente ancora H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 126: «Se (...), in certi casi, si parla di "lacuna", questo non significa, come erroneamente risulta dall'espressione, che per mancanza di una norma sia logicamente impossibile una decisione, ma soltanto che la decisione logicamente possibile, che approva o respinge, viene ritenuta come troppo inadatta allo scopo o come troppo ingiusta dall'organo chiamato alla decisione, cioè all'applicazione della legge; talmente inadatta allo scopo e talmente ingiusta da lasciar supporre che il legislatore non abbia pensato a questo caso e che, se vi avesse pensato, avrebbe deciso diversamente da quanto dovrebbe esser deciso in base alla legge. Questa supposizione può essere o no esatta, ma la sua esattezza, nella maggior parte dei casi, non può essere facilmente dimostrata; questa stessa supposizione è però irrilevante relativamente all'obbligo stabilito dalla costituzione di applicare la norma che il legislatore ha emanato di fatto, e non quella che presumibilmente avrebbe emanato. Bisogna applicare anche la legge che è cattiva secondo l'opinione di chi applica il diritto, prescindendo dal fatto che ciò che appare cattivo all'uno può sembrar buono all'altro. La così detta "lacuna" non è quindi altro che la differenza fra il diritto positivo e un ordinamento ritenuto migliore, più giusto, più esatto. Soltanto perché si paragona tale ordinamento al diritto positivo, e si trovano quindi in questo dei difetti, si può sostenere l'esistenza di alcunché di simile a una lacuna. Che una tale lacuna non possa essere colmata per mezzo dell'interpretazione è di per sé comprensibile non appena si sia riconosciuta la natura della lacuna. L'interpretazione non ha qui il compito d'applicare la norma che deve essere interpretata, ma, al contrario, quello di eliminarla per mettere al suo posto una norma migliore, più giusta, più esatta, in breve, quella desiderata da colui che applica il diritto. Con l'apparenza di essere completata, la norma originaria, nell'applicazione, viene soppressa e sostituita da una nuova. Si tratta di una finzione di cui ci si serve specialmente quando la modificazione per legge delle norme generali è difficile o impossibile per un motivo qualsiasi; ad esempio, quando si tratta di un diritto consuetudinario che generalmente non può essere modificato con un procedimento razionale, o quando le leggi vigenti sono ritenute di origine sacra o divina, o quando il meccanismo legislativo, per altra qualsiasi ragione, non può assolutamente essere messo in movimento, o, tutt'al più, lo può con difficoltà».

ni risultano sussumibili. Il loro carattere di azioni proibite in ultima istanza, *considerati tutti gli elementi*, deriva da una restrizione all'applicabilità della regola, richiesta dai principî che determinano l'ambito giustificato della regola stessa. Alla luce di questi principî, la regola risulta (...) sovra-inclusiva, comprende cioè casi che non dovrebbe comprendere. La figura dell'abuso del diritto viene ad essere, in questo modo, un meccanismo di autocorrezione di diritto, ossia di correzione dell'ambito delle regole giuridiche permissive che hanno come destinatario il titolare di un certo diritto soggettivo in quanto tale, quando l'applicabilità delle stesse si estende a casi in cui la sua applicazione risulta ingiustificata alla luce dei principî giuridici che determinano l'ambito giustificato delle regole»⁵⁴.

Rispetto a questa definizione dell'abuso del diritto è necessario procedere con due precisazioni.

La prima riguarda il riferimento alle azioni abusive come, *prima facie*, permesse, ossia permesse sulla base di una norma giuridica. In realtà, la figura dell'abuso del diritto può ricorrere anche quando si presenti l'ipotesi inversa, ossia l'ipotesi nella quale la norma giuridica preveda un divieto: in questo caso, l'azione "abusiva" risulta *prima facie* vietata, ma, in ultima istanza, *considerati tutti gli elementi*, permessa. Infatti, come detto, è l'abuso della norma di diritto oggettivo che rileva, in entrambe le ipotesi. In questo secondo caso, la regola risulta, secondo i *desiderata* dell'interprete, "sotto-inclusiva"⁵⁵. Un

⁵⁴ M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illicitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, trad. it., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 61-62.

⁵⁵ Si pensi alla notissima vicenda della bimba Serena Cruz, portata in Italia illegalmente da una coppia al fine di ottenerne l'adozione in violazione delle norme vigenti: coloro che sostenevano la possibilità di estendere, nel caso concreto, nell'interesse superiore del minore, la normativa vigente sull'adozione in casi particolari, in realtà non facevano altro che desiderare la vigenza di una norma che includesse tale caso nella disciplina vigente sull'adozione in casi particolari, rilevando dunque l'esistenza di una lacuna assiologica, in presenza di una regola "sotto-inclusiva" (come noto, la vicenda è ricostruita in G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 192 ss.: «La situazione legislativa lasciava margini di manovra all'interprete. Chi aveva agito illegalmente per inserire un minore estraneo nel nucleo familiare perdeva per ciò stesso il diritto di richiedere l'adozione. Tuttavia, come possibilità residuale e con effetti più limitati, era prevista la "adozione in casi particolari", che consentiva di superare le limitazioni dell'adozione ordinaria quando il minore, per vari motivi, si fosse trovato in condizioni obiettive che di fatto impedivano l'adozione ordinaria. Questa possibilità (prevista per ragioni di età, di handicap, ecc. dei minori) era stata oggetto di applicazioni estensive. Le esigenze dei casi concreti avevano spinto in questa direzione. Incorrendo nelle critiche di chi paventava un incoraggiamento

esempio di “sotto-inclusione” è stato ancora rilevato di recente da un Tribunale per i minorenni che ha ritenuto di dover “includere” nella disciplina dell’adozione in casi particolari (ai sensi dell’art. 44, primo comma, lett. d), della legge n. 184 del 1983, come modificata dalla legge n. 149 del 2001) anche l’ipotesi, non prevista, della c.d. *stepchild adoption*, ossia dell’adozione, da parte del ricorrente, del figlio del *partner* avuto da quest’ultimo attraverso il ricorso alla maternità surrogata, in un Paese dove tale pratica è consentita, e attraverso il successivo riconoscimento di paternità. La sentenza in commento appare ancor di più sconcertante, sotto lo specifico profilo che qui interessa, in quanto pronunciata nel pieno dello scontro politico sul tema⁵⁶.

del traffico dei minori, si era eccezionalmente ammessa l’adozione da parte degli adulti che avessero violato la legge quando si fossero ormai determinati legami affettivi così profondi con il bimbo che la loro interruzione sarebbe stata per lui fonte di grave turbamento. In questo caso, si considerava che la protezione dei minori facesse aggio sull’illegalità del comportamento dei maggiori». L’A. richiama poi espressamente il principio di solidarietà (p. 198): «A volerne trarre conseguenze concrete, questa un poco dolciastra espressione mostra tutta la sua crudezza e la sua tragicità. Il dovere di solidarietà significa che si può accollare a qualcuno un peso in vista del bene di un altro. In fondo, la decisione del “caso Serena” ha comportato proprio questo: per la protezione di tanti bimbi si è ammesso un pericolo per il bene di una bambina»).

⁵⁶ Si tratta della sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, depositata il 23 dicembre 2015 e resa pubblica il 21 marzo 2016. La motivazione si segnala per una pluralità di argomenti, ma quello che interessa in questa sede è quello con il quale il giudice ritiene di dover “includere” il caso concreto nella norma citata poiché l’ipotesi astratta ivi prevista – l’impossibilità dell’affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono – deve essere letta come riferentesi non solo a una «impossibilità di fatto», ma anche a una «impossibilità di diritto». Una ammissione a tutti gli effetti: con sentenza si rende possibile ciò che per il diritto non è possibile! Al più il giudice avrebbe dovuto sollevare la questione d’incostituzionalità alla Corte per ottenere quanto meno una decisione *erga omnes* di tipo additivo. Il problema, in questo caso, sarebbe stato quello dell’individuazione del “vero” parametro in questione: la motivazione del Tribunale, infatti, sovrappone e confonde, anche alla luce dei precedenti giurisprudenziali nazionali e sovranazionali richiamati, il principio del preminente interesse del minore con i «diritti delle coppie dello stesso sesso» a vivere liberamente la loro condizione di coppia. Quanto alla «circostanza che sia attualmente oggetto di esame al Parlamento l’approvazione di una disciplina specifica regolante la materia, la quale preveda e disciplini *ad hoc* anche l’ipotesi della *stepchild adoption*», non sembra impensierire il giudice, che ritiene che tale circostanza «non esclude che nelle more che questa venga approvata ed entri in vigore, si possano e si debbano applicare le norme in vigore». Perché mai si dovrebbe innescare una lotta politica in materia se esiste già una norma sul punto?

Ad analogo risultato conduce l’ordinanza della Corte d’Appello di Napoli, depositata il 5 aprile 2016, che accoglie la richiesta avanzata da due madri coniugate in Francia (peral-

La seconda precisazione riguarda il riferimento ai «principî» che consentirebbero di superare la norma giuridica che *prima facie* permette o vieta. E' questa ovviamente la questione fondamentale intorno alla quale ruota tutto: si tratta dei «principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12 Disposizioni sulla legge in generale) e dei principî costituzionali (...che comunque richiedono di essere determinati!) oppure di principî che rispondono all' «esigenza di una forte pressione sociale, riflessa attraverso la normatività spontanea o la coscienza giuridica collettiva che aspira ad una modificazione del diritto positivo vigente»⁵⁷? Si tratta cioè di principî il ricorso ai quali consente di parlare dell'abuso del diritto come di un meccanismo di autocorrezione dell'ordinamento giuridico, oppure si tratta di principî che fanno dell'abuso del diritto una figura, in ultima analisi, di eterocorrezione dell'ordinamento giuridico? Nel primo caso non si dovrebbe neppure parlare di «abuso» del diritto, nel secondo sì.

La questione è allora sempre la medesima: coloro che ritengono che l'abuso del diritto sia in fondo un modo per consentire al giudice di creare diritto sono coloro che aderiscono a «una concezione generale del diritto che vede la dimensione regolatrice composta esclusivamente da regole e che, così, abbandona all'universo dell'extragiuridico tutto ciò che non sia riducibile ad esse»⁵⁸.

Coloro che invece sostengono la «concezione duale del diritto», ritengono che tutto ciò che non sia riducibile alle regole, non debba essere abbandonato all'universo dell'extragiuridico, poiché è pienamente *dentro* il diritto, e, in particolare, *dentro* le norme costituzionali indeterminate: «Se oltre la legge vi è altro diritto, la convinzione positivista, secondo la quale dove non c'è legge (o dove la legge è vaga,

tro con avvenuta trascrizione del matrimonio in Italia) di procedere alla trascrizione dell'adozione coparentale incrociata del figlio biologico della coniuge (entrambe le madri, attraverso la fecondazione eterologa, avevano avuto un figlio biologico, ed entrambi i minori erano stati adottati in Francia rispettivamente dall'altra coniuge).

Si veda anche, con medesima decisione, la sentenza della Corte d'Appello di Torino, depositata il 27 maggio 2016, che riforma la decisione con la quale il Tribunale di Torino aveva invece respinto la domanda della madre non biologica, sostenendo la natura «eversiva» dell'interpretazione dell'art. 44 lett. d) della legge n. 184.

⁵⁷ L. A. WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 60.

⁵⁸ M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., p. 63.

imprecisa, indeterminata) c'è solo politica, cade necessariamente. Dove manca la legge ci può essere politica, la politica che, fisiologicamente, è destinata a elaborarsi in legge, ma ci può anche essere diritto non legislativo, cioè diritto materiale. Questo diritto materiale trova oggi espressione nella Costituzione la quale, a sua volta, è un insieme di principî che operano rinvii e ricezioni a un diritto materiale prepositivo. A questo ci porta il dualismo del diritto, il suo doppio lato»⁵⁹.

Dunque, in ultima analisi, il problema resta sempre quello dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali indeterminate. Non si risolve certo la questione affermando che «i casi di abuso del diritto possono essere visti (...) come casi di lacuna assiologica a livello delle regole», ossia «di casi che le regole del sistema risolvono permissivamente, ma senza che, per questa soluzione, si consideri rilevante una qualche proprietà che, *d'accordo con l'ipotesi di rilevanza che deriva dai principî*, dovrebbe invece prendersi in considerazione per risolvere proibitivamente il caso»⁶⁰. E' la stessa «*ipotesi di rilevanza che deriva dai principî*» ad essere infatti oggetto di conflitto (interpretativo)!

Allo stesso modo, non si risolve il problema attraverso la solita apodittica invocazione dei principî costituzionali, con la quale si pretenderebbe di rendere l'abuso del diritto un rassicurante strumento au-

⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 381. E questa è in fondo anche la posizione di M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., p. 65: «La nozione di lacuna assiologica può, invece, essere riformulata in modo che in essa si integri la distinzione tra regole e principî, e l'affermazione che un certo caso costituisce una lacuna assiologica non sia una critica esterna, bensì interna al sistema giuridico. La nozione di lacuna assiologica rimarrebbe riferita, allora, alle regole di un certo sistema giuridico e l'ipotesi di rilevanza cesserebbe di essere esterna al sistema per derivare, invece, dai principî di questo sistema giuridico. Otterremmo, così, la nozione di lacuna assiologica a livello delle regole, che potremmo definire così: un certo caso costituisce una lacuna assiologica al livello delle regole di un certo sistema giuridico, se le regole di questo sistema giuridico risolvono il caso, però senza che queste regole considerino rilevante per questa soluzione una certa proprietà che, d'accordo con l'ipotesi di rilevanza derivata dai principî di questo sistema giuridico, dovrebbe invece considerarsi come rilevante. I casi di abuso del diritto possono essere visti, così, come casi di lacuna assiologica a livello delle regole: si tratta di casi che le regole del sistema risolvono permissivamente, ma senza che, per questa soluzione, si consideri rilevante una qualche proprietà che, d'accordo con l'ipotesi di rilevanza che deriva dai principî, dovrebbe invece prendersi in considerazione per risolvere proibitivamente il caso».

⁶⁰ M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., p. 65 (corsivo mio).

tocorrettivo dell'ordinamento⁶¹: infatti, si ripete, *veritas constitutionis quis interpretabitur?*

La questione allora si sposta inevitabilmente sul tema della rappresentanza, nel suo significato proprio di condizione di colui che sta al posto dell'assente o di chi è incapace di agire: chi oggi svolge la funzione rappresentativa? *Chi oggi dice ciò che la Costituzione vuole?*⁶² Su che cosa si fonda la legittimazione dei giudici a svolgere questa funzione?

A questo proposito, rispetto al ruolo assunto dalla Corte costituzionale, è stato detto che «la configurazione e l'estensione del suo ruolo non deve (...) essere considerata come il frutto della volontà di un potere di esorbitare a danno di un altro, ma come il risultato di una tendenza obbiettiva, che ha progressivamente condotto a esaurimento l'esperienza dello Stato liberale di diritto del XIX secolo sostituendovi lo *Stato costituzionale*, che come nuova forma di Stato è caratterizzata proprio dalla *pari dignità costituzionale* di legislazione e giurisdizione, entrambe direttamente riconosciute, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione»⁶³.

⁶¹ Cfr. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit., secondo il quale «in un ordinamento giuridico dotato di costituzione rigida, nella quale sono esplicitamente recepiti determinati valori politico-morali, una lacuna assiologica di tipo interpretativo potrà essere determinata dalla ingiustizia, inadeguatezza, incongruenza ecc., di una norma infracostituzionale rispetto a uno o più principi desumibili dalla costituzione: l'abuso del diritto è uno strumento di auto-integrazione del diritto (ovvero di interpretazione sistematica e adeguatrice)».

⁶² In argomento M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e Diritto*, 2014, n. 2, pp. 7 ss.

⁶³ M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 32. Del medesimo Autore, cfr. anche *Legge e Costituzione. Il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, pp. 1077 ss.; *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2014, n. 2, pp. 295 ss.; *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2016, n. 1, pp. 7 ss.. Pone sullo stesso piano giurisdizione e politica, nella «funzione di costante correzione e trasformazione del diritto vigente, in attuazione del progetto giuridico disegnato dai diritti fondamentali [dalle costituzioni] stipulati e dai limiti e dai vincoli che ne sono le garanzie», anche L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., pp. VII-VIII, il quale critica «la persistente estraneità alla teoria del diritto della nozione di diritti fondamentali, concepita come appartenente alla filosofia politica o morale; sulla base, evidentemente, di una concezione del diritto ancorata al vecchio paradigma legislativo, quando tali diritti non erano stati ancora tramutati, dalle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, in limiti e vincoli di diritto positivo imposti al potere legislativo e garantiti dal controllo giurisdizionale di costituzionalità» (p.

La pari dignità costituzionale di legislazione e giurisdizione, e il loro legame egualmente diretto con la Costituzione, aprono tuttavia le porte a una concezione irenica del diritto costituzionale, e della Costituzione stessa, ossia a una concezione che, di fronte all'eterno problema di ciò che sta dietro il diritto positivo confida nella formazione di un diritto costituzionale cosmopolita, di «un minimo comune denominatore costituzionale ultrastatale, “amministrato” da giurisdizioni costituzionali locali, dove si possano trovare risposte comuni a questioni aventi ripercussioni generali»⁶⁴.

Ma, a parte il paradosso secondo il quale da un lato si sostiene che le costituzioni tutelino il pluralismo, e dunque le differenze, anche radicali, e, dall'altro, si pretende poi che tutti si riconoscano in quei pre-

61). Alle medesime conclusioni giunge altresì P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. CARDONE – F. DONATI – M. C. GRISOLIA – G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 11: «l'interrogativo di fondo che l'analisi dell'evoluzione del rapporto tra giudice e legislatore pone al costituzionalista [è] quello di stabilire se il profondo mutamento che tale rapporto sta subendo sia da intendersi come una deviazione dalle regole costituzionali di riferimento (e, più in generale, dai principi di fondo che reggono le democrazie contemporanee), dunque come una patologia, o se, piuttosto, non vada inteso come uno sviluppo, in larga misura fisiologico, dell'impianto dello Stato sociale costituzionale e delle radicali novità che esso presenta rispetto al vecchio Stato legislativo di diritto. (...) sono personalmente convinto che sia la seconda la risposta più convincente da dare a questo interrogativo». In senso contrario cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivistaic.it*, 2012, n. 3 e ID., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, n. 1.

⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 397 («Con riguardo a questo strato di diritto costituzionale posto al di là della sovranità statale, si è parlato di *supra-costituzionalità*, una nozione controversa, eterogenea, risultante da principi di *ius gentium* (il diritto internazionale non pattizio), da convenzioni internazionali multilaterali, dalla partecipazione degli stati a organizzazioni sopranazionali, da principi proclamati intangibili dalle stesse costituzioni nazionali, da principi del cosiddetto “diritto umanitario”, da motivi di giustizia inscritti nel diritto naturale ecc. In definitiva, il fondamento di questo diritto costituzionale non potrebbe essere costituzionale (nel senso della “Costituzione posta”), ma dovrebbe essere ricercato in qualche regione pre-positiva del diritto, nella quale molti elementi materiali possono confluire a formare una cultura della Costituzione essenziale, che condiziona la legittimità delle costituzioni scritte e delle loro interpretazioni»: p. 398). Cfr. altresì P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, cit., p. 28: il giudice «è sempre più giudice non solo della *lex*, ma anche dello *jus*, inteso come l'insieme dei principi sui quali riposa la pacifica convivenza di una comunità, della quale esprimono l'identità condivisa».

cisi significati che le Corti assegnano, di volta in volta, alle disposizioni indeterminate – come se tali significati derivassero da un diritto naturale superiore, che può essere reso intelligibile con sapienza e tecnica –, sta di fatto che gli eventi nazionali, sovranazionali e internazionali ai quali assistiamo in questi tempi di anomia sembrano dimostrare che «la questione che alimenta il diritto naturale è l’eterno problema di cosa si celi dietro il diritto positivo. Ma chi cerca una risposta trova – temo – non la verità d’una metafisica o l’assoluta giustizia d’un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere»⁶⁵.

4. Conclusioni

La lezione di Kelsen è di un’attualità sconcertante. Il diritto costituzionale come il diritto sul dominio, il diritto che pretende di dare forma a quel fenomeno sociale che è il dominio di alcuni uomini su altri uomini, è un’idea che sembra oggi passata in secondo piano. E invece la questione del limite, e dunque del riconoscimento della rappresentanza democratica come insostituibile strumento per la costruzione di un potere, o meglio, di una *auctoritas*, cui tutti si sottopongono in nome di un presente accettabile e di un futuro migliore, è ineludibile, pena il caos o la dittatura.

E’ proprio questa disponibilità – questa unica, certa e indefettibile solidarietà⁶⁶ – ad accettare i faticosi meccanismi della rappresentanza democratica, l’obbligazione politica e i doveri che essa presuppone, che oggi è palesemente oggetto di diffidenza. Come si è detto, le frizioni tra potere politico-rappresentativo e potere giurisdizionale non sono affatto un episodio marginale di questa più ampia crisi, ma anzi, ne sono il culmine istituzionale. Concepire il diritto costituzionale solo come un canale attraverso il quale le pretese, individuali e collettive,

⁶⁵ H. KELSEN, Intervento nel dibattito su E. Kaufmann/H. Nawiasky, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, 1927, pp. 54-55 (cit. in J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, cit., p. XXXVII).

⁶⁶ Altrove ho cercato di dimostrare le implicazioni giuridico-costituzionali del principio di solidarietà/fraternità in un contesto di costituzionalismo conflittuale: sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: “come se” fossimo fratelli*, cit., pp. 130 ss.

scorrono – come l’acqua dentro i tubi – per raggiungere il punto in cui verranno “riconosciute” da una sentenza, è sbagliato. La Costituzione non è solo il limite al potere e la fonte dei diritti, ma anche il punto in cui *lex et potestas convertuntur*, cioè il luogo in cui il potere si converte nel diritto, e, attraverso il diritto, può farsi democratico. In altri termini, «occorre rifuggire (...) i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare a un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere»⁶⁷.

Mai come in questo periodo la pretesa di un istituzionalismo ingenuo, da realizzarsi per via giudiziaria, è astratta e lontana dal poter sfociare, dal potersi quietare, nella produzione di un ordinamento. Un trasferimento (quasi) diretto tra “modo d’essere” della società e diritto è pensabile solo in situazioni stabili, in cui l’effettività delle norme appare come un dato pressoché spontaneo. Ma il dato di oggi è l’anomia, la babele dei linguaggi, l’incertezza del futuro. E Kelsen aveva visto bene: «quanto più gravi sono i problemi, quanto più è forte lo scontro di interessi o lo scontro ideologico, tanto più emerge la virtù della legge intesa come disciplina politica che non deriva la sua validità da alcun ordinamento morale o da alcuna costellazione di valori e che, soprattutto, è aperta alla continua ridiscussione. Le buone ragioni della ragione ermeneutica sono state, fino ad un recente passato, indiscutibili (il prezzo del non-silenzio della Costituzione). Ma di fronte all’acuirsi dello scontro ideologico, in un orizzonte nel quale i diritti fondamentali appaiono non tanto come “valori” da attuare quanto (anche) come pretese generatrici di scelte tragiche da affrontare, torna ad essere realistica la prospettiva della valorizzazione dell’idea kelseniana di legge intesa come disciplina provvisoria e reversibile dei problemi posti dalla vita collettiva: la legge “senza valore” di Kelsen, valida solo per la sua procedura di approvazione (in democrazia, compromissoria), approvata a maggioranza semplice perché ne sia garantita la più facile reversibilità...riprende profili di interesse e di fascino dopo la stagione della critica al giuspositivismo e della sottovalutazione della dignità della legislazione. Sempre che si continui a credere, o a scommettere, che i benefici di una discussione pubblica, destinata ad

⁶⁷ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, n. 2, p. 1668.

essere arbitrata in Parlamento, siano superiori a quelli di qualunque altra forma di decisione»⁶⁸.

Forse, come è stato di recente osservato, non siamo davanti alla fine della storia costituzionale⁶⁹.

⁶⁸ M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 59. Cfr. altresì N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 2015, n. 4, pp. 919 ss.

⁶⁹ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivistaic.it*, 2016, n. 2.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULI**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Luciano

PATRUNO, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Giuliano

SERGES, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)