



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2024

**La forma della legge
nel governo popolare**

di Laura Buffoni

EDITORIALE SCIENTIFICA

LA FORMA DELLA LEGGE NEL GOVERNO POPOLARE

di Laura Buffoni

Professore associato di Diritto costituzionale
Università di Sassari

SOMMARIO: 1. I FATTI; 2. LA FORMA; 2.1 LA VITA; 3. LA FORMA RAPPRESENTATIVA;
3.1 NÉ TRASCENDENZA NÉ IMMANENZA; 4. LA DISCUSSIONE PUBBLICA; 4.1 I
DISPOSITIVI; 5. LA FORMA COSTITUTIVA DEL POPOLO.

1. I fatti

È un fatto la crisi della forma di legge nel duplice senso della sua marginalizzazione nella produzione del diritto legislativo e della sua de-formalizzazione. Nel primo caso, è messa in questione la regola costitutiva della forma di legge dell'art. 70 della Costituzione, nel secondo le regole regolative della legge degli artt. 64, commi 2 e 3, e 72.

All'arretramento della forma di legge conducono molti accadimenti¹. Nella direzione della esclusione della forma di esercizio collettivo della funzione legislativa dalle due Camere convergono l'esercizio della funzione legislativa nella forma degli artt. 76 e 77, comma 1, che eccepiscono la regola dell'art. 70, la qualificazione del decreto-legge come esercizio di funzione legislativa nei casi straordinari di necessità e urgenza e l'interpretazione estensiva del presupposto del caso di ecce-

¹ Mi limito ad alcune opere-bilancio: guarda a quegli accadimenti come, appunto, fatti del sistema delle fonti L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2005, pp. 885 ss.; vi guarda come prassi *contra Constitutionem* N. LUPO, *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010; discorre in proposito di «indici di disordine» e di «erosione tacita dell'ordinamento nei suoi parametri fondativi» A. MANZELLA, *Sul Parlamento*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, p. 79; guarda a quei medesimi accadimenti sempre come prassi sintomatiche della crisi della legge S. PARISI, *La legge statale*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, vol. V, *Gli atti normativi*, Torino, 2023, p. 149; guarda a quei fatti nella connessione tra sistema delle fonti e forma di governo A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Bologna, 2023, *passim*.

zione, l'interpretazione delle riserve di legge come riserve non di forma di legge ma di forza di legge e, al fondo, la disapplicazione della legge interna confliggente con la norma europea immediatamente applicabile o direttamente efficace. A catena, la fuga dalla forma della legge porta con sé quella dalle forme dei decreti legislativi e dei decreti-legge, perché alle esigenze della fattualità, della immediatezza della vita, non resiste nessuna forma e nessuna mediazione, travolte dalla logica della realtà. Così, sono accaduti la de-legificazione con atto regolamentare, la de-formalizzazione dei regolamenti con decreti di natura non regolamentare che alla fuga dalla legge aggiunge la fuga dal regolamento, gli atti normativi delle autorità amministrative indipendenti senza la determinatezza della previa base legale, i Dpcm o atti simili con misure autonome rispetto al diritto legislativo e le ordinanze *extra-ordinem* derogatorie del diritto legislativo. Alla deviazione dalle regole regolative della *deliberazione* legislativa, poste dagli artt. 64, comma 2 e 72, comma 1 e compendiabili nella discussione e approvazione pubblica, articolo per articolo e previo esame in Commissione, portano, invece, «le problematiche *prassi*»² del “coordinamento formale” del testo approvato da parte della Presidenza, dell'articolo unico con più disposizioni, mutuato dalla forma della legge di conversione, della pretermissione dell'esame del testo in Commissione in sede referente, talvolta sostituito, come nel caso regolato dall'art. 161, comma 3-ter, del Regolamento del Senato per la Commissione bilancio, dal rilascio in sede consultiva di un parere ai sensi dell'art. 102-bis, della questione di fiducia posta sui provvedimenti di iniziativa governativa, quali la legge di bilancio e i disegni di legge di conversione dei decreti legge, e abbinata al maxi-emendamento e, più in generale, della apposizione di limiti alla formalizzazione di emendamenti ai progetti di legge. È esemplare la de-formalizzazione della legge di bilancio.

La de-quotazione dei vizi formali e, quindi, della forma deriva, poi, dal diritto giurisprudenziale della limitata sindacabilità della forma di legge formatosi nei giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi e nei conflitti di attribuzione interorganici, con la ingiustiziabilità delle violazioni dei regolamenti parlamentari e la debole giustiziabilità delle violazioni dirette delle regole costituzionali sulla produzione della legge. In un crescendo di performatività dell'autonomia parlamentare

² Si pluralizza l'espressione che la Corte costituzionale, nella sent. n. 251 del 2014, ha adoperato al singolare per i maxi-emendamenti.

della forma della legge, sostenuta dall'ambiguità dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice costituzionale per accertare il reale procedimento di formazione della legge, si è così andati dalla riserva alle Camere dell'interpretazione e della garanzia dell'osservanza dei regolamenti alla riserva regolamentare di interpretazione della stessa Costituzione e alla pregiudiziale incompetenza della Corte costituzionale a sindacare la questione di fiducia apposta dal Governo. Si è giunti ad una tenue apertura, in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, alla giustiziabilità delle violazioni 'manifeste' delle prerogative costituzionali di chi deve parlamentare³. Ma prima si è passati dalla idoneità dei regolamenti parlamentari a derogare, nel caso di approvazione di una legge di conversione a seguito della questione di fiducia, alla norma della approvazione articolo per articolo posta direttamente dall'art. 72, comma 1, in forza della riserva regolamentare dell'art. 72 per i procedimenti abbreviati e per i «casi» e le «forme» di esame e approvazione dei disegni di legge con i procedimenti speciali non contemplati dalla Costituzione⁴, con l'effetto netto della diminuzione dell'auto-nomia parlamentare in senso proprio.

La perdita di campo della forma di legge è, quindi, un fatto, una *normalità* che, come tale, non dice nulla su ciò che deve essere, sulla *normatività*⁵. È solo una crisi nel senso proprio del pensiero negativo⁶, ove la coscienza massima del negativo coincide con la teoria tragica del dato, con il massimo di effettualità. A rovescio, è il dover essere che consente giudizi di valore di quei fatti. Contro il rischio di "circolarità" e di inversione della relazione tra norma e normalità, il parametro del giurista positivo è, infatti, la normatività costituzionale e non la normalità del reale.

Qui, però, non formuleremo giudizi di invalidità di singoli atti o di falsità di interpretazioni secondo le regole costituzionali sulla produzione della legge e delle fonti equi-valenti o equi-parate. Non è detto che tutti quei "fatti" violino il diritto costituzionale vigente: dipende

³ Il riferimento è a Corte cost., ord. n. 17 del 2019.

⁴ L'"addebito" è a Corte cost., sent. n. 391 del 1995.

⁵ La confusione, nella dottrina costituzionalistica, tra essere e dover essere nello specifico discorso sulla rappresentanza è colta da M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2008, p. 25.

⁶ Si riprende e volgarizza M. CACCIARI, *Krisis. Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Milano, 1976.

dalla interpretazione della forza/valore di legge, del principio di legalità, del rinvio alla legge, delle ragioni che sostengono le riserve di legge, dalla natura precettiva o direttiva delle regole stabilite dagli artt. 64 e 72 e così via. Ma è detto che la sostituzione della forma di legge con decreti equi-valenti e equi-parati e la scelta del “metodo” di formazione della legge sono segno della direzione verso cui muove l’ordinamento positivo. Cercheremo, allora, di cogliere il significato tendenziale di quei fatti parametrati alla relazione tra la forma rappresentativa di legge dell’art. 70 e la sovranità del popolo rappresentato dell’art. 1 della Costituzione.

È consueto ricostruire la crisi della legge come un momento specifico della crisi della rappresentanza politica elettiva, presupponendo che questa implichi la crisi del principio democratico. Ma il governo rappresentativo, incluso quello elettivo, è originariamente una forma di governo aristocratico. È, infatti, un principio di forma dell’unità politica di un popolo aristocratico-oligarchico, che è apparso democratico solo per l’opposizione storica del Parlamento, come rappresentante del popolo unito politicamente, alla monarchia assoluta e la cui aristocraticità è diminuita con il processo di democratizzazione, ma che resta di fondo aristocratico. Quindi, il giudizio di disvalore della crisi della specifica forma di legge in una Repubblica “democratica” è fondato ed è vero solo se si dimostra teoricamente che la rappresentanza del popolo o il popolo rappresentato non è concettualmente un ossimoro, non è impensabile ed impossibile⁷, ma che, al contrario, il governo popolare è rappresentativo e dogmaticamente, sulla base delle regole costituzionali, che la rappresentanza politica elettiva è democratica⁸ e la forma rappresentativa di legge non elide la sovranità del rappresentato. In tal caso, la emancipazione dalla legge è un segno di de-democratizzazione del governo rappresentativo⁹. In caso contrario,

⁷ L’insensatezza concettuale della formula “rappresentanza popolare”, muovendo dalla teoria hobbesiana della rappresentanza, è argomentata da O. CHESSA, *Popolo e rappresentanza/rappresentazione. Pensando con Hobbes*, in *La Fionda*, n. 2/2023, pos. 3624 ss.

⁸ Lo dimostra nel diritto costituzionale vigente A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, pp. 20 ss.

⁹ Discorre di una tendenza, di un movimento, alla de-democratizzazione ovvero di aristocratizzazione del governo rappresentativo, muovendo dai teorici della democrazia come Charles Tilly, P. PINNA, *La aristocratizzazione del governo rappresentativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, t. I, Napoli, 2022, pp. 475 ss.

la crisi della forma rappresentativa della legge è la crisi di un principio aristocratico. Nell'un caso è una involuzione democratica, nell'altro è semplicemente una evoluzione.

Se, poi, la Costituzione consente di riempire di contenuto la regola formale dell'art. 70 ed evitarne la tautologicità e recursività propria delle verità analitiche, la regola formale dell'art. 70 si converte in una concezione materiale di legge, che sostiene una dottrina normativa dell'art. 70 e, quindi, un giudizio di invalidità costituzionale dell'atto che dispone con forma diversa ciò che deve avere la forma di legge. Non si mette in discussione che nel diritto positivo è sufficiente che la legge, per essere tale, sia forma di legge, deliberazione collettiva delle Camere e che quella forma può avere qualsiasi contenuto che non violi la Costituzione. Lo impone la lettera dell'art. 70 e, più in generale, il principio del governo popolare. Ma quel medesimo principio consente di ricavare dalla forma la materia che non può che essere disposta, a pena di incostituzionalità dell'atto che la pone, con quella forma, perché deve essere deliberata da chi ha il potere di fare la legge nel governo popolare. La regola materiale è condizione di validità, non di esistenza della legge.

Può, infine, essere che, a prescindere dalla democraticità della forma rappresentativa, la forma deliberativa del procedimento legislativo parlamentare abbia, comunque, un significato garantistico, nel preciso senso della garanzia dei diritti dell'individuo. Primo, anche ove si presupponga la non co-originarietà tra autonomia politica del popolo e privata dell'individuo e si distingua la *ratio* garantista da quella democratica, può ragionevolmente presumersi che, anche in un governo parlamentare, le maggioranze prescritte dall'art. 64, comma 3, per le deliberazioni parlamentari siano meno monolitiche e più inclusive della "maggioranza" di Governo. Secondo, sul medesimo presupposto individualista della logica garantistica dei diritti che difende l'individuo dalle decisioni illibatarie della maggioranza e, quindi, oppone libertà e legge 'politica', è immaginabile che i casi e i modi della limitazione con legge dei diritti fondamentali siano, di fatto, più sorvegliati in un "giusto" procedimento legislativo partecipato dalle minoranze¹⁰ e autenticamente dialettico. Se ne trae che la forma di legge non è irrelata

¹⁰ Invero, dal punto di vista logico, non vi è un legame tra minoranze parlamentari e diritti della persona qualitativamente diverso rispetto a quello che corre tra la maggioranza e quei medesimi diritti.

al grado di tutela dei diritti individuali. Ciò che viene, però, in questione nel nostro discorso non è la sola compatibilità tra democrazia parlamentare e logica garantistica, ma più radicalmente che tra potere e libertà non vi è opposizione e che la forma di legge, proseguendo la Costituzione/legge che costituisce e autorizza la legge, è costitutiva di potere e, quindi, di libertà.

I passaggi del discorso sono che la legge costituita e regolata dalla Costituzione positiva: i) è una forma; ii) è, più specificatamente, una forma rappresentativa del popolo che prescrive precise regole deliberative; iii) è, materialmente, la regola costitutiva del popolo.

2. La forma

Si dice di solito che nel testo costituzionale la legge è, come soglia minima, una forma. Può dirsi meglio che la legge è il valore e il valore è una forma.

Della legge, agli articoli 75, 77, 87, 89 e 127, la Costituzione predica il «valore». Dogmaticamente, in disparte la antica questione se il «valore di legge» sia distinguibile dalla «forza di legge» nel testo posto e, quindi, se il decreto con valore di legge dell'art. 77, comma 1, sia differente da quello con forza di legge del secondo comma, è diritto positivo sia l'uno che l'altro sintagma, talché non è possibile eliminarne uno dei due, sciogliendolo nell'altro, senza corrompere la lettera del documento costituzionale. Teoricamente, se la forza rinvia ad un essere, al fatto, all'effettività, al piano esistenziale, riferita alla legge, riguarda la sua realizzazione, il suo compimento, la sua applicazione "di fatto". Il valore, invece, è legato alla validità e, dunque, al dover-essere. La relazione tra il valore, come categoria logico-formale e la validità è, infatti, tessuta dalla dottrina pura del diritto, ove vive l'idea che il valore è (deve essere) fondato e costituito da una norma e la sua specifica forma di esistenza è la validità. Il valore "vale", deve-essere, non è. Il valore è passaggio dal fatto al diritto, è normatività, più in generale idealità, trascendentalità. «Norma e valore sono concetti correlativi», perché «le norme giuridiche costituiscono un valore, in quanto prescrivono un dover essere (*Sollen*)»¹¹. La categoria del diritto positivo del «valore di legge» dice allora la legge *per* la legge, la legge come ciò

¹¹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. 81 e 84.

che deve essere e non ciò che è. Ci dice che la legge è l'ideale, il dover essere, il *Sollen*. E, ontologicamente, vi si annida la possibilità stessa del diritto che è diritto e non altro da sé. Quindi, il valore di legge conosce e costituisce *puramente, a priori*, il diritto come dover-essere e non sul piano dell'essere, del fatto della legge. Lontano dalla dottrina pura «nulla ha un valore “per natura”»¹², da cui si ricava sempre che il valore (di legge) – per quanto voluto e posto – non può mai essere ridotto a una «forma d'essere»¹³: è l'Idea. Il testo costituzionale lo conferma: quando, agli artt. 134 e 136, la legge è oggetto di giudizio di validità e non soggetto di validità, quando è essere e non dover essere, è «forza» e non «valore» di legge.

Più precisamente, nel valore *di* legge *di* è la preposizione che rende valore lo specificatore di legge, che è il soggetto. Quindi, la legge non *ha* valore, non rinvia ad altro da sé, come sarebbe se fosse valore *della* legge o, ovviamente, legge di valore, ma è, in senso atelico, valore o, in senso telico, il valore, l'ideal-tipo, il modello, il parametro a cui commisurare il differente, il decreto del Governo, che non è deliberazione parlamentare, ma ciononostante *ha* (questo sì), quando gli è attribuito, valore di legge, può fare ciò che fa la legge, perché partecipa, appunto, del medesimo valore.

Concatenando, la legge è costituita nel testo come una forma, una «forma essenziale» di produzione¹⁴. Secondo la regola dell'art. 70, è legge la deliberazione collettiva del Parlamento. È una regola eidetico-costitutiva perché non descrive qualcosa che, come legge, esiste al di fuori e prima, in senso logico e cronologico, della regola. Esiste materialmente il fatto, l'essere, della deliberazione collettiva di due Camere, ma non esiste la qualificazione, il dover essere, più propriamente il “valore” – di per sé contingente, per alcuni versi arbitrario – di legge di quel fatto senza la regola che, appunto, la costituisce.

Se ne ricava che la *forma* di legge dell'art. 70 è il *valore* e, a rovescio, che il valore (di legge) è una forma e non un contenuto, in una che la

¹² In un giovane C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Bologna, 2013, p. 91. L'opposizione tra valore e natura torna in ID., *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, con un saggio di F. Volpi, Milano, 2008, p. 39.

¹³ *Ivi*, p. 32.

¹⁴ Nel senso precisamente marxiano di essenza generale e comune, usata spesso come sinonimo di forma «semplice», *einfache* che, per una singolare convergenza, è anche la «legge del valore».

legge è il valore in quanto forma¹⁵. Se, infatti, il valore di legge è traducibile nella frase copulare simmetrica la legge è (e non ha) il valore, da questa è estraibile la frase speculare il valore è la (forma di) legge, in cui si invertono soggetto e predicato, ma che è in un certo senso di pari estensione. Anche senza aderire alla tesi russelliana del verbo essere come predicato di identità, in cui i sintagmi nominali che precedono e seguono il verbo essere sono entrambi referenziali¹⁶, nella frase copulare la focalizzazione del soggetto referenziale e del predicato non è sempre decidibile *a priori* ma può dipendere, pragmaticamente, dal contesto che produce effetti interpretativi differenti a seconda di quale sia il soggetto e quale il predicato. Ora, se la legge è il soggetto e il valore, necessariamente, il predicato nominale, questo è la proprietà che specifica quel soggetto, che è ciò che “sta sotto” alla proprietà. All’inverso, se il valore è il soggetto, la legge ne è il predicato e, se la legge è una forma, se ne deduce che la proprietà del valore è forma. Alla fine, la forma salva la legge come valore, come dover-essere e non come forza, come essere.

Ne segue che, nella Costituzione, il legame tra valore e forma logicizza il valore in direzione antifondazionalista, perché, appunto, lo mette in forma e il legame sociale, rappresentato nella deliberazione legislativa, si fonda su una forma e non su una sostanza.

Non è apologia nichilistica o scettica di una forma nevrotica, al modo del formalismo della procedura, ove la procedura tiene luogo di un fondamento infondato. Se lo è, lo è a patto di intendere che il valore come forma è l’essenza non nichilistica del nichilismo della forma, del diritto come *dover-essere* che, come tale, non è: solo se non vi è l’attualità di un pieno di valori materiali pre-supposti, ma il vuoto di forma, si salva la *possibilità* del valore. Quella forma è assenza di contenuti nel preciso senso che li contiene tutti, perché è apertura a ogni materia, a

¹⁵ Se la legge vale come legge in quanto forma, è sbagliato sia qualificare legge (e predicarne il valore) ciò che non ne ha la forma (come è accaduto nella sentenza n. 7 del 1978), sia immaginare un atto con forma di legge, ma privo – per il contenuto amministrativo – di valore di legge (come accaduto nella decisione n. 225 del 1999). Una legge senza valore è, per il testo vigente, un paradosso: sul punto è fondata la critica mossa da A. SIMONCINI, *La legge “senza valore” (ovvero della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 2024 ss.

¹⁶ Per la critica nella linguistica basti A. MORO, *Breve storia del verbo essere*, Milano, 2010, pp. 70 ss.

ogni contenuto, sempre contendibile, è la condizione di possibilità, la struttura di una molteplicità di possibilità del legame sociale. Per ciò stesso, però, non è, qui ed ora, nessun contenuto, meglio non presuppone alcun contenuto dato. Nel niente, nella forma come apertura, «i valori si possono dispiegare nella loro vera natura, che è la convertibilità, e trasformabilità/processualità indefinita»¹⁷. Per una eterogenesi dei fini, molti valori > nessun valore, una forma > molti valori, quelli compatibili con la forma che li include in potenza.

In questo senso, nella condizione pluralista, può parlarsi di «salvagente della forma»¹⁸. Bisogna, però, intendersi sulla salvazione mediante la forma e sulla funzione redentrica del nichilismo. Si è scritto che nel diritto che si affida alla forma, all'ordine delle procedure contro il caos dei contenuti che sfuggono, il “valere” della norma coincide con il “volere”. Nella procedura che produce la norma il valore sarebbe volontà, perché «la validità del diritto, cioè il valere della norma come norma, dipende soltanto dal volere»¹⁹ e «se il valore della norma coincide con il valore incanalato nelle procedure proprie del singolo ordinamento, il valore è sinonimo di forza di coloro che pongono il valore»²⁰. Il valore così si converte in volere, nella volontà più forte, nella forza di porre e imporre norme. La logica del valore sarebbe quella dell'efficacia, del fatto che vale come fatto, del risultato prodotto, del calcolo e della quantità. In una, il valore sarebbe immanenza²¹. La conclusione per il valore di legge è conseguente. Se il valore di legge non sta nei contenuti ma nel funzionamento delle procedure, nella forma appunto, il valore/forma di legge si identifica con la forza di legge, con la legge dell'efficacia, perché il valore portato dalle procedure, dai *nomodotti*, risponde alla logica dei più, del calcolo, della quantificabilità di tutti i prodotti. Lo stesso principio di maggioranza è calcolo, è la *maior pars* e non la *melior pars*, è quantità e non qualità²². Così riguar-

¹⁷ G. VATTIMO, *La fine della modernità*, Milano, 1985, p. 29.

¹⁸ Nel senso in cui ne parla N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, *passim* e spec. pp. 3-14, 42-56 e 99-105; ID., *Nichilismo giuridico*, ed. Kindle, Roma-Bari, 2014, pos. 28-9 e, più di recente, ID., *Destino di Nomos*, in M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, pp. 118 ss.

¹⁹ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 28.

²⁰ *Ivi*, p. 125.

²¹ Ancora diffusamente *ivi*, pp. 37 ss. e 79 ss.

²² *Ivi*, p. 80. Non è poi così lontana dalla critica schmittiana (C. SCHMITT, *Legittimità e legittimità*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, 1972, p. 222) allo Stato legislativo parlamentare, in cui

dato, il “valore di legge” sarebbe dello stesso tipo del «valore di merce» nel senso che sono entrambi accomunati dall’indifferenza contenutistica e sono entrambi il risultato del funzionamento delle procedure, che calcolano e misurano le volontà²³.

Ora, può genericamente dirsi che il diritto dei nomodotti è funzionamento, tecnica, meccanismo, che ha perso la base ontologica. Ma il formalismo giuridico non è l’apologia della «volontà di potenza»²⁴, della forza, dell’efficacia, del fatto. Non lo è di certo il normativismo kelseniano. Puoi poi dirsi che la forma di legge nel governo popolare è volere dei più, della maggior parte del popolo riunito, quindi, sottende un certo calcolo, certe quantità. Ma tra quantità e qualità non vi è, necessitatamente, opposizione contrastiva. In termini hegeliani, la qualità è sempre connessa alla quantità. Basta Gramsci. Nel § 30, *Il numero e la qualità nei regimi rappresentativi* del Quaderno 13 (XXX), *Note sulle politica del Machiavelli*, Gramsci dimostra che nella rappresentanza elettiva la legge del numero non esclude la qualità, anzi la con-valida e questa porta con sé quella²⁵. Dimostra che la qualità non è nemica del numero, ma che se è davvero tale i pochi che rappresentano convincono i molti che votano. «Uno dei luoghi comuni più banali che si vanno ripetendo contro il sistema elettivo di formazione degli organi statali è questi, che il “numero sia in esso legge suprema” e che la “opinione di un qualsiasi imbecille che sappia scrivere (e anche di un analfabeta, in certi paesi), valga, agli effetti di determinare il corso politico dello Stato, esattamente quanto quella di chi allo Stato e alla Nazione dedichi le sue migliori forze”». Al contrario, nel governo rappresentativo elettivo i numeri non sono legge suprema, non sono lo

alberga la possibilità, teorica e pratica, di alleanza tra legalità e funzionalismo tecnico, perché se la legalità normativistica «si tramuta nel vuoto funzionalismo di qualsivoglia deliberazione presa a maggioranza», può «collegarsi con il funzionalismo impersonale di un’esigenza burocratica di regolamentazione».

²³ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., pp. 81-2.

²⁴ Il virgolettato è tratto da G. FALCON, *Natalino Irti, Il salvagente della forma*, Bari, Laterza, 2007, in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, p. 639.

²⁵ Il numero è, invece, quantità pura, forza materiale e, di conseguenza, l’opinione della maggioranza può essere presa in considerazione solo «nel regno della quantità», e non in quello, separato, della qualità, in una filosofia critica del mondo moderno come quella di R. GUÉNON, *Il Regno della Quantità e i Segni dei Tempi*, Milano, 1982, pp. 14 ss., dove la qualità è il superiore e la quantità è l’inferiore. Ma la direzione di quel pensiero pare irriducibile alla immanenza, per quanto dialettica e simbolica, del governo rappresentativo e popolare.

scopo, ma «sono un semplice valore strumentale, che danno una misura e un rapporto». Misurano «l'efficacia e la capacità di espansione e di persuasione delle opinioni di pochi, delle minoranze attive, delle élites, delle avanguardie». A differenza dei voti, che si contano e sono uguali, infatti, le opinioni si pesano e il peso dell'opinione di ogni elettore non è «“esattamente” uguale». Non significa, però, che i voti non contano: tutto al contrario «la numerazione dei “voti”» è la manifestazione sensibile della capacità di elaborazione di idee e di persuasione delle élite. Se «questo presunto gruppo di ottimati, nonostante le forze materiali sterminate che possiede, non ha il consenso della maggioranza, sarà da giudicare o inetto o non rappresentante gli interessi “nazionali”». È così svuotata la critica, oligarchica e non di élite, al parlamentarismo elettivo. Se l'élite è davvero tale, il peso delle sue opinioni si tradurrà nel conto dei voti e, quindi, rimettere la decisione alla «legge del numero», «all'uomo “qualunque”», non deprime la qualità. Non si è «élite per decreto»²⁶ e il criterio del numero non è affatto cieco. È una delle molte declinazioni della dialettica gramsciana della «qualità della quantità» che apre, contro il determinismo materialistico, alla dimensione egemonica ed eccedente, seppure in un ordine immanentistico, del politico²⁷. In ogni caso, la legge dei numeri non è una questione tecnica. Per la logica, numeri e qualità non si co-implicano, perché per il regno dei numeri la qualità non conta e per questa è irrilevante quello, l'Uno, i pochi o i molti/tutti, ma non si escludono neppure reciprocamente. Possono coesistere. È piuttosto una questione ideologica. Per l'ideologia, numeri e qualità stanno da parti opposte: e per la democrazia i più (tutti e, in subordine, molti) sono meglio dei pochi e la regola della decisione politica è la maggioranza. E, comunque sia, il volere che si “conta” nella legge parlamentare è quello dei rappresentanti del popolo che non è ma “vale” come volere del popolo. La legge è, cioè, una deliberazione *rappresentativa*. Non è immanenza, al pari della tecnica, ma quel tanto (o poco) di trascendenza secolare che deriva dalla non coincidenza tra la unitaria volontà dei rappresentanti e le molteplici volontà naturali dei singoli uomini concreti che compongono il popolo rappresentato.

²⁶ A. GRAMSCI, *Il numero e la qualità nei regimi rappresentativi*, in ID., *Quaderni del carcere. Volume terzo. Quaderni 12-29 (1932-1935)*, Torino, 2014, pp. 1624 ss.

²⁷ G. PRETEROSI, *Teologia politica e diritto*, ed. Kindle, Roma-Bari, 2022, pos. 176.

Perciò stesso la forma di legge non è una forma separata, opposta, a una sostanza²⁸. La legge è tradizionalmente divisa tra sostanza e forma. Nella prima declinazione, la legge vale per il suo contenuto, con la deduzione di una regola materiale di legge; nella seconda la legge è tale per la sua forma, con indifferenza per il suo contenuto. La questione può porsi diversamente. Teoricamente, la forma di legge non è irrealistica o finta: è la *realitas* del diritto in senso proprio, la sua «*Sachlichkeit*»²⁹, secondo la dottrina pura, è ciò che fa del diritto quello che è. Può obiettarsi che la Costituzione in senso materiale è solo la regola sulla produzione della legge, della sua forma e non la regola della produzione della legge, del suo contenuto. È vero, ma appunto la forma di legge è la materia costituzionale. Rimanendo in superficie, il formalismo kelseniano abitua all'idea che la relazione tra forma e sostanza sia un'indecisione o una decisione indecidibile, nel senso che non deve essere decisa, perché è sempre continuamente aperta, possibile³⁰. Dogmaticamente, il valore di legge dipende da una forma e perciò è diverso dalla forza, ma non coincide con una forma separata dalla sostanza. Nel testo costituzionale la forma si converte in contenuto e viceversa. Innanzitutto, l'incostituzionalità della legge è sempre questione di forma: o è violazione della forma di legge, se viola la regola sulla produzione legislativa o è violazione della forma costituzionale di legge, se il suo contenuto è contrario alla Costituzione. Ma, soprattutto, se «valore di legge» si riferisse solo alla pura forma di adozione della legge (ordinaria o costituzionale poco importa), alla forma legislativa, non avrebbe senso l'art. 77, comma 1, Cost., ove il valore è predicato – quale rapporto di equi-valenza tra decreto e legge – di un decreto del Governo, seppure adottato previa delegazione delle Camere. In questo senso il decreto legislativo delegato non è legge, che è il valore, il parametro a cui commisurare il differente, perché non è la deliberazione parlamentare, ma ciononostante partecipa della genealogia di quel va-

²⁸ Dal «valore» delle fonti come «forma» relata ad una sostanza muoveva già, seppure in una prospettiva metodologica che privilegia l'effettività rispetto alla validità, F. BILANCIA, *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I, «Vincoli» alla funzione legislativa, Milano, 1999, pp. 195 ss.

²⁹ H. KELSEN, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?* (1953), in ID., *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, a cura di T. Gazzolo, Milano, 2022, p. 121.

³⁰ Sul rapporto dialettico tra forma e sostanza in Kelsen M.G. LOSANO, *Introduzione* (1975), in H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Torino, 2000, pp. XXX ss.

lore. La previa legge delle Camere fonda la somiglianza, che non è né identità né differenza. È *come se* fosse legge, perché solo le differenze si somigliano. La legge è l'unità di misura del valore di atti diversi dalla legge che, pur non essendo leggi, *valgono* per la Costituzione come se fossero leggi. Il valore di legge è, cioè, costruito nella Costituzione come un rapporto di equivalenza tra decreti/atti del Governo e legge, in cui la forma non è separata dalla sostanza comune che permette di esprimere, nell'equivalenza, il valore di una cosa attraverso un'altra, di commensurare: il valore di legge è – attingendo alla logica economica da sempre sottesa al valore – espressione di qualcosa che è stato reso comparabile, è espressione del bisogno di essere parificati nella differenza.

A catena, perde di senso la categoria delle leggi in senso formale se opposta a quella in senso sostanziale o delle leggi meramente formali, come se la forma fosse un vuoto, una privazione, una debolezza e non il segno della legge³¹.

Il punto è trovare quella forma che è anche sostanza. Il legame tra forma e sostanza nel valore di legge posto dal testo costituzionale è la forma rappresentativa del popolo sovrano. E il senso del legame dipende dalla concezione rappresentativa da cui si muove, perché teoricamente e storicamente la rappresentanza/rappresentazione è disgiunta dalla sovranità del popolo e dal governo democratico.

2.1. La vita

Dal lato opposto della forma/valore di legge, la violazione, l'elusione o la messa in disparte della forma di legge attinge, contro la validità, alle ragioni dell'effettività. È un discorso che, andando alla radice, sta dalla parte del diritto come essere e non come dover essere. Sta dalla parte dei fatti e non delle norme.

La giustificazione pubblica di ogni de-formalizzazione delle fonti è, infatti, la logica del fatto, che sostiene la svalutazione della forma di legge per adeguare il diritto valido all'effettività e, con essa, ai bisogni del reale³². È di questo tipo la giustificazione specifica della svaluta-

³¹ Ne deriva, sotto questo punto di vista, il non senso della opposizione, per tutti, nel diritto del bilancio, tra legge in senso formale e sostanziale.

³² In questi esatti termini pongono la questione generale M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2010. Decisione conflitti controlli. Procedure costitu-*

zione della forma parlamentare della legge in nome delle ragioni della “governabilità” e del “precedente” del diritto parlamentare che è penetrata nella giurisprudenza costituzionale. Esemplarmente, la Corte esige, a proposito della legge di approvazione del bilancio, «che il ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale», perché sono la titolarità del potere di fare la legge dell’art. 70 e le regole dell’art. 72, comma 1, che implicano la prerogativa per il parlamentare di «collaborare *cognita causa* alla formazione del testo, specie nella fase in commissione, attraverso la discussione, la proposta di testi alternativi e di emendamenti». Ma poi il giudice costituzionale giustifica la compressione dell’esame parlamentare in nome di «elementi *procedimentali* e di *contesto*», cedendo alla constatazione che «tale *prassi* si è consolidata nel tempo [...] in cerca di risposte alle esigenze di *governabilità*» e che tale prassi ha trovato «qualche forma di compensazione nel coinvolgimento della Commissione Bilancio nella definizione del testo su cui il Governo poneva la fiducia, tenendo conto delle proposte emendative in quella sede discusse e approvate»³³. L’effetto è che la nuda prassi – senza che la Corte l’abbia qualificata consuetudine costituzionale – prevale sulla disposizione, la normalità sulla normatività, il fatto sulla norma³⁴.

In superficie, il linguaggio è una attualizzazione e riconversione della tesi espositiva della forza integrativa della «prassi» e degli «usi» nella disciplina costituzionale dei procedimenti parlamentari, che trae origine «dalla volontà di rispettare, conforme a *storia*, a *tradizione* e a *natura*, guarentigie e prerogative del Parlamento»³⁵. È, per altro verso, uno sviluppo coerente di quella giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto il principio rappresentativo bilanciabile con il principio della

zionali e sistema politico, Napoli, 2012, disponibile in *Associazione deicostituzionalisti.it* e V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2011.

³³ Corte cost., ord. n. 17 del 2019, punti 4.1, 4.2 e 4.3 del *Considerato in diritto* (con corsivi aggiunti) e a seguire ord. n. 151 del 2022.

³⁴ Lo rileva al proposito A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista Aic*, n. 2/2019, pp. 607 ss.

³⁵ C. ESPOSITO, *Questioni sulla invalidità delle leggi per (presunti) vizi del procedimento di approvazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 1330, con enfasi aggiunta.

«stabilità del governo» o, per l'appunto, della «governabilità»³⁶. Se è ricorso al bilanciamento, suppone che il secondo sia confliggente con il primo. Ed è vero³⁷. La governabilità è materialmente governo di ciò che è “dato”, immanenza, datità, presenza, *apostasia* e non è *deliberazione*, rappresentazione. Pertiene alla logica economica, “amministrativa”, dell'efficacia e dell'efficienza³⁸. Ma il testo costituzionale vigente enuncia solo il principio rappresentativo. Tra le fonti costituzionali, infatti, solo nell'art. 15 dello Statuto sardo compare il principio di stabilità. Quindi, quando si è voluto, lo si è scritto. In più, è singolare evocare la “governabilità” per sincopare il dibattito parlamentare proprio quando la forma di legge in questione è la legge di approvazione del bilancio, la cui iniziativa esclusiva spetta al Governo, la cui approvazione è riservata alla procedura «normale» di assemblea dall'art. 72, comma 4, e la cui storia è la storia della lotta della rappresentanza del popolo nei confronti del Governo del Re.

Al fondo, si legge il dualismo, che ha attraversato il costituzionalismo del Novecento, tra il concetto normativo ed esistenziale di Costituzione, tra il dover essere di un ordinamento e l'essere dell'ordine, tra la Costituzione-forma, idea e trascendenza ordinante la realtà della vita, e la Costituzione-vita, animata dalla prevalenza della realtà, dall'adattamento delle norme all'esperienza, dal *contesto* che precede o eccede la legge, dalla liberazione della vita dal concetto. Nella prima disposizione costituzionale scritta, deliberata dal potere costituente del popolo, è il faro; nella seconda il fatto/materia privilegia la conoscenza delle interpretazioni, applicazioni e prassi nel tempo e nello spazio, la Costituzione “vivente”, la Costituzione quale veicolo di vita nel diritto. Così, l'una privilegia in ogni istituto il dover essere a cui conformare l'essere, l'altra, in direzione contraria, muove dall'essere, dalla regolarità della *prassi*, per trarne il dover essere, sottomettendo in certa misura il secondo al primo. Nelle fonti del diritto, quella implica la coincidenza tra la regola fondamentale di riconoscimento del diritto valido e le norme sulla produzione delle fonti e, per esse, il documento

³⁶ Tra le più note Corte cost., sentt. nn. 1 del 2014, 93 del 2015 e 35 del 2017.

³⁷ *Contra* A. MORRONE, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale: profili di teoria generale*, in *RivistaAiC.it*, n. 3/2017, pp. 1 ss., che unifica i due principi, riconducendo sia la «rappresentanza della polis», sia «il governo della res publica» al principio di sovranità popolare.

³⁸ Basti qui R. MANFRELOTTO, *Il fantasma della governabilità e la giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, pp. 337 ss.

costituzionale. Questa postula un fondamento di validità del diritto positivo che precede la (o si sovrappone alla) legge scritta e che, se si porta l'argomento alle logiche conseguenze, ne costituisce parametro di validità, con la svalutazione del testo scritto.

Più al fondo ancora, questa dualità attinge all'irrisolto del pensiero filosofico occidentale. Partecipa a pieno titolo al problema della modernità, alla questione originaria e strutturale che attiene al rapporto tra immediatezza e mediazione, tra vita e forma. È, infatti, una delle molte riscritture della tensione, della lotta, eterna e archetipica, che «tiene vive le dissimmetrie» tra «la vita e la forma della sua oggettivazione», tra la linea della materia-vita e quella del pensiero-forma, tra la spinta vitale della negazione e la ricerca di una forma, tra la verità come prassi che «si forma nella problematica esistenza del finito» e la verità come «adeguamento tra l'intelletto e la cosa»³⁹. Il problema è esattamente lo scioglimento della tensione, la fine della coappartenenza tensiva tra natura-vita e spirito-forma e, quindi, la rottura della mediazione quando la vita si separa dalla forma.

Ma, nella lotta tra la primarietà della forma o della vita, la tensione non si può sciogliere a favore della immediatezza della vita contro la mediazione della forma in un ordinamento positivo il cui principio di validità è, a sua volta, forma di legge. La tensione tra la Costituzione-forma e la Costituzione-vita, con le conseguenze normative che ne abbiamo esplicitato nelle fonti del diritto, riguarda il concetto o la concezione di diritto, le teorie generali del diritto e le teorie della Costituzione, ma non il diritto costituzionale positivo, il cui fondamento di validità ha deciso quella tensione. Il *valore* di legge è precisamente l'argomento che slega il diritto positivo valido dal *fatto* del diritto vivente, che è diritto invalido.

In estrema sintesi, la Costituzione è (almeno) legge, secondo la auto-qualificazione dell'ultimo comma della XVIII disposizione transitoria e finale e costituisce la legge ponendo sé stessa, la propria forma, come figura e modello: la deliberazione legislativa è il prolungamento dentro l'ordine della forma originaria. Talché della Costituzione deve predicarsi il medesimo valore/forma che il testo posto riferisce alla legge costituita. La Costituzione è, cioè, ad un tempo, fondamento del valore di legge e valore di legge essa stessa: anzi, fonda il valore di legge

³⁹ B. DE GIOVANNI, *Figure di apocalisse. La potenza del negativo nella storia dell'Europa*, ed. dig., Bologna, 2022, pos. 173.

proprio perché di essa è presupposto il medesimo valore. È il valore del valore. Con movimento auto-riflessivo, la Costituzione serba dentro di sé il proprio valore, riferendolo alla legge che costituisce e rende così ragione non solo della legge ma anche del proprio dover-essere, della propria validità. Ne segue che il principio di validità è una forma, a sua volta modificabile solo con una forma predeterminata e non immediatamente dalla vita, dalla coscienza individuale o sociale o dallo spirito dei tempi. È diritto del diritto e non fatto del diritto. È diritto come forma e mediazione e non è diritto della decisione efficiente ed efficace e della immediatezza della vita. È forma costitutiva e non regola ricognitiva dell'esistente, del "dato". Quindi, polarizzando, la Costituzione/legge è dover-essere, inizio, norma e non essere, esecuzione, fatto.

Se ne deduce che le ragioni del fatto, della fatticità, della vita che soffre tutte le forme della mediazione e la legge è la rigorosa «mediatezza»⁴⁰, non sono ragioni validamente fondate nel diritto costituzionale vigente. Non si esclude che il fatto, in tutte le sue epifanie, faccia irruzione nelle fonti del diritto costituzionale positivo. Ma è, appunto, un fatto. Si esclude che l'immediatezza della vita, dell'esperienza vissuta, prevalga sulle forme della mediazione e della stabilizzazione e che queste debbano limitarsi alla sua presa d'atto, al riconoscimento, volgarizzando, della razionalità del reale. Al contrario, la forma di legge è limite all'aggressività della vita proprio perché è "forma di vita", è, scomponendo il sintagma, una costruzione culturale che "qualifica", attribuisce qualità e *status* a fatti. È la forma privilegiata del diritto, che vince la debolezza e la limitazione delle forze degli individui, supera la caducità delle loro vite naturali e ne mette in forma le relazioni.

3. La forma rappresentativa

Gli artt. 67 e 70 della Costituzione specificano la forma di legge e consentono di attribuire un significato più preciso al movimento della sua esclusione o de-formalizzazione.

Il valore di legge è una forma rappresentativa e non identitaria. La

⁴⁰ Si riconverte C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»* (1974), Milano, 2006, p. 63, che, però, oppone la mediatezza della legge alla «piena «immediatezza» del *nomos*, di una forza giuridica che, non mediata da leggi, è quell'evento storico costitutivo, un atto della legittimità, che solo conferisce senso alla legalità della mera legge.

legge è, infatti, atto del rappresentante e non del popolo rappresentato, è atto parlamentare e non popolare. Non vi è una regola di diritto positivo che attribuisca alle deliberazioni del popolo «l'effetto di leggi» e che disponga che il Parlamento, solo in casi eccezionali, può adottare deliberazioni con tale effetto, «*come se* fossero state poste dal popolo stesso»⁴¹. È l'elemento differenziale tra governo repubblicano e governo popolare.

Potrebbe obiettarsi che, in virtù dell'art. 75, il popolo partecipa direttamente della funzione legislativa mediante il referendum abrogativo, che è fonte del diritto, perché abrogare equivale a disfare la legge, è potere uguale e contrario a quello di fare la legge: sulla scia delle *Lezioni* di Crisafulli, non significa «non disporre» ma «disporre diversamente». Con la conseguenza che non avrebbe molto senso distinguere tra disporre in negativo e disporre in positivo. Per di più l'art. 138 consente la partecipazione del popolo alla approvazione della legge costituzionale, quindi alla potestà legislativa suprema. Ma, con poca originalità⁴², per un verso, anche il referendum è atto rappresentativo, un po' aristocratico, in quanto richiede sempre forme di rappresentazione, di mediazioni, di etero-decisioni e di interpretazioni, che escludono l'immediata datità del popolo, la sua presenza fisica nell'assemblea popolare sulla pubblica piazza. Non ha un plusvalore democratico rispetto al valore di legge. Per l'altro, la specifica decisione referendaria del popolo sulla legge costituzionale è preclusa nel caso di elevata rappresentatività della deliberazione parlamentare, è, comunque, eventuale, su iniziativa di soggetti rappresentativi e, in ogni caso, è negativa. Lo scarto tra rappresentanza e democrazia nella forma rappresentativa di legge resta.

Accedendo ad una lettura di moralità politica del testo costituzionale, potrebbe, poi, argomentarsi che, se la nostra Costituzione discorre di «valore» e definisce legge solo l'atto prodotto da certi organi se-

⁴¹ L'argomento è tratto da H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* (1925), Milano, 2013, p. 698 e vale per il diritto positivo vigente.

⁴² Attingendo alla nota tesi della irrelazione tra referendum e democrazia diretta sostenuta, contro la comune credenza, da M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005, e già prima da E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni costituzionali*, 1985, pp. 227 ss. e ora in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, 2006, p. 504.

condo certi procedimenti, è perché accorda loro un valore assiologico, un pregio preminente. È evidente che non c'è bisogno di misurazioni, di valutazione: è una forma di intuizionismo. La scelta costituzionale, voluta, intenzionale, si fonda sull'attribuzione di valore ad alcune forme politiche e non ad altre. È un po' l'argomento di Waldron, che, infatti, discorre di "dignità" della legislazione, del plusvalore assiologico del procedimento legislativo parlamentare, dell'Assemblea rappresentativa, come strumento per la composizione del disaccordo ragionevole sulle concezioni della giustizia⁴³. È un po' l'idea che tutti i tipi di gerarchia normativa, vale a dire l'instaurazione di meccanismi di preferenza tra norme, sono assiologici: rappresentano l'esito di una scelta di valore. Nelle gerarchie materiali il valore è dell'organo che produce le norme materialmente sovra-ordinate; in quelle strutturali il valore è della procedura⁴⁴.

Il problema che questa lettura – anche a non metterne qui in questione il giusmoralismo – non risolve è che nella Costituzione vigente il sovrano è il popolo dell'art. 1 e non il rappresentante dell'art. 67 che fa la legge dell'art. 70 e di cui è predicato il valore.

L'art. 1, con gli artt. 48, 56 e 58, ipotizza l'art. 67: la sovranità del popolo prescrive la rappresentanza compossibile con il principio democratico, vale a dire una rappresentanza elettiva non sovrana, perché dipende organicamente dal popolo. Con Marx, «la sovranità del popolo non c'è per mezzo» del rappresentante, che è il suo «simbolo», ma è il rappresentante «al contrario che c'è attraverso la sovranità del popolo»⁴⁵. Per l'art. 70, poi, i rappresentanti eletti universalmente e direttamente dal popolo, quindi rappresentanti secondo il principio democratico, non sono funzionari o commissari di affari particolari, ma sono legislatori. Unendo, dalla Costituzione si ricava che il popolo della Repubblica è sovrano e il governo è democratico se il popolo, almeno, vota i suoi rappresentanti-legislatori e non, ad esempio, se li tira a sorte. L'elezione popolare diretta qualifica la specie di rappresentanza del soggetto che esercita il potere legislativo, affinché i prodotti di quella rappresentanza valgano: l'elezione giustifica, dal lato popo-

⁴³ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, spec. pp. 7 ss.

⁴⁴ G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, pp. 33-4.

⁴⁵ K. MARX, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, con *Introduzione* di M. PROSPERO, Roma, 2016, p. 208.

lare, l'esercizio parlamentare della funzione legislativa, del potere supremo, sovrano, perché consiste nel deliberare la volontà generale. La rappresentazione della forma di legge è, quindi, quella del governo del popolo che elegge (e non designa o coopta) i propri rappresentanti che fanno le leggi. Il governo deve essere democratico e rappresentativo⁴⁶.

La questione, però, che il testo pone è se tra l'art. 1 e l'art. 70, passando per l'art. 67, vi sia coerenza, ovvero se sia possibile la sovranità del popolo e la rappresentanza del popolo nella legge parlamentare: affinché il popolo resti il sovrano, è sufficiente il potere di eleggere il rappresentante che fa le leggi? Più direttamente, se la sovranità è del popolo, come può la Costituzione, senza spezzare l'unicità del testo, attribuire il potere sovrano di fare le leggi al suo rappresentante e non al popolo riunito, adunato, presente? È la messa a frutto della critica sviluppata da Costantino Mortati che, nel *Commentario della Costituzione*, afferma che nessuna delle condizioni per consentire l'esercizio della sovranità popolare dell'art. 1 sussiste, perché nella Costituzione vi è una poliarchia che realizza la sovranità del Parlamento in luogo di quella del popolo, che non partecipa all'indirizzo politico⁴⁷. La forma e i limiti di esercizio della sovranità del popolo ne annichilirebbero la titolarità.

Proviamo a reimpostare i termini del problema per verificare se il principio democratico dell'art. 1 è possibile con la forma rappresentativa di legge e valutare il senso dell'arretramento di quella forma.

Teoreticamente, la legge non può che essere rappresentativa, non

⁴⁶ Non distingue, invece, nel diritto vigente, i due principi, quello democratico e quello rappresentativo, Corte cost., sent. n. 1 del 2014, ove si legge che vi deve essere corrispondenza tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica e «la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare», pena la «compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di «una caratterizzazione tipica ed infungibile» [...], fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del Governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.): lo nota P. PINNA, *La crisi di legittimazione del governo rappresentativo. Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, n. 3/2014. La Corte non cita esplicitamente il potere sovrano tipico, quello di «fare» la legge.

⁴⁷ C. MORTATI, *Principi fondamentali*, Art. 1, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 37.

può che essere – con Kafka *Davanti alla Legge* – presente e assente al tempo stesso. L'ossimoro della porta già aperta della legge sta a significare che la sua presenza è assolutamente e perpetuamente possibile, ma per ciò stesso ne conferma l'assenza: se la legge divenisse attuale, presente, se si realizzasse o, dal punto di vista dei destinatari, se si potesse accedere alla legge, non sarebbe più possibile; solo se permane nella sua assenza, continua ad essere possibile. La «potenza» della legge è ciò che «mantiene *in-forma* l'ordinamento»⁴⁸.

Dogmaticamente, però, questo è esattamente lo scarto tra principio democratico e rappresentanza elettiva o parlamentare. Nel diritto positivo, il popolo presente, per l'art. 1, è (il) sovrano, ma la prerogativa sovrana di fare la legge è dei suoi rappresentanti. Significa che gli artt. 70, 77, comma 1, e 138 dispongono un trasferimento di sovranità? O non è vero che il sovrano è legislatore e il legislatore è sovrano, oppure, se è vero che la regola della sovranità è la norma del procedimento legislativo, il diritto vigente conferma l'obiezione rousseauiana per cui il popolo rappresentato non è sovrano, il che disintegra il testo costituzionale.

Può replicarsi – e il testo acquietarsi – che il potere legislativo ordinario, quello semplice e normale, nel diritto costituzionale vigente non è sovrano perché non costituisce la legge e il legislatore non è supremo, non è formalmente e materialmente illimitato, perché è soggetto ad altre leggi (civili, tra cui quella 'fondamentale', per dirla con Hobbes) e ha un giudice⁴⁹. Quindi, l'esercizio parlamentare e non popolare della funzione legislativa ordinaria non esclude la sovranità del popolo perché non è atto sovrano. Ma ciò non vale, quantomeno negli stessi termini, per la forma costituzionale di legge, che è il potere legislativo sovrano, ultimo, perché materialmente illimitato, salva la dottrina dei principi supremi, e il cui legislatore, salvo qualche variante formale, è il medesimo. In ogni caso, se anche si opponesse a quella sovranità la dottrina dei principi supremi, non vale per la Costituzione, che fonda e

⁴⁸ Così, nel capitolo «*La porta aperta*» M. CACCIARI, *Icone della Legge*, Milano, 2002, p. 135.

⁴⁹ Che per HOBBS (*Leviatano*, a cura di R. Santi, Milano, 2001, cap. XXIX, 9, p. 529) significa che questo legislatore non è sovrano perché «ponendo le leggi al di sopra del sovrano, pone sopra di lui anche un giudice e un potere che può punirlo e questo significa fare un nuovo sovrano e poi, per lo stesso motivo, un terzo che punisca il secondo e così di continuo all'infinito, con la conseguente confusione e dissoluzione dello stato».

costituisce il potere permanente di fare leggi e che è stata la prima legge parlamentare, deliberata da una Assemblea rappresentativa del popolo presupposto sovrano.

Ancora, si può chiudere la questione constatando che la forma rappresentativa elettiva è ambigua, indecisa, incoerente, perché non c'è mai possibilità tra principio elettivo, che è sempre un po' aristocratico se l'assemblea rappresentativa è di pochi o molti ma non di tutti e principio popolare, che, nella sua purezza, esige l'assemblea di tutti e che quell'assemblea detenga le prerogative sovrane. Insomma, il popolo rappresentato da una persona rappresentativa diversa dal popolo riunito non è mai sovrano.

Ma «una cosa è essere teologo, un altro filosofo, un'altra ancora essere giurista. Questa [...] è una maniera completamente diversa di comprendere il mondo. Il giurista deve legittimare il mondo così com'è: questo principio è alla base dell'intera formazione e concezione dell'ufficio di giurista. È un *clerc*, e non vede il suo compito nel porre il diritto, ma nell'interpretarlo [...]. È un ragionamento difficile da seguire per i teologi e i filosofi; per i giuristi vale sempre il fatto, che finché si possa trovare anche solo una forma giuridica, sia pure con un cavillo, è necessario farlo, altrimenti governa il caos»⁵⁰. Con Schmitt, il giurista è «*katechon*, colui che trattiene, che impedisce al caos di emergere»⁵¹. E qui l'ufficio di giurista positivo onera di verificare se, dentro il testo vigente, possa trovarsi una forma giuridica che escluda il caos, che renda possibile la legge come forma rappresentativa di un popolo che è e rimane il sovrano e, dunque, consenta di elaborare una interpretazione della legge parlamentare coerente con il principio democratico che fonda la Repubblica. Si deve, cioè, poter spiegare – dal punto di vista del governo popolare – la norma ricavabile dagli artt. 70, 77, comma 1, e 138 Cost. che costituiscono, il primo, e presuppongono, gli altri due, come legge il fatto della deliberazione del rappresentante che, per l'art. 1, non è il sovrano e la qualificano come «il valore»⁵².

⁵⁰ Jacob Taubes descrive così l'essere giurista di Carl Schmitt: J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, a cura di E. Stimilli, Macerata, 1996, p. 79.

⁵¹ Ancora J. TAUBES, *La teologia politica di San Paolo*, Milano, 1997, p. 186.

⁵² È la domanda opposta a quella che muove M. TROPER, *Osservazioni sullo statuto del concetto di rappresentanza politica*, in *Filosofia politica*, n. 1/1998, p. 199, secondo cui la teoria della rappresentanza assolve la funzione di giustificare l'esercizio della funzione legislativa, tanto da dire che «la teoria della rappresentanza è semplicemente

3.1. Né trascendenza né immanenza

La spiegazione della norma non può essere la *rappresentazione* teologica, aristocraticamente sciolta, come principio di forma politica, dal principio democratico di identità.

Nella rappresentazione, che accentua la simbolicità e la trascendenza della rappresentanza, il rappresentante è logicamente prioritario rispetto ai rappresentati. Ciò che conta è la capacità di far progredire il popolo nella sua esistenza politica. Il valore è del rappresentante che costituisce l'unità politica e il popolo, che è il "fantasma", l'unità ideale trascendente, assente e invisibile, portata alla presenza, scompare, anzi non compare mai: nella presentificazione/personificazione è identificato, costituito politicamente, dal rappresentante⁵³. Nel mio discorso, la rappresentazione del teologico-politico fonda una teoria trascendente della forma di legge. La deliberazione di legge "vale" perché la rappresentazione politica eccede il rappresentato, lo mette in forma, in qualche modo lo costituisce, ma non lo esaurisce. Rinvia sempre alla produzione di un resto, a un'eccedenza, a un'idea che si presenta solo nell'assenza. La "forma" di legge è l'istituzionalizzazione, la presentazione pubblica, visibile, della verità del Cristo, proclamata dall'autorità presente⁵⁴. La forma rappresentativa è sempre trascendente rispetto alla materia rappresentata.

Ma la dottrina teologico-politica della rappresentazione, che crea dal nulla e costituisce politicamente il rappresentato informe, è inaccettabile per il diritto costituzionale vigente.

Non è *vera* dogmaticamente perché non permette di spiegare il diritto positivo, che all'opposto la contraddice: è, cioè, arbitraria. Nella rappresentanza del popolo sovrano la rappresentanza politica, infatti, non può incorporare un plus-valore dei rappresentanti rispetto ai rap-

un altro aspetto della distinzione delle funzioni, e l'attribuzione della qualità di rappresentante il risultato (e non la chiave) della ripartizione delle competenze».

⁵³ Di «declassamento del rappresentato» nella dottrina schmittiana della rappresentanza discorreva G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, p. 24.

⁵⁴ Nello specifico senso che «la forma è l'essenza del diritto; non è forse l'essenza di ogni cosa? In che misura essa è accresciuta nel diritto? La forma è il diritto stesso, il suo essere *visibile*, esterno, *pubblico*. Ciò che è massimamente formale è la sostanza del diritto»: C. SCHMITT, *Glossario*, a cura di P. Dal Santo, Milano, 2001, p. 332 (enfasi aggiunta).

presentati, perché i primi non possono esercitare più potere di quello che la logica democratica del rapporto tra governanti e governati giustifica. Se ne deduce che la forma rappresentativa del popolo, che è il valore, non può essere la forma trascendente del teologico-politico: se il popolo che deve essere rappresentato è il soggetto sovrano secondo l'art. 1, non è un non essere né un essere in-forme che attende il suo demiurgo. Per essere tale, deve *esistere*, deve essere, già, originariamente, nella sua concreta immanenza, forma politica o, comunque sia, deve essere in grado di agire politicamente prima della rappresentazione in forma parlamentare, al di fuori del punto di vista rappresentativo della "persona". Se il rappresentato non preesistesse politicamente al rappresentante, se il popolo non fosse già una persona rappresentativa della moltitudine, se la forma politica gli fosse miracolosamente conferita dal rappresentante della teologia politica che lo crea con la sua azione rappresentativa *ex nihilo*, non ci sarebbe chi rappresentare, raffigurare e non sarebbe sovrano il popolo rappresentato⁵⁵. Al contrario, sia il primo popolo sovrano, quello presupposto dalla Costituzione, sia il popolo sovrano costituito, posto dalla Costituzione, non sono né una moltitudine informe e abissale né un'idea. Il popolo costituente e costituito, fatto di uomini in carne ed ossa, esiste e vuole: la sua volontà è almeno l'elezione dei rappresentanti politici che deliberano. Preesiste come soggetto concreto, reale, almeno socio-economico, seppure la sua unità politica o, in ogni caso, la specie e la forma di quell'unità non esistono in natura. A conferma, la Costituzione attribuisce al popolo, prima della rappresentanza parlamentare, il potere di organizzarsi in partiti politici e di eleggere l'assemblea rappresentativa, che sono atti già politici⁵⁶. Né la molteplicità degli uomini, concreti, socialmente dif-

⁵⁵ Sul punto P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Torino, 2018, pp. 10 ss. V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 156, nota 6, intendeva il popolo rappresentato come «insieme dei *cittadini* viventi» (il corsivo è aggiunto). Sulla relazione tra gli individui e il popolo come soggetto unitario nella dogmatica costituzionale si veda il dibattito che più di recente ha occupato, ai lati opposti delle "barricate", G. GEMMA, *Popolo: Moltitudine che non esiste come soggetto politico*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2018, pp. 85 ss.; da ultimo, ID., *Il popolo non esiste, la democrazia invece sì!*, in *laCostituzione.info*, 17 novembre 2021 e A. RUGGERI, *Il popolo soggetto politico inesistente? (Dialogando con Gladio Gemma su una questione di cruciale rilievo teorico)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022.

⁵⁶ Il popolo costituito ha altri poteri, quali quello di presentare la proposta di un progetto di legge, di abrogare le leggi e di approvare deliberazioni legislative del

ferenti, può essere presupposta dal diritto costituzionale vigente come mera condizione naturale, economica, irrelata rispetto alla dimensione politica, perché anche in questo caso non vi sarebbe evoluzione dall'una all'altra ma costruzione dall'"alto" della seconda. Cambierebbe il soggetto della sovranità. Solo se pre-esiste in una qualche forma politica il popolo che agisce collettivamente, questi può decidere o deliberare e, comunque, costituire intenzionalmente lo Stato. Il popolo sovrano non può essere totalmente costruito, prodotto, dall'eccedenza della rappresentanza politica. Non è la rappresentazione di un'Idea o di un essere di "specie particolare", che sarebbe spirito e non corpo, ma – contro Schmitt – di uomini in carne ed ossa. Il problema è stabilire ciò che di politico, di forma e di ordine, c'è prima e dopo la rappresentanza parlamentare e come si forma quella politicità, ma tra il primo e il dopo c'è continuità, non cesura. Il popolo ha naturalmente, esistenzialmente, una qualche forma politica, di cui la decisione o meglio la deliberazione del rappresentante, che è dal popolo autorizzato, riconosciuto e accettato, determina – riconvertendo Schmitt – la specie e la forma.

Ma se la rappresentanza teologico-politica non include il diritto positivo non è neppure *valida* teoricamente: lo sarebbe, infatti, solo se includesse e spiegasse tutte le ipotesi. Ed è più che probabile che la teologia politica non spieghi scientificamente nulla. È un pensiero critico, che scava sotto la superficie della autorappresentazione e della autolegittimazione della modernità, ma rinvia sempre – tanto se declinata come teologizzazione del politico, quanto come politicizzazione del teologico, quanto ancora come analogia strutturale tra teologia e concetti giuridici e politici – ad un fondo originario inafferrabile, inspiegato ed inspiegabile, insondabile, perché Dio è inconoscibile

Al contempo, però, la forma rappresentativa di legge del diritto costituzionale positivo non può validamente attingere, al lato opposto della rappresentazione teologica, «simbolica» e indipendente, al valore del rappresentato della rappresentanza-specchio, della rappresentanza «descrittiva», mimesi del popolo rappresentato⁵⁷. È la concezione che

rappresentante. Qui, però, pare trattarsi di un agire politico già mediato dalla forma rappresentativa parlamentare, che il popolo è chiamato a proporre, opporre o confermare, ma che per ciò stesso è sempre presupposta. Nel testo costituzionale, d'altronde, la sovranità del popolo convive con la sovranità dello Stato, ricavabile dalla lettera dell'art. 11.

⁵⁷ La dualità tra gli idealtipi è in H.F. PITKIN, *Il concetto di rappresentanza*, Soveria Mannelli, 2017, *passim*, declinati come «rappresentanza/posizione d'autorità che

sorregge il governo rappresentativo e democratico della rappresentanza elettiva e che presuppone un popolo che preesiste. La forma rappresentativa di legge è il valore perché è rispecchiamento del popolo, che è *auto-nomo*, appunto, perché si dà la legge⁵⁸. È forma mimetica e non costitutiva.

Ma la legge è, secondo l'art. 70, atto dell'Assemblea rappresentativa e non del popolo e l'art. 77, comma 1, pone quale condizione dell'*equi-valenza* tra decreto del Governo e legge l'autorizzazione con deliberazione parlamentare e non popolare. Il che è esattamente la ragione dello iato tra il governo repubblicano/rappresentativo e il governo popolare. Non significa che la forma rappresentativa di legge, deliberata da rappresentanti liberi dell'art. 67, non sia democratica o sia un inganno. È la tesi kelseniana: la volontà del rappresentante non può valere *come* volontà del popolo rappresentato, perché, con l'introduzione del libero mandato, che è una *contradictio in adjecto*, il primo è giuridicamente indipendente dal popolo che lo elegge e perché «non esiste affatto una volontà del popolo in senso giuridico e, oltre a ciò, una volontà unitaria del popolo è una chimera»⁵⁹ o, detto altrimenti, «il popolo nel suo complesso è muto»⁶⁰. L'esito è che la rappresentanza parlamentare, laddove imputa al popolo la volontà del Parlamento, è una «finzione»

rende possibile al popolo agire politicamente» e «rappresentanza/rispecchiamento del popolo» da M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015, pp. 277 ss.; ID., *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2014, pp. 7 ss. Simile la polarità descritta da M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999.

⁵⁸ Per tutti, il valore di legge è stato contenutisticamente ricostruito come proiezione della rappresentanza politica elettiva nel sistema delle fonti del diritto, ovvero il valore è stato pensato come primarietà della fonte fondata in Costituzione e la primarietà fondata, giustificata, sulla rappresentanza elettiva del popolo sovrano, da L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, pp. 1 ss. La crisi della rappresentanza così intesa è divenuta, appunto, crisi (del valore) di legge.

⁵⁹ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 793. L'idea dell'«indipendenza giuridica» del Parlamento dal popolo è anche in ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. S. Cotta e G. Treves, Milano, 1963, pp. 293 ss.

⁶⁰ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 701. Realisticamente, ID., *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna, 1995, p. 194, nota che «non si può negare che il popolo, come massa di individui di differenti livelli economici e culturali, non ha una volontà uniforme, che solo l'individuo possiede un volere reale e che la cosiddetta "volontà popolare" è un modo di dire figurato e non una realtà».

che occulta lo sganciamento del Parlamento dal popolo e così svela la finzione della sovranità popolare⁶¹, «una maschera totemica»⁶².

Dalla parte del governo popolare, può sembrare che la rappresentanza libera della nazione non sia democratica perché, come la rappresentazione della teologia, ricorre alla simbologia. L'art. 67, se non prescrive il divieto di mandato, comporta l'assenza di istruzioni e comandi imperativi e, comunque, l'irrevocabilità del rappresentante prima della scadenza del mandato⁶³. In virtù del libero mandato, il Parlamento rappresenta la nazione/popolo nella separazione/indipendenza governanti-governati: dipende organicamente dal corpo elettorale, attraverso le elezioni, ma ne è funzionalmente indipendente⁶⁴. La volontà non è del popolo ma di un altro. La si può anche imputare al popolo, ma la persona collettiva è immaginata, pensata, dal rappresentante che, quindi, non può da quella essere vincolato. Potrebbe allora pensarsi che, esclusa l'identità pura, l'unica rappresentanza compatibile con il governo popolare sia quella con mandato imperativo dei committenti, che sottomette i rappresentanti a una collettività costituita, concreta e rende invalido l'atto che viola il mandato. Quindi, la forma rappresentativa di legge dell'art. 70 sarebbe aristocratica.

A difesa della democraticità della forma rappresentativa, però, vale che il libero mandato è pur sempre un mandato, una forma di vincolo, la cui violazione, se non invalida l'atto, determina responsabilità. In ogni caso, il popolo riunito ha una volontà minima: vuole eleggere rap-

⁶¹ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 696. E per ID., *Il concetto di finzione e l'oggetto della conoscenza scientifica del diritto* (1919), in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello Spirito*, Napoli, 1988, pp. 235 ss., la finzione non pertiene alla scienza giuridica, in quanto la finzione serve a conoscere la "realtà", mentre il diritto come *Sollen* è già esso stesso l'unica realtà del diritto e della scienza giuridica.

⁶² H. KELSEN, *La democrazia e Il problema del parlamentarismo*, in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, pp. 24-5 e 179.

⁶³ Secondo la lettura minimale dell'art. 67 proposta da tempo da N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991, pp. 328 ss. Distingue, invece, logicamente la revoca dal mandato imperativo, poiché la revoca è, piuttosto, uguale e contraria alla nomina e, anzi, quando c'è un mandato imperativo non c'è alcun bisogno della revoca, P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, cit., pp. 92 ss. e ID., *La rappresentanza democratica e aristocratica*, Modena, 2021, pp. 46 ss.

⁶⁴ P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico, B. Randazzo, Milano, 2011, pp. 1459-60.

presentanti che deliberano, meglio ai quali ha delegato il potere deliberativo. Il mandato libero non esclude, quindi, la pre-esistenza politica del popolo perché se c'è elezione c'è un popolo concreto che vuole o, per lo meno, sceglie quando elegge. Semplificando, se c'è elezione, c'è una dipendenza strutturale tra rappresentato e rappresentante, perché c'è "qualcuno" che preesiste al rappresentante e gli sopravvive. Ma, soprattutto, nel caso di mandato imperativo, procuratorio, i rappresentanti non deliberano nulla, non vogliono nulla per la città, ma comunicano, trasmettono meccanicamente, istruzioni, volontà singole, particolari, preformate di individui concreti o comunità costituite: sono i portatori o trasmettitori di voti o corrieri politici di Sieyes o i «servitori amministrativi del processo di produzione», come scrive Schmitt a proposito del sistema proletario dei consigli⁶⁵. Al più "amministrano", seguono l'ordine delle cose, ma non pongono diritto⁶⁶. Ma è nell'ordine attuale, nell'ordine giuridico medievale, che la *lex* conosce ed interpreta l'ordine preesistente. È allora inutile per salvare la rappresentanza moderna di un governo in cui il Parlamento è l'organo permanente che fa le leggi per la città, che "delibera", secondo la lettera dell'art. 64, sul e per il popolo. Se l'organo che fa le leggi è portatore di un mandato comunica la volontà individua, particolare, esistente ed esegue l'incarico, ma non è organo *de-liberante*, a cui pertiene, nell'etimo, una libertà di scelta o, se derivato da *libra*, il pesare, bilanciare, le ragioni. Se c'è un mandato imperativo, vincolato, la deliberazione avviene altrove o meglio non avviene. È incoerente con la regola che il «valore» (della forma) di legge è un atto deliberativo voluto da rappre-

⁶⁵ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. Galli, Bologna, 2010, p. 53.

⁶⁶ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Torino, 2009, pp. 273-4, seppure nel contesto di una critica radicale alla rappresentanza politica e, più esattamente, alla mediazione rappresentativa, che le appare già al tempo della Convenzione americana un dilemma senza soluzione, stretta come è nell'alternativa fra «la rappresentanza come governo, controllato dal popolo, dei rappresentanti dei cittadini sul popolo», il cui esito conservatore è l'esclusione dei cittadini dalla sfera pubblica e «la rappresentanza come semplice sostituto dell'azione diretta del popolo», nota che in questo secondo caso «il governo degenera in semplice *amministrazione*, lo spazio pubblico scompare: non v'è più spazio [...] né per discutere e decidere [...]: gli affari politici sono quelli destinati per necessità a essere decisi da esperti, ma non sono aperti alle opinioni e a una vera scelta: perciò non c'è alcun bisogno di quel "corpo scelto di cittadini" di Madison il quale dovrebbe filtrare e decantare le opinioni in opinioni pubbliche» (il corsivo è aggiunto).

sentanti eletti. Non giustifica, quindi, l'esercizio della funzione deliberativa da parte del Parlamento nel diritto vigente.

La spiegazione della forma rappresentativa di legge dal punto di vista del governo popolare passa da uno spostamento: la messa in questione che la rappresentanza parlamentare sia un mezzo per la formazione della volontà del popolo sovrano. Aveva ragione Rousseau che la volontà – e con essa l'azione – non si può rappresentare: o è la propria o è quella di un altro. La forma di legge, deliberata dai rappresentanti eletti, non riflette la volontà del popolo assente, ma ciò non significa che la volontà parlamentare, la sua rappresentatività, sia una finzione, una menzogna, un inganno, un mistero o un dilemma. La volontà collettiva del Parlamento è reale e non falsa e può giustificare democraticamente che la forma rappresentativa di legge è il «valore».

La volontà è una capacità individuale e non collettiva, è propria di ciascun uomo e non di una comunità. Esistono naturalmente uomini concreti che hanno, ciascuno, (ragione e) volontà, ma in natura non esiste la volontà del popolo come unità, come volontà naturale del popolo riunito. Le comunità umane non hanno volontà, ma agiscono e deliberano unitariamente sulla base di regole accettate e riconosciute pubblicamente dagli uomini che compongono quella stessa comunità. Sono quelle regole che costituiscono la sua volontà e, quindi, costituiscono il popolo giuridicamente: e le regole sono artificiali, perché poste, ma non sono finte, sono reali, come sono reali tutti i fatti sociali. E proprio perché il popolo esiste in virtù di una regola costitutiva che stabilisce come agisce collettivamente, proprio perché il popolo non esiste naturalmente, c'è sempre un fatto al quale è attribuito o riconosciuto il valore rappresentativo di azione comunitaria: è l'azione di qualcuno, di un uomo o di un'assemblea, che vale come azione di tutti. Non ha, dunque, senso interrogarsi sulla corrispondenza, sulla coincidenza, tra la volontà dei rappresentanti e quella del popolo, perché la volontà del popolo come unità non esiste in natura e come tale non può essere né riprodotta né tradita⁶⁷. Solo se si naturalizza la volontà

⁶⁷ Anche H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, cit., pp. 58-9, muove dal presupposto che "esistono" le volontà degli individui e non la volontà del popolo, che può darsi solo come «dato giuridico», ma la giuridicità della volontà del popolo è intesa come «unità normativa», come «la sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale in cui si costituisce [...] l'unità dei molteplici atti umani, la quale rappresenta il popolo come elemento dello Stato». In una, dice che il popolo, come lo Stato, è l'ordinamento giuridico cui è assoggettato.

del popolo, solo se la si ipostatizza come la volontà di un macro-antropo, si è costretti a ricorrere alla finzione.

Se non esiste una volontà collettiva originaria del popolo sovrano che debba essere realizzata, attuata, rispecchiata, esistono, però, le volontà degli uomini, persone naturali, che autorizzano il rappresentante e si costituiscono come popolo autorizzando il medesimo rappresentante. La volontà del rappresentante è costituita artificialmente come volontà di tutti dalla regola – accettata dagli uomini (naturali) che compongono quella collettività – secondo cui deliberano nell’interesse generale i rappresentanti del popolo, in qualunque modo essi siano scelti. La regola attribuisce, cioè, all’intenzionalità e alle volontà (naturali) di alcuni uomini membri dell’associazione il “valore” rappresentativo dell’intera comunità. Quando, poi, il rappresentante è un’assemblea, un soggetto collettivo, la volontà della maggior parte è tenuta per – è istituita, attraverso la volontà di ciascuno, come – la volontà di tutti, ma non è la volontà di tutti che non si può mai costituire come una volontà, perché sarà sempre e solo la somma delle volontà naturali di ciascuno, quindi, di volontà particolari, che non mutano la loro natura per la sola ragione che si sommano. Più precisamente, la volontà dei rappresentanti, che a sua volta è la volontà della maggior parte di loro ove riuniti in una assemblea, ossia di una parte, è tenuta *come* la volontà di tutti proprio perché non è la volontà di tutti. Non vi è contrapposizione tra l’una e l’altra, perché la prima è l’unica forma di espressione di un volere unitario del soggetto collettivo⁶⁸. Ciò a ben vedere avviene anche quando la deliberazione spetta all’assemblea popolare: essa è sempre «una decisione della maggior parte dell’assemblea. Sicché anche in questo caso la volontà della maggior parte degli uomini del popolo riunito vale come decisione dell’intero popolo, cioè è simbolica o rappresentativa, e i rappresentati non coincidono con i rappresen-

Quindi, non è una teoria utile per giustificare il governo rappresentativo e democratico.

⁶⁸ Già S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell’amministrazione italiana*, vol. I, IV, 1902, pp. 8-9, escludeva che l’atto di un organo collegiale, quale è il Parlamento, fosse espressione di «una volontà psicologicamente unica»: è, invece, «il concorso di molteplici volontà individuali» che sono costituite in volontà dell’organo collegiale da «una regola di diritto», che, definendone il potere, lo limita. Da lì Romano argomenta la pensabilità di limiti giuridici alla legge, quale atto collettivo e complesso.

tanti»⁶⁹. Quindi, il popolo esiste sempre rappresentativamente ovvero anche il governo popolare è rappresentativo, come ogni forma politica.

Per la stessa ragione non può rappresentarsi il giudizio, la ragione, l'opinione, del popolo: il giudizio, come la volontà, è del singolo uomo e non del popolo immaginato come un gigantesco uomo che tutti comprende. Il che, però, non significa che il Parlamento non rappresenta le opinioni del popolo perché nel sistema rappresentativo «le opinioni dei cittadini non possono essere accertate per la buona ragione che non esistono. Le opinioni si formano in un processo di discussione aperta e di pubblico dibattito e, là dove non esiste alcuna possibilità che si formino le opinioni, possono esistere stati d'animo [...] ma non può esistere l'opinione»⁷⁰. I cittadini – e, persino, gli uomini in carne ed ossa – possono avere opinioni, più o meno formate, più o meno ragionate. Ma il Parlamento non può rappresentare le opinioni dei singoli individui, perché sono puntiformi, né può rappresentare l'opinione del popolo al singolare, come unità, perché non esiste. Il popolo che elegge i suoi rappresentanti, però, accetta che la deliberazione parlamentare unitaria tenga luogo delle sue molteplici ragioni.

Insomma, la forma rappresentativa è una regola giuridica, accettata dagli uomini che compongono il popolo e che, meglio, costituiscono un popolo proprio perché autorizzano la stessa forma rappresentativa. In questo preciso senso la forma rappresentativa di legge è costituita quale «valore» dal diritto, dalla norma che costituisce la deliberazione parlamentare come legge e il popolo rappresentato non esprime contenuti, sostanze determinate, ma accetta la forma del legame sociale, la regola di chi è legislatore e di che cosa è legge. Il popolo, riconoscendo e accettando la regola della persona rappresentativa, vuole la forma rappresentativa di legge che lo costituisce come unità politica. E la legge è la forma della volontà rappresentativa che, deontologicamente, vale come quella del rappresentato, ne è, appunto, il “valore”.

Ma, contro Kelsen, tutto questo non è un argomento contro il parlamentarismo: la volontà del Parlamento “vale” realmente come volontà del popolo, perché gli uomini che eleggono (autorizzano, rico-

⁶⁹ L'argomento è tratto da P. PINNA, *La rappresentanza democratica e aristocratica*, cit., p. 14, cui si riferisce il virgolettato e ID., *La rappresentanza fra realtà naturale e artificiale*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, pp. 347 ss., il quale così dimostra che la rappresentanza non è una forma politica: tutte le organizzazioni umane agiscono rappresentativamente.

⁷⁰ Come argomentava, un poco elitisticamente, H. ARENDT, *op. cit.*, pp. 311-2.

noscono, etc.) i rappresentanti accettano la regola deliberativa e fanno propria la volontà del rappresentante che li costituisce come popolo. Imputare al popolo la volontà del Parlamento non è una finzione, non è un fatto immaginario considerato come reale e men che meno una falsità. L'impressione è che Kelsen scambi per finzione la funzione (costitutiva) del diritto. Il diritto è innaturale, perché è sempre artificio, qualificazione e costruzione. Il diritto fa sì che qualcosa conti come qualcosa. Ma quel qualcosa è reale e non immaginato, finto o ideale. La legislazione rappresentativa del popolo non è una finzione: è una deliberazione reale di una assemblea di uomini la cui volontà ha valore rappresentativo dell'intera comunità. Il popolo è presente, ma nell'unica forma – quella rappresentativa – in cui esistono e agiscono le organizzazioni umane. Gli uomini, come la moltitudine hobbesiana che individua chi è il rappresentante, hanno trovato, voluto, un punto di coincidenza formale sulla necessità che la loro persona sia “sostenuta” da un'Assemblea rappresentativa elettiva che delibera a maggioranza nell'interesse generale. In questa misura, la forma rappresentativa del popolo è artificiale, perché è costituita dal diritto, ma non è ingannevole. In questa stessa misura, evoca il simbolismo del politico, ma – a differenza della trascendenza del teologico-politico – nell'esclusivo senso che “valorizza” qualcosa che è al di là di sé ma che è immanente, l'interesse comune che include tutti gli individui che compongono la comunità e che, dunque, trascende (solo) la parte che delibera.

E la parte può essere (stare per) il tutto in nome di ciò che c'è di comune, di imparziale, tra le molteplici volontà particolari, in nome della volontà generale che è la mia volontà in quanto è la volontà di chiunque. L'ideale regolativo è la deliberazione a maggioranza per la città e non per la fazione e quell'ideale è teoricamente sostenuto dalla compatibilità tra politicità e rappresentazione della città o del popolo e non di una o più fazioni⁷¹. Non si nega, contro il principio di realtà, che la deliberazione politica sull'interesse comune sia presa da chi è parte, fazione, da chi ne può trarre giovamento e che sia in senso proprio partigiana. Non vi sono, però, ragioni teoriche per negare, in prospettiva teleologica e normativa, il dover essere della decisione rappresentativa

⁷¹ La compatibilità tra politicità e imparzialità vive nella politica come *politéia*, contro la *stasiotéia*, conflitto tra fazioni e potenza prevaricante, su cui basti P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, pp. 10-1.

come unità, come decisione di una parte ma orientata alla rappresentazione dell'universale comunitario⁷². Anzi, è attraverso la mediazione espressiva del rappresentante che viene per la prima volta ad emersione il significato comunitario, che, però, la collettività stessa assume come se l'avesse già da sempre posseduto in sé in potenza, tanto che vi si "riconosce", configurandosi e costituendosi come comunità. Dunque, i parlamentari eletti a suffragio universale e diretto dai cittadini rappresentano il popolo come un tutto, una unità e perciò sono legislatori. Sovrapporre o contrapporre a questo dato di diritto positivo un modello teorico di governo popolare o rappresentativo o altri modelli è sbagliato. Sono teorie incomplete perché non comprendono tra le forme democratiche le costituzioni che prevedono la rappresentanza parlamentare del popolo.

Se così è, però, alla fine, la rappresentanza è la costituzione dei singoli individui che preesistono e autorizzano il rappresentante in un popolo e, quindi, è sempre formazione di unità politica. Rendere presente un popolo sovrano e stabilire l'interesse comunitario è, cioè, un procedimento artificiale che, biunivocamente, muove dall'*esistenza* molteplice di uomini in carne ed ossa – che, previa la mediazione dei partiti politici, eleggono rappresentanti politici – per determinare *normativamente*, dopo l'elezione, ciò che unisce quegli uomini, ciò che li rende *un* popolo e, quindi, modificarne, con movimento inverso, l'esistenza. E la forma di legge è la deliberazione maggioritaria dei rappresentanti eletti democraticamente che dà forma unitaria al popolo e, in quella misura, lo costituisce come unità politica perché stabilisce, determina, ciò che è bene comune e, per questo, vincola tutti.

Abbiamo dimostrato che il governo popolare è rappresentativo, che, quindi, la forma rappresentativa di legge è propria di un governo popolare e che, dogmaticamente, gli artt. 67 e 70 sono coerenti con l'art. 1, comma 2. Ma allora la elusione della forma rappresentativa di legge è segno di de-democratizzazione: poiché il popolo sovrano della Costituzione agisce rappresentativamente, la violazione della specifica forma rappresentativa autorizzata da quel medesimo popolo ne lede la sovranità⁷³.

⁷² Non significa che questo accada nella realtà: paiono sufficienti le sconolate ma non arrendevoli considerazioni sul tradimento dell'interesse generale, debitorici degli studi di Gianni Ferrara, di F. BILANCIA, *La legge e l'interesse generale: un paradigma per un'etica costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2005.

⁷³ Da qui potrebbe revocarsi in dubbio la solidità dell'argomento adoperato da

4. La discussione pubblica

La forma rappresentativa e democratica della legge stabilita dalla regola costitutiva dell'art. 70 determina le regole regolative della formazione della deliberazione legislativa. Perciò la violazione o svalutazione di queste partecipa del medesimo significato della elusione della regola costitutiva di legge⁷⁴.

Poiché il rappresentante democratico non è Uno, bensì molti, la sua volontà non esiste in natura. È reale e non finta ma è creata artificialmente: ha bisogno di regole che stabiliscono le specifiche modalità della deliberazione. Così i rappresentanti sono un'unità, *un* rappresentante, una *persona*.

Le regole minime di formazione della legge parlamentare sono le seguenti. Dall'art. 64, comma 3, si trae la regola della "deliberazione" – e non della "decisione" – a maggioranza – che vincola tutti – di ciò che è il bene comune. Dall'art. 72, si ricava la regola generale della discussione in Assemblea del progetto/disegno di legge secondo la forma del primo comma, con il previo esame in Commissione e con l'approvazione articolo per articolo, prima della votazione finale e la eccezionalità dei "casi" dei commi 2 e 3, che, comunque, non escludono che valga anche per i procedimenti speciali la regola dell'approvazione articolo per articolo di cui al comma 1. La limitazione alle sole leggi del comma 4 dei casi in cui sono obbligatori l'esame e l'approvazione in Assemblea non esclude l'eccezionalità delle altre procedure, ma all'opposto la conferma: presuppone, infatti, che quella del primo comma sia la «procedura normale». Così come non esclude la facoltà per i regolamenti parlamentari di imporre il metodo assembleare per casi ulteriori. Dall'art. 64, comma 2 e dall'art. 72, comma 3, si deduce la regola della pubblicità, rispettivamente, delle sedute e, almeno, dei lavori per le Commissioni in sede deliberante, le cui sedute non godono della garanzia costituzionale della pubblicità. Si comprende il senso della

Corte cost., ord. n. 277 del 2017, ove il giudice costituzionale ha ritenuto che la posizione della questione di fiducia nel procedimento legislativo non può ledere «la libertà di voto e la sovranità dei cittadini tutti» ma semmai le «attribuzioni costituzionali dei membri del Parlamento, che rappresentano la Nazione senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.)».

⁷⁴ È la prospettiva che dal modo del procedimento legislativo trae la «decadenza del valore e della forza della legge» fin da S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Diritto e società*, 1983, p. 726.

de-quotazione della forma deliberativa se si comprende il significato della regola deliberativa di maggioranza e della discussione pubblica nel parlamentarismo.

La regola di maggioranza è ciò che fonda teoricamente la possibilità della stessa forma rappresentativa nel governo popolare perché sostiene l'identificazione del valore di legge con una forma e non con un contenuto: è un vuoto di forma. Ciò che fonda la vincolatività per tutti di quello che è approvato a maggioranza è, infatti, come soglia minima, l'accettazione della forma della deliberazione, un accordo procedurale tra maggioranza e minoranza sulla modalità della deliberazione parlamentare: il compromesso è sulla forma. Ma questo implica che le deliberazioni della maggioranza dei componenti delle assemblee rappresentative presuppongono sempre l'esistenza di una minoranza o meglio un diritto, un titolo giuridico, all'esistenza di una minoranza. Il principio maggioritario è concettualmente impossibile senza l'esistenza di una minoranza: con il che «il diritto della maggioranza presuppone il diritto all'esistenza di una minoranza»⁷⁵. Quindi, tutte le prassi, le interpretazioni e le norme regolamentari – che sono sempre deliberazioni a maggioranza (assoluta) – che mutilano la dialettica parlamentare e mettono così in discussione l'agire parlamentare delle minoranze mettono in questione in fondo l'esistenza stessa della maggioranza.

Le regole, generali, della discussione e della pubblicità della deliberazione di un governo popolare e rappresentativo vanno lette assieme. La discussione presuppone che l'interesse comunitario deliberato in forma legislativa sia il risultato (e non il presupposto) della deliberazione a maggioranza, che è la forma presupposta. E poiché il bene che unisce tutti non esiste in natura, non è un dato da scoprire, ma da creare, da determinare, la procedura esige una pratica deliberativa complessa, che ricerca la sua giustificazione nella contesa per la rappresentazione del bene comune. A seguire, il valore (della forma) di legge dice che la ragione pubblica della deliberazione legislativa, nel diritto vigente, è procedimentale e non materiale. La pubblicità della rappresentanza, la *Öffentlichkeit* di cui discorre Schmitt⁷⁶, è, invece, segno della democratizzazione del parlamentarismo perché è segno della presenza del popolo nella rappresentanza parlamentare: esclude l'aristocratizzazione della rappresentanza, la condizione di uno Stato senza popolo, senza

⁷⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 101.

⁷⁶ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 274.

l'esistenza politica di un popolo. Ma questa pubblicità presuppone, a sua volta, il procedimento dialettico di formazione della volontà parlamentare, il dire e contraddire. Deve, cioè, mettersi in pubblico un dibattito tra "ragioni", una discussione, una *deliberazione* e non una mera *decisione*. Possono aversi, cioè, sedute pubbliche, ma decisioni private: rendere immediata la presenza del popolo non rende *pubblica* la procedura parlamentare nella sfera del politico. In una, il Parlamento è una comunità di discorso e il discorso che esige la procedura parlamentare è il pubblico dibattito.

È una dottrina utile per interpretare il diritto costituzionale vigente la difesa delle assemblee di rappresentanti che parlamentano di Sieyes. Lì la rappresentanza, dipendente dalla nazione che commissiona l'affare ma con libertà di parola e di opinione nei limiti del mandato ricevuto, richiede causalmente una assemblea incaricata dai committenti di «proporre, discutere, deliberare e statuire»⁷⁷. La discussione, «la necessità del confronto delle opinioni», serve per capire «che cosa prescrive l'interesse generale» e «ciò che appare un tramestio, una confusione che tutto oscura, è un indispensabile preliminarare alla luce. Occorre lasciare che tutti questi interessi particolari incalzino, urtino gli uni con gli altri, si lascino prendere dalla passione dell'argomento e la indirizzino, ognuno secondo le proprie forze, verso il fine che si propongono di raggiungere»⁷⁸. Schmitt individua la causa della rappresentanza e, quindi, della deliberazione nell'assenza di omogeneità sostanziale. «Dove tutto concorda, la decisione deve prodursi da sé senza discussioni e senza contrasti di interessi essenziali, poiché tutti vogliono la stessa cosa»⁷⁹. Se vi fosse omogeneità sostanziale vi sarebbe l'immediata datità, l'identità. E «il popolo stesso non può discutere [...] esso può solo acclamare, scegliere e dire sì o no alle questioni che gli sono poste»⁸⁰. La procedura rappresentativa serve, invece, per costituire l'unità politica quando serve la «mediazione»⁸¹, quando il popolo non può agire politicamente nella sua immediata identità. Quando *rappresenta*

⁷⁷ J.-E. SIEYES, *Deliberazioni da prendere alle assemblee di baliaggio*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, Milano, 1993, pp. 327-9.

⁷⁸ J.-E. SIEYES, *Osservazioni sui poteri e sui mezzi di cui i rappresentanti della Francia potranno disporre nel 1789*, *ivi*, p. 166.

⁷⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 284.

⁸⁰ *Ivi*, p. 415.

⁸¹ *Ivi*, p. 284. Si potrebbe pensare di porre a confronto la "mediazione" di cui

veramente, il Parlamento è il luogo di una «pubblica discussione» delle opinioni politiche e di «una pubblica deliberazione»⁸². A metà tra il popolo immediatamente presente a sé stesso in quanto unità politica e la rappresentanza assoluta, vi è il Parlamento che trova «nella discussione pubblica la verità razionale e la giusta norma. La discussione è l'umano, il pacifico, il progressivo»⁸³. Non è «trattazione commerciale» o «calcoli»⁸⁴. È quando il governo «per mezzo della discussione» cede al calcolo, alla “trattative”, alla rappresentanza di diritto privato e diviene vuoto simulacro che attira la critica schmittiana⁸⁵.

Prova che la discussione è sempre e necessariamente *rappresentativa* l'avversione di Rousseau al principio del discorso, alla parola. È vero che per Rousseau la volontà generale, che non è l'unanimità, perché anche «una volontà di tutti», se «somma di volontà particolari»⁸⁶, non è volontà generale, è una procedura inclusiva e non esclusiva o immunitativa, è una forma che garantisce condizioni di uguaglianza e reciprocità. È una forma di decisione in cui «è necessario che si tenga conto di tutti i voti; ogni esclusione formale rompe la generalità»⁸⁷: la generalità della legge è la generalità della sua forma, di una procedura di decisione collettiva di tutto il popolo riunito in Assemblea. Ma è anche una decisione che esige che, «eliminate da queste medesime volontà [particolari] il più e il meno che si elidono e come somma delle differenze resta la volontà generale»⁸⁸. I più e i meno che vanno sottratti dalle volontà particolari sono le pretese reciprocamente escludenti, le grandi differenze, che, come tali, violano il patto di alienazione totale di ciascun associato a tutta la comunità⁸⁹: da quella sottrazione residua

discorre Schmitt con il “compromesso” kelseniano. Ma le questioni che così si solleverebbero meriterebbero uno studio autonomo.

⁸² *Ivi*, p. 416.

⁸³ *Ivi*, p. 415.

⁸⁴ *Ivi*, p. 420.

⁸⁵ C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Torino, 2004, p. 46: «Se per motivi pratici e tecnici, invece del popolo decidono uomini di fiducia del popolo, certamente può decidere in nome dello stesso popolo anche un singolo uomo di fiducia, e l'argomentazione giustificerebbe, senza smettere di essere democratica, un cesarismo antiparlamentare».

⁸⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, L. II, cap. 2, a cura di T. Magri, Roma-Bari, 1992, p. 93.

⁸⁷ *Ivi*, p. 91, nota 54.

⁸⁸ *Ivi*, p. 93.

⁸⁹ Secondo la lettura di questo passo del *Contrat social* del curatore M. HALBWA-

ciò che è comune agli (e condiviso tra gli) uomini, le piccole differenze, armonizzabili, che possono sommarsi⁹⁰. E la volontà è materialmente generale, «nel proprio oggetto come nella sua propria essenza, che deve partire da tutti per applicarsi a tutti»⁹¹, perché è deliberata con quella procedura. La forma e il contenuto si indeterminano. La volontà generale è la mia volontà in quanto è la volontà di chiunque: voto per me stesso votando per tutti. È la connessione, l'intersezione, tra interesse individuale e imparzialità, tra auto-interesse e interessi condivisi: è una procedura equa e imparziale. Ma – e questo è lo scarto rispetto al deliberativismo dialogico contemporaneo – ciò che è «interesse comune», che unisce tutti e che ha reso necessaria la costituzione della società, non può essere creato, non può essere voluto, ma solo conosciuto e dichiarato: il «bene comune» è l'interesse di ciascuno che ha reso possibile il patto sociale, quindi, preesiste alla deliberazione ed è presupposto dalla volontà generale. Se ne ricava che la legge è giusta perché riconosce, registra, la volontà generale⁹². E proprio perché la volontà generale è scoperta e non voluta, nella formazione della legge l'«opinione» della maggioranza dei suffragi, che è una norma prevista

CHS, Paris, 1943, p. 149, condivisa da T. MAGRI, *Introduzione*, in J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., pp. 30-1. La fecondità di questo pensiero è evidente: tradotto nei termini del discorso costituzionalistico contemporaneo, significa che la volontà generale è il diritto all'eguale trattamento dell'altro, in condizioni di reciprocità, escluse solo le concezioni del bene escludenti e totalizzanti, i conflitti di fedeltà, e così via. Interpreta, invece, il passo come la lotta, l'opposizione, tra interesse/volontà particolare e generale, nella forma della «ribellione» di ogni cittadino «contro sé stesso nella propria particolarità», in modo tale da «suscitare dentro di sé il proprio antagonista, la volontà generale» H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, cit., p. 83. La prima interpretazione apre ad una lettura del *Contratto* compatibile, grossomodo, con il liberalismo, la seconda no.

⁹⁰ Questa conclusione è coerente con l'*incipit* del Libro secondo: «se è stato il contrasto degli interessi privati a rendere necessaria l'istituzione della società, è stato l'accordo dei medesimi interessi a renderla possibile. Il legame sociale risulta da ciò che in questi interessi differenti c'è di comune, e, se non ci fosse qualche punto su cui tutti gl'interessi si accordano, la società non potrebbe esistere»: J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 89.

⁹¹ *Ivi*, L. II, cap. 4, p. 97.

⁹² L'idea che il bene comune preesista è, forse, l'idea rousseauiana più lontana dall'orizzonte relativista e pluralista, in cui il bene comune è il risultato e non il presupposto della procedura deliberativa, che, infatti, per Rousseau non è davvero «deliberativa». La questione tocca il dibattito sulla fondatezza dell'interpretazione comunitaria e illiberale del contratto sociale, dell'essere «costretti» ad essere liberi oppure sulla sostenibilità di una interpretazione individualista e libertaria, seppure egualitaria.

nella legge originaria del patto sociale stipulato all'unanimità⁹³, vincola la minoranza: questa si è sbagliata sul vero contenuto della volontà generale⁹⁴. Così la volontà generale costringe «ad essere libero» contro la propria, errata, volontà particolare e assicura “di diritto” la (eguale) libertà civile e morale, dopo che con il contratto sociale si è persa quella (diseguale) “di natura”⁹⁵. Se ne trae che la deliberazione pubblica è volontà generale, che, a sua volta, è il punto di vista individuale di ciascuno reso impersonale e comunitario dall’alienazione totale in condizioni di reciprocità, solo se i cittadini votano come membri della società generale e non di società parziali e questo accade se non si sono previamente accordati, in quanto ignorano la volontà degli altri. Ecco che l’anatema contro la discussione coincide con quello contro le associazioni parziali e con l’elogio dell’individuo che vota come membro della società generale e illuminato dall’educazione politica: «se, quando il popolo sufficientemente informato delibera, i cittadini non avessero alcuna comunicazione fra di loro, dal gran numero delle piccole differenze risulterebbe sempre la volontà generale e la deliberazione sarebbe sempre buona»⁹⁶. Alla prescrizione che nello Stato «non ci siano società parziali» corre parallelo «che ogni cittadino pensi solo con la propria testa»⁹⁷. La parola è immaginazione e allontana dalla cognizione delle inferenze vero/falso. È coerente la riserva esclusiva al Governo (e non al sovrano) del «diritto di opinare, proporre, distinguere e discutere»⁹⁸. La discussione non serve perché la volontà individuale è predeterminata, esalta le società parziali e corrompe il corpo politico⁹⁹.

⁹³ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., L. I, cap. 5, p. 72.

⁹⁴ *Ivi*, L. IV, cap. 2, pp. 178-9.

⁹⁵ Aggiustando un po’ una tra le affermazioni paradossali più discusse del *Contratto sociale*: *ivi*, L. I, p. 82, su cui nella dottrina costituzionalistica è tornato di recente A. PACE, *La felicità di Rousseau e di Robespierre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2022, p. 3022, che osserva come il “*constraint*” ad essere libero del singolo associato da parte del corpo politico sovrano contiene una contraddizione: se *constraint* è adoperato come sinonimo di “obbligare” l’uso linguistico è erraneo, ma la frase è sensata, perché dinnanzi ad un obbligo o ad un divieto si è liberi, di fatto, di osservarli o non osservarli; se, invece, *constraint* significa “costringere”, l’uso è corretto ma insensato, perché la coercizione esclude di fatto, la libertà individuale. Forse la contraddizione non è irrisolvibile se la libertà a cui si è costretti è quella “di diritto”.

⁹⁶ *Ivi*, L. II, cap. 4, p. 94. Il nesso tra «lunghe dibattiti» e interessi particolari torna *ivi*, L. IV, cap. 2, p. 177.

⁹⁷ *Ivi*, cap. 3, p. 95.

⁹⁸ *Ivi*, L. IV, cap. 2, p. 176.

⁹⁹ Almeno secondo la lettura di B. MANIN, *On Legitimacy and Political Delibera-*

Ma perciò la sua non è una dottrina interpretativa utile per il diritto vigente.

Qui constatiamo che in qualsiasi deliberazione pubblica di un organo collettivo, nella quale si sceglie tra diverse ragioni pubbliche, nella votazione parlamentare, come in quella popolare, sono presenti diverse idee politiche e raggruppamenti politici che si sono formati (più o meno non importa) liberamente, uomini concreti che le condividono. È, quindi, naturale la discussione, perché è ineliminabile la pluralità di idee. Ma non significa che la natura collettiva del rappresentante derivi dai benefici del dialogo, della discussione¹⁰⁰: è piuttosto un lascito della storia.

Né si intende la discussione come strumento cooperativo ed irenico di emersione della verità, che garantisce l'imparzialità, alla stregua della concezione deliberativa della democrazia. È più complicato. Nel suo etimo, "discussione" contiene la particella "dis", che rinvia alla separazione, alla distinzione, a una logica contraria al "dia"-logo e alla "con"-vinzione. E conoscenza e volontà – contro l'idea di Rousseau che il voto è espressione di opinione e non di volontà – si mescolano sempre, come la natura e la società, le passioni e la ragione: per volere si deve conoscere e il volere lo si impara, tanto che, eliminata la *ratio*, la volontà va anch'essa in rovina o, comunque, non è volontà libera, ma per conoscere si deve voler conoscere. Nella deliberazione, la discussione è al servizio della volontà e non del giudizio. La forma del legame sociale non dipende, infatti, solo dalla forza razionale degli argomenti, ma anche dalle passioni e dalle credenze. Con Hobbes «la *volontà* [...] è l'ultimo appetito nel deliberare»¹⁰¹. Ma, sempre con Hobbes, «quello che è un appetito alternato nella deliberazione concernente il bene e il male è esso stesso opinione alternata nella ricerca della verità del *passato* e del *futuro* e, in quanto ultimo appetito nella deliberazione, si chiama *volontà*, così l'ultima opinione nella ricerca della verità passata e futura si chiama giudizio o *risoluzione e sentenza finale* di colui che *discorre*»¹⁰². La deliberazione sul bene e sul male è, quindi, legata alla ricerca del vero e del falso. Con termini più familiari, per deliberare occorre costituire una maggioranza e, per costituirla, occorre l'appro-

tion, in *Political Theory*, n. 15/1987, pp. 346 ss.

¹⁰⁰ Lo ricorda B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010, pp. 205 ss.

¹⁰¹ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., VI, 53, p. 101.

¹⁰² *Ivi*, VII, 2, p. 107.

vazione dell'altro. E il consenso è prodotto dagli argomenti, dal dire e contraddire, governati dalla logica del vero e del falso: sono strumenti utili per ottenere quell'approvazione e per rendere una parte più grande delle altre. La deliberazione a maggioranza non è mai puro arbitrio volontaristico perché ragione e volontà sono entrambi qualità naturali degli uomini, che si mischiano e non si lasciano separare. Della moltitudine è predicabile anche la «capacità di giudicare»¹⁰³.

In più, negli ordinamenti costituzionali contemporanei, in cui la deliberazione parlamentare deve rappresentare il generale, l'universale comunitario, compatibile con il pluralismo come ideale critico controfattuale, la discussione è il mezzo per diminuire la parzialità della decisione, la faziosità o anche solo la limitatezza del punto di vista di ciascuno e per giustificare – e non imporre – la deliberazione più giusta, quella migliore nell'interesse generale. La decisione è della maggioranza ma è giustificata solo dopo la discussione: è riconosciuta come la decisione più corretta perché sostenuta dalla ragione pubblica, dallo scambio di ragioni pubbliche, da ciò che unisce politicamente. Da questo punto di vista è bene che il rappresentante sia una moltitudine e non Uno. Anzi, in un governo democratico, il popolo, molteplice, può essere rappresentato solo dai molti. Ancora, profittando prima della dottrina della saggezza della moltitudine di Aristotele¹⁰⁴ e poi, un poco approssimativamente, della filosofia politica di Rawls¹⁰⁵, la decisione presa da molte persone è migliore perché ha più probabilità di essere corretta o un po' meno sbagliata di una decisione oligarchica o solitaria. Ha più probabilità di essere esatta o, con Aristotele, perché la "massa" cumula la conoscenza, l'esperienza e il giudizio di molti individui e, quindi, riconvertendo quella dottrina al governo popolare, "tutti insieme", dialogando nella differenza, hanno più probabilità di deliberare l'interesse generale, della totalità, o, con Rawls, perché è il risultato della ragione pubblica più condivisa, dell'orientamento po-

¹⁰³ Secondo la nota espressione di E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976.

¹⁰⁴ Secondo la lettura pluralista (e non comunitaria) della politica aristotelica di J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, p. 113.

¹⁰⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009, p. 343, ove si legge che «assumiamo di norma che una discussione condotta in modo ideale tra numerose persone abbia maggiori probabilità di giungere alla conclusione corretta (se necessario per mezzo di un voto) di quante ne abbia la decisione che una qualunque tra loro prende da sola».

litico basato su principi “fuori” discussione perché accomunano più degli altri. A dirla tutto, però, un po’ meno irenicamente, l’argomento del “fuori discussione” è insidioso. Potrebbe portare a svalutare la discussione per scoprire e deliberare sull’interesse generale. Se ciò che accomuna è l’indiscusso, significa dire che, in fondo, la discussione si fonda su un «indiscusso», perché l’indiscusso non è a ben vedere un residuo della discussione, ma ne è la condizione, il presupposto necessario affinché le parti si intendano tra loro a sufficienza per potersi opporre, ma che, per questo stesso motivo, non sarebbe in grado di provocare la discussione. Allora «ciò che resta indiscusso è dunque qualcosa di indiscutibile, ed è grazie a questo indiscutibile – o meglio: su *fondo d’indiscutibile* – che siamo in grado di discutere. In altre parole, resta sempre un *fondo del dibattito* a cui il dibattito non arriva». Con la conseguenza che la discussione riguarda sempre «la schiuma delle cose, lasciando da parte l’essenziale: quel fondo delle cose che, in quanto è comune, non si lascia dissociare, che, in quanto è uguale, non lascia emergere contrasti. Su di esso la discussione non ha presa. Ciò che è proprio dell’evidenza [...] è di essere indiscutibile. E tuttavia è proprio di questa evidenza che bisognerebbe potersi penetrare»¹⁰⁶. Un po’ di frustrazione, di impotenza, di inaccessibilità del fondo del dibattito pubblico è ineliminabile. Ma gli uomini che vivono in comunità non possono sottrarsi a quel dibattito, a quel senso di frustrazione. Sempre che non si creda all’esistenza dell’Assoluto. In quel caso, però, legiferare, discutere e decidere a maggioranza ciò che è politicamente bene, non ha alcun senso¹⁰⁷. In ogni caso, l’argomento scettico non è ammissibile nel diritto positivo che prescrive il dibattito pubblico nella formazione della deliberazione legislativa.

Ogni prassi che esclude la discussione pubblica, dal maxi-emendamento coperto dalla questione di fiducia alla approvazione di un articolo unico con più disposizioni, nega la rappresentatività del Parlamento in un governo del popolo che non è datità, non è immediata, naturale e identitaria presenza della sua unità, ma che non è neppure il fantasma della rappresentanza teologica, assoluta, simbolica. Rinvia ad una rappresentanza dominata dalla logica economica dell’efficienza, che nulla ha a che vedere con la rappresentatività di un governo popolare.

¹⁰⁶ F. JULLIEN, *Il saggio è senza idee o l’altro della filosofia*, Torino, 2002, pp. 195 ss. e spec. 197.

¹⁰⁷ Vale ancora H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 268.

4.1. I dispositivi

Ogni forma di pubblicità dell'attività parlamentare dissociata dalla discussione, ogni pubblicità senza contenuto *pubblico*, ogni *tecnica* di comunicazione pubblica è solo retorica, quasi a significare che quando il Parlamento contava ambiva al *Privilege*, quando non conta più attinge a forme rituali di pubblicità per alimentare la finzione della rappresentatività. D'altronde, la sola pubblicità dei lavori parlamentari non fu messa in questione dal fascismo¹⁰⁸. La pubblicità senza contenuto diventa, con disincanto, tecnica di immunizzazione del potere, una maschera di cui il potere si serve per legittimarsi attraverso le apparenti neutralizzazioni del modello discorsivo. Ma, al di là della maschera, vi è una sovranità che si pone come decisione politica pura e che si mette in pubblico solo per legittimarsi, secondo la logica del fatto compiuto. Se la rappresentanza parlamentare non sa rendere visibile l'esistenza politica del popolo, se lo Stato è senza popolo, la sua "immagine" ha poco a che fare con la *pubblicità*, la *Öffentlichkeit* e, quindi, con la rappresentatività della sfera del politico. Così le forme più recenti di pubblicità-propaganda, che vanno sotto il nome di comunicazione "pubblica" o "istituzionale", che cercano una soluzione alla rappresentazione fuori dal dibattito parlamentare e che mutuano le tecniche pubblicitarie del mercato, degli affari, del diritto privato, sono la negazione della pubblicità come dimensione propria del politico¹⁰⁹. Il paradigma è quello economico. L'epilogo è la privatizzazione dello Stato e della pubblicità: ovvero il rovesciamento del senso più pregnante della rappresentanza politica, perché pensare in via rappresentativa è pensare in modo non economico.

Lo stesso vale per i *dispositivi* tecnici applicati alla forma rappresentativa e, tra tutti, per la automazione della legge, che altro non è che la nuova frontiera della "motorizzazione" della legge dopo l'età dei decreti e dei provvedimenti¹¹⁰. Alla "scienza" della legislazione, che mira

¹⁰⁸ Cfr. artt. 9 del regolamento del Senato (1938) e art. 22 del regolamento della Camera dei fasci e delle corporazioni (1939). Sulla pubblicità dei lavori parlamentari come «strumento di propaganda», come «pubblicità manipolata», con lo scopo di «creare forme di consenso», cfr. P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari (profili storico-comparatistici ed aspetti attuali)*, in *Rassegna parlamentare*, 1980, p. 295.

¹⁰⁹ Seppure con altri argomenti giunge a questa conclusione R. BIN, *Assemblee elettive e comunicazione istituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, pp. 67 ss.

¹¹⁰ A. SALVATORE, *Nota alla traduzione* di C. SCHMITT, *La situazione della scienza*

alla qualità della legge, alla sua intellegibilità ed accessibilità, è succeduta la “tecnica” della legislazione. Nei manuali è diffusa l’espressione “tecnici della legislazione” o “produttori normativi”. Questa linea di ricerca applicata *à la page* guarda alla legge come a un regime tecnico, economico, operativo.

Ma non possono essere i dispositivi tecnici a supplire alla svalutazione della forma rappresentativa o alla de-formalizzazione della legge, perché tra gli uni e l’altra non vi è commensurabilità, non sono misurabili con la stessa unità di misura¹¹¹. Il punto di vista della forma rappresentativa della legge, posto di fronte alla tecnica e all’economia – legata alla prima o come mezzo o come fine –, resta, infatti, muto. La tecnica è immanenza, funzionamento, meccanismo, amministrazione, governo, agire strategico; la forma rappresentativa di legge è sempre un po’ trascendenza, simbolicità, sovranità, agire comunicativo-discorsivo. Applicare la prima alla seconda significa ridurre anche questa a pura azione, a prassi, a economia, senza fondamento nell’essere, nella sostanza, senza un Fine.

Ecco che le tecniche di scrittura automatizzata della legge sono manifestazione dell’annichilimento del politico e della rottura della alterità tra sovranità e governo, iscritta nell’ordine costituzionale vigente. La critica non è tanto alla *legistica*, intesa etimologicamente come *techne* della legge. È la perdita del significato greco originario di *techne* come *poiesis*, arte superiore, che la trasforma in mera azione, pratica. Nulla toglie che si possa recuperarne il senso originario di sapere, di disvelamento e intendere la legistica come sapere, appunto, scienza della legge. La critica è alla *legi-matica*, che tende alla modellizzazione e standardizzazione, mediante la tecnica informatica, del ragionamento e della produzione legislativa ed alla verifica di fattibilità, di efficacia, della legge. È evidente, nel neologismo, l’allusione alla matematica, alla

giuridica europea (1943/44), ed. a cura di A. Salvatore, Macerata, 2020, pos. 13, scrive al proposito come il termine *motorisiert* è stato tradotto come motorizzato, sebbene «il senso di un aumento tanto del volume quanto della velocità di produzione (delle leggi, nel caso specifico) sarebbe forse reso al meglio, per un lettore odierno, con il termine “automatizzato”».

¹¹¹ Paiono estensibili le conclusioni cui tempo fa perveniva, seppure limitatamente alla ideologia del *drafting*, M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2010. Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, cit., disponibile in AssociazioneDeiCostituzionalisti.it, pp. 4 ss.

matematizzazione dei fatti umani, all'uso degli algoritmi, delle serie numeriche. Ma è, appunto, una allusione, un gioco di parole, perché della matematica ha perso la *mathesis*, la tensione al sapere universale. Potrebbe rovesciarsi la prospettiva e argomentare che proprio la tecnica di scrittura moderna, la video-scrittura, la scrittura elettronica, quella che è stata appropriatamente definita una «oralità secondaria»¹¹², sia all'origine della perdita di qualità non solo della redazione del testo, della lettera, della cosa, ma anche della formulazione del pensiero, dell'idea. La scrittura non è, infatti, trascrizione della voce, della parola e, per quella via, di un pensiero già formato, ma è tutt'uno con la creazione di quella forma di pensiero. Il pensiero non è indipendente dagli strumenti della sua manifestazione. All'opposto, il modo di scrivere, la pratica, la tecnica di scrittura (l'"archiscrittura"), lo determina, lo costituisce. Si può allora porre, provocatoriamente, la domanda se non sia la nuova tecnica di scrittura – una oralità secondaria, appunto – la causa della (e non già il rimedio alla) crisi della scrittura della legge. Non si vuole, velleitariamente, proporre di tornare alla macchina da scrivere o all'inchiostro, ma solo dire che la legimatica non è la soluzione di nulla.

In ogni caso, la legimatica è, intenzionalmente, meccanismo di produzione della legge, ordinato funzionamento immanente. È automatismo, è produzione, è industria. Ma per questo non è progetto, talché non può prevedere nulla. Nella legimatica si consuma il paradosso del politico che, per distruggere il lupo, si introduce «comodamente nelle sue fauci»¹¹³. Se, infatti, la forma rappresentativa di legge diventa un meccanismo, una macchina per decidere, un regime tecnico-operativo, se è automatizzata, «scompare dall'universo rappresentativo»¹¹⁴ e perde il suo *valore*¹¹⁵. Se diventa una questione di resa, di prestazioni della macchina parlamentare, misurata con l'efficacia, l'efficienza e l'economicità della sua azione, il valore di legge, come forma rappresentativa, è fuori gioco. Controcorrente, la pro-fanazione dei dispositivi, la disat-

¹¹² W.J. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 2014, p. 194, così definisce l'elaborazione elettronica della parola che ha somiglianze con l'oralità antica per il senso ugualmente comunitario, partecipativo, formulaico e immediatamente presente. Quella contemporanea è solo più consapevole e deliberata dell'oralità primaria, perché è una oralità di ritorno dalla scrittura.

¹¹³ R. BARTHES, *L'impero dei segni*, Torino, 2004, p. 13.

¹¹⁴ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, cit., p. 43.

¹¹⁵ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 283.

tivazione e l'inoperosità della "macchina" delle leggi, è, allora, l'unico modo, contro-dispositivo, per tornare alla rappresentanza/rappresentazione della città, del bene comune, del generale-universale, il punto di fuga del politico nel diritto costituzionale vigente che subordina il governo al sovrano, l'azione e gli effetti all'essere, l'atto esecutivo, la "polizia", alla legge.

La conclusione può estendersi all'elaborazione algoritmica dell'intelligenza artificiale applicata, secondo il modello computazionale, al diritto politico, alla formazione parlamentare della legge¹¹⁶. Può apparire una conclusione passatista e controfattuale. Può essere. Ma non per questo è teoricamente invalida. E non per questo è ideologicamente reazionaria: il segno dipende dalla relazione contingente, reazionaria o progressista, appunto, tra passato e futuro, tra origine e meta. A difesa dell'operosità del dispositivo algoritmico nella logica della rappresentanza e della legge che prevede potrebbe, però, opporsi che il *deep learning*, l'apprendimento per reti neurali artificiali del *machine learning*, ha sviluppato algoritmi predittivi, "ermeneutici", perché apprendono dall'esperienza, convertendo il passato in futuro secondo la logica del probabile e non procedono per deduzione logica, secondo il ragionamento sillogistico. Sono algoritmi intelligenti e auto-nomi, generativi, che, mediante l'elaborazione iterativa di dati, danno, sostanzialmente, legge a sé stessi. E, al modo della previsione legislativa, creano le condizioni per prevedere, per anticipare, le condotte. La macchina, cioè, non è più solo automatismo e calcolo o, se lo è, l'automatismo e il calcolo esibiscono qualità immaginifiche e rappresentative, quali sono la programmazione, la progettazione e, quindi, la creatività che, in ogni caso, si dà solo a partire dal rigore di un sistema di regole vincolanti. Così, la forma rappresentativa della legge potrebbe essere consentanea alla macchina senziente e pensante.

L'argomento non è, però, risolutivo. Gli algoritmi di *deep learning*, modellati sul cervello umano, possono simularne e riprodurne le funzioni cognitive, ma in quelli manca il passaggio dal corpo alla mente, dall'essere al dover essere e, di conseguenza, non si sa perché si dà quel dover essere, non si può conoscere la sua *ratio* della norma¹¹⁷: diventa

¹¹⁶ L'incompatibilità tra le due logiche nomopoietiche è argomentata in A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs *decisione politica*. *A.I. Legge Democrazia*, Napoli, 2021, spec. pp. 113 ss.

¹¹⁷ A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il*

un dover essere abissale, insondabile, un po' come il tirare a sorte con i dadi del giudice Bridoye. E nessuno sa se è l'uomo che governa il codice genetico algoritmico o ne è governato. Ma tutti sanno che, se fallisce il governo delle leggi, qui l'alternativa non è il governo arbitrario degli uomini, ma dei *robot*.

5. La forma costitutiva del popolo

La legge parlamentare stabilisce l'interesse comune perché delibera rappresentativamente ciò che accomuna gli uomini in carne ed ossa che esistono e autorizzano la persona rappresentativa, ma perciò è costituzione del popolo in quanto tale, della unità politica. La legge è una forma costitutiva del popolo.

Per intendere più precisamente questa costitutività, che a partire da una forma porta ad una concezione materiale della forma di legge, occorre andare dalla (forma di) legge alla Costituzione, che è la prima legge rappresentativa del popolo che pone all'art. 70 la regola costitutiva della forma di legge e che, proprio perché anch'essa legge, non può non presupporre e contenere, nella scrittura dell'art. 70, una concezione di «funzione legislativa». È la questione dell'origine della pretesa di validità/valore della legge del governo popolare. Si tratta dell'ultimo passaggio per sostenere normativamente la forma di legge e trarre le conseguenze ultime della sua perdita di campo.

La forma rappresentativa del popolo è il valore che unisce Costituzione e legge ed è ciò che mette in questione l'idea che la superiorità della Costituzione che costituisce la legge implichi una condizione di infondatezza della legge¹¹⁸.

Costituzione e legge partecipano della medesima genealogia del valore/forma. La forma legislativa della Costituzione è, infatti, la regola costitutiva della legislazione e la forma di legge è il calco della forma della Costituzione/legge. Quindi, nel governo rappresentativo e popolare il soggetto e l'atto costituente hanno la stessa forma rappresentativa del legislatore e della legge costituiti e il popolo della Costituzione,

suo impatto sul diritto costituzionale, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2019, p. 92, pongono la specifica questione della *ratio* della soluzione della rete neurale.

¹¹⁸ L'argomentazione di quanto si viene qui dicendo è contenuta in L. BUFFONI, *Valore di legge*, Torino, 2023, pp. 269 ss.

dell'origine, è il medesimo popolo costituito dalla Costituzione. Lo scarto tra il principio di identità del popolo con sé stesso e il principio rappresentativo riguarda entrambe: la Costituzione scritta, come la legge, non è la decisione immediata, istantanea, del popolo presente che acclama, ma è una deliberazione piena di mediazioni rappresentative. Entrambe sono tese alla rappresentazione di ciò che è comune, di ciò che fonda la città e non di ciò che divide. Per questo vincolano tutti e per questo si distinguono dalla giurisdizione che, invece, nel dire il diritto, divide una parte dall'altra.

La somiglianza tra Costituzione e legge non implica, però, che la prima non sia superiore alla (e condizionante la) seconda. La Costituzione resta nell'ordine del fondamento, perché la Costituzione comanda la legge e questa trasmette quella, l'una chiama e l'altra risponde. Ed è proprio il sintagma «valore di legge» che fonda la ragione della superiorità costituzionale. La Costituzione fonda nel testo scritto il giudizio di valore di legge, che è la medesima forma di legge propria della deliberazione costituzionale. Così si auto-costituisce fondamento di validità di sé e costituisce la legge, l'atto che più le somiglia, quale parametro di validità delle altre fonti. In termini analitici, la Costituzione è superiore perché è performativa, costitutiva e poetica della legge. In termini kelseniani, ha e può avere contenuti ulteriori rispetto alla forma di legge, più o meno estesa alle particolarità procedurali di come si fa la legge, ma solo questa è materia costituzionale, è geneticamente legata alla (e dedotta dalla) Costituzione, che ne è condizione necessaria di esistenza, quindi, vincola logicamente il legislatore e la legge che non esisterebbero senza quella che li costituisce. Può essere che il diritto positivo distingua, come distingue il nostro, la forma dell'una e dell'altra nell'ordine costituito. La forma costitutiva della legge è stabilita dalla Costituzione, che è modificabile dalla legge costituzionale e non dalla forma posta dalla stessa regola costitutiva della legge, che non dispone di sé. Ma la forma costituzionale non è la ragione della superiorità. Primo, anche se non vi fosse la forma costituzionale, il legislatore costituito non potrebbe mutare ciò che lo costituisce tale e se mutasse la regola costitutiva instaurerebbe una nuova Costituzione. Secondo, anche laddove sia la legge con forma costituzionale a modificare la forma rappresentativo-elettiva di legge costituita dall'atto costituente, muterebbe la Costituzione che si vorrebbe superiore, perché violerebbe la regola che fonda la validità della stessa Costituzione e che costituisce lo stesso legislatore. Insomma, la forma di legge, la sua

regola costitutiva, è il contenuto minimo della Costituzione: la materia costituzionale è la forma che costituisce chi e come fa la legge.

Ma la Costituzione, fondando e costituendo all'art. 70 la forma di legge, non se ne affranca affatto. Finisce, in un certo senso, per dipendere dalla legge, dal nuovo ordine, quindi, è ordinante e ordinata. La Costituzione è prolessi della legge, ma proprio perché è principio che ordina la ripetizione di sé e iscrive la ripetizione in seno all'avvenire ha bisogno di conferma. È qui che la legge retroagisce sulla Costituzione: questa è segno e promessa della legge, quella conferma la profezia. L'inizio ipoteca lo svolgimento che ne è imitazione, ma l'imitazione conferma – e rende possibile *à rebours* – l'origine in quanto origine di qualcosa che deve seguire. Quindi, la costitutività dell'art. 70 implica non solo che il “fenomeno” regolato non è senza la regola, ma, con movimento inverso, che la regola è impensabile senza il (al di là, al di fuori o prima del) fenomeno che regola: la regola costitutiva della legge è la legge.

Allo specchio, come la Costituzione è una legge, seppure particolare perché è il principio della serie, così la legge, che è la serie, è un po' costituzione. In ogni legge ha voce la Costituzione, che narra del modo della propria nascita proprio nella legge. E in questo “modo” la legge è un raddoppio della Costituzione, una sua riscrittura, la sua “trasmissione”. È valore che deriva da valore, potenza che deriva da potenza. Partecipa, come l'effetto della sua causa, della genealogia dell'origine che è costitutivamente legata a ciò che origina e principia. Si tratta di delimitare gli esatti termini in cui la legge ripete la Costituzione, iterandola nella piega del ritorno del “valore di legge”.

La Costituzione è la deliberazione parlamentare che costituisce la forma dell'unità politica del popolo, che fin dall'origine ha autorizzato la persona rappresentativa e ha riconosciuto e accettato come propria la legge del rappresentante. L'*autorità* del sovrano, della sovranità legislativa, è cioè data al rappresentante dal popolo e la volontà di quello vale come volontà comunitaria. Così il popolo, che esiste rappresentativamente e non naturalmente, ha accettato chi lo rappresenta o la forma della sua rappresentanza, ovvero che la deliberazione parlamentare valga come la propria legge. La Costituzione, a propria volta, si estroflette nel testo, con la regola costitutiva che il potere legislativo è potere parlamentare e non immediatamente popolare, ma che la deliberazione legislativa sia valore rappresentativo della comunità politica.

L'identità di forma legislativa ci dice perché la legge è legge, alla

maniera di Rousseau. «La natura delle leggi è costituita da una materia e da una forma; la forma è nell'autorità che istituisce; la materia nella cosa statuita [...]. Poiché la cosa statuita si riferisce di necessità al bene comune, ne consegue che l'oggetto della legge deve essere generale come la volontà che la detta e il vero carattere della legge è costituito da questa duplice universalità». Ma la forma determina la sostanza: la generalità della sua forma è la generalità della legge, proprio come «quando tutto il popolo delibera su tutto il popolo»¹¹⁹. *Mutatis mutandis*, la legge è atto che, sulla base della decisione costituente fondamentale, continua la costituzione del popolo che rappresenta. Se non costituisse il popolo, la legge non spetterebbe alla deliberazione dei suoi rappresentanti eletti.

La posta in gioco non è ciò che è legge. Nella prospettiva dell'essere, legge è la forma di legge, la deliberazione legislativa delle Camere. La ricerca del valore di legge, di ciò che – nella somiglianza della forma prescritta – lega la legge (e l'atto equivalente) alla Costituzione, pone, invece, la questione, necessariamente normativa, di cosa deve essere legge, di cosa debba necessariamente essere posto con legge o con l'atto di cui la Costituzione prescrive il pari valore e di quale potenza abbia l'atto posto con legge. Sottende una concezione materiale della legge e una dottrina normativa dell'art. 70 (e degli artt. 76 e 77) della Costituzione. Pertiene, quindi, alla questione presupposta all'art. 70: la regola che costituisce l'atto collettivo del Parlamento come legge presuppone la materia di legge, di «funzione legislativa». Riempie di contenuto la regola formale dell'art. 70 e ne evita la tautologicità, predicabile delle regole costitutive ove considerate verità analitiche, necessarie: prescrive che cosa, quale sostanza, deve essere necessariamente deliberata dai rappresentanti del popolo come legge. Dal che se ne trae che la Costituzione non prescrive la sola forma della legge o, comunque, prescrivendo una determinata forma, presuppone una materia o, per lo meno, una particolare qualità del potere che in quella forma si manifesta¹²⁰.

¹¹⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale o saggio sulla forma della Repubblica* (Manoscritto di Ginevra), cit., p. 53.

¹²⁰ Nella teoria delle fonti ricorreva ad una nozione di «forma» come equivalente di «natura del potere», di «qualità» del potere esercitato, perché come non esiste un potere senza forma, così non esiste una forma disgiunta dalla presenza di un potere determinato, seppure con riguardo all'identificazione dei regolamenti e seppure con minori concessioni alla sostanza, al contenuto dell'atto, rispetto alla forma, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pp. 330-1.

La questione non coincide, però, con la distinzione, ereditata dalla monarchia costituzionale, tra legge in senso formale e legge in senso materiale, che si fonda sul dualismo tra forma e sostanza, tra atti che hanno la forma ma non la sostanza di legge e quelli che ne hanno la sostanza ma non la forma. Lì, se la legge di bilancio è legge in senso formale, è priva di sostanza costitutiva, innovativa del diritto legislativo. E proprio la natura formale della legge *ex art. 80 Cost.* ha favorito una prassi parlamentare fortemente limitativa del potere di emendamento e quindi della discussione pubblica. Qui, al contrario, si cerca quale sia la materia della legge di bilancio, il suo contenuto, la sua potenza, proprio perché è stabilito che il bilancio sia approvato con la forma della legge parlamentare. E, comunque, quella distinzione è una tutta interna all'essere, all'esistente: la deliberazione parlamentare è legge in senso formale; gli atti legislativi del Governo – una volta esclusi dal silenzio della Costituzione i regolamenti – sono legge in senso materiale. Ma nulla dice su ciò che deve avere, a pena di invalidità, la forma della legge, che è la domanda che la regola dell'art. 70 consente di porre¹²¹. Né coincide con la concezione materiale/sostanziale di legge comunemente contrapposta a quella formale. Quella ricava, staticamente, dall'art. 70 l'invalidità delle leggi che non abbiano determinate qualità materiali, come le leggi provvedimento. Questa si limita a prescrivere, dinamicamente, le regole sulla sua produzione. Nella prima declinazione, non è legge la forma di legge che viola la regola materiale; nella

¹²¹ In fondo, è questa la domanda che già poneva P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, a cura di C. Forte, Milano, 2007, p. 20, davanti all'art. 62 della Costituzione prussiana: «il potere legislativo viene esercitato in comune dal Re e dalle due Camere. L'accordo tra il Re e le due Camere è indispensabile per ogni legge» implica il senso materiale della legge, «vale a dire che ogni modifica e perfezionamento dell'ordinamento giuridico deve aver luogo con la compartecipazione della rappresentanza del popolo». Se invece si intendesse il senso formale della parola legge, la disposizione «conterrebbe una tautologia contenutistica che non dice nulla». Dunque, «l'art. 62 ha un significato solo quando si fissa il concetto di «potere legislativo», cioè il suo contenuto, la sua estensione e la sua limitazione, cosa che la carta costituzionale certo non ha fatto, ma che essa ha lasciato alla scienza giuridica e alla prassi». Il che significa, proprio come nella Costituzione vigente, che ove si richiede la forma di legge è esclusa «la regolazione con decreti reali», ma non che «ogni legge nel senso della Costituzione prussiana sia anche una legge nel senso materiale del termine». Ai nostri fini, non significa che tutto ciò che è rivestito di forma di legge è o deve essere norma giuridica, legge in senso materiale, ma che alcune norme giuridiche devono avere la forma di legge, altre possono, il che, però, per P. LABAND, *Sulla dottrina del diritto del bilancio*, in P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, p. 277, era un'assurdità.

seconda la legge è tale per la sua forma, con indifferenza per il suo contenuto. Qui, non si mette in discussione che nel diritto positivo la legge, per essere tale, è sufficiente che sia forma, deliberazione collettiva delle Camere e che quella forma possa avere qualsiasi contenuto. Ma quel medesimo principio impone di ricavare dalla forma la materia che non può che essere disposta, a pena di incostituzionalità dell'atto che la pone, con quella forma, perché deve essere deliberata da chi ha il potere di fare la legge nel governo popolare.

In questa ricerca, legando forma e materia, la Costituzione è tale perché almeno contiene la regola costitutiva della forma di legge: costituisce in senso proprio una forma di attività, una funzione, un potere, la cui esistenza è logicamente dipendente dalla regola. E le regole costitutive della struttura dei fatti istituzionali implicano sempre questioni di potere, più esattamente il conferimento di un nuovo potere. Allo stesso modo, la legge, che deriva dalla Costituzione, è potenza costitutiva perché ciò che origina contiene in sé ciò che ne deriva: il punto finale è insito nel punto di partenza. La legge crea e costituisce potere e, quindi, libertà come la Costituzione¹²². Non è funzione, esecuzione, non ordina o amministra ciò che già esiste per il diritto, ma – attingendo alla filosofia del diritto analitica – costituisce il concetto, la fattispecie astratta e ipotetica di atti e fatti nel contesto di una specifica pratica e, quindi, modifica il diritto legislativo vigente. Pone il fondamento di qualcosa di nuovo, costituisce un principio nuovo: è evidente che non crea fatti di natura, eventi, accadimenti, che esistono di per sé, ma inventa nuove qualificazioni per quei fatti. È causa di ciò di cui è regola. E nella misura in cui è costitutiva, in qualche modo fondativa, non può che spettare alla forma rappresentativa del popolo cui appartiene la sovranità che, come soglia minima, è fondatività. La forma di legge è allora la potenza di costituire (e, quindi, anche di regolare) poteri e diritti, di cercare gli equilibri, mai definitivi e sempre iterabili, tra gli enunciati costituzionali e di definire il contenuto concreto dell'unità politica¹²³,

¹²² Per l'articolata argomentazione di questa regola materiale di legge, attingendo alla distinzione tra regole costitutive e regolative in Searle, v. P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, cit., pp. 61 ss., 117 e spec. 152-4.

¹²³ Sul nesso tra rappresentanza ed unità politica e, più esattamente, sulla costitutività, artificialità, della rappresentanza dell'unità del corpo politico M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, cit., p. 14; ID., *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, cit., pp. 273-4.

in cui, lontano dal paradigma sacrificale delle società omogenee, la comunità politica si riconosce sotto l'egida della ragionevolezza e sotto il controllo del giudice costituzionale, che giudica l'incostituzionalità della legge.

Ne derivano molte conseguenze. La legge è tale, secondo il governo popolare, se è forma, deliberazione collettiva delle Camere, con l'irrilevanza del contenuto che può essere anche solo ordinatorio, amministrativo, esecutivo, concreto e autoapplicativo. La conclusione non cambia in base alla regola materiale di legge perché nel più ci sta il meno. Se la materia della legge è la costitutività di poteri e, quindi, di libertà e se, in quanto fondatività, deve spettare alla forma in cui il popolo rappresentato esercita sovranità, ciò non toglie che la legge possa avere contenuti non fondativi, originari, sovrani. Le leggi provvedimento e, più in generale, le leggi che ordinano, amministrano, sono ammissibili. Solo se la legge è la sua materia, la sua sostanza, separata e opposta alla forma, sono inammissibili. Per la prima parteggia il governo popolare (e rappresentativo), per il secondo quello liberale-garantista della separazione dei poteri che presuppone competenze riservate all'amministrazione. Il valore di legge come forma rappresentativa del popolo è dalla parte del primo. Ma per la medesima ragione nel caso di un governo popolare e rappresentativo, la regola materiale di amministrazione accolta nel testo costituzionale non può che dipendere dalla relazione con la regola materiale di legislazione, nel senso che è interdotta alla prima la materia che deve essere disposta con la forma di legge e non nel senso opposto che è interdotta a questa ciò che deve essere riservato all'atto amministrativo.

Ma soprattutto acquisisce un significato più pregnante la recessività della forma di legge costituita dall'art. 70 e regolata dagli artt. 64 e 72. Se la forma costitutiva della legge è il contenuto minimo necessario della Costituzione e se la forma costituita è la "citazione" della forma della Costituzione, la sua violazione/elusione mette in questione non solo la legge, ma lo stesso fondamento di validità. Se poi solo la forma di legge può proseguire validamente la costituzione del popolo, che la Costituzione ha iniziato – e non solo regolare o provvedere –, la sostituzione di quella forma nei casi in cui si stabiliscono regole costitutive del popolo implica l'invalidità costituzionale dell'atto sostitutivo per violazione della regola materiale di legge.

La forma di legge non può essere in alcun modo compensata. Se l'identità della legge è una procedura, una forma, si deve escludere che

il diritto costituzionale vigente ammetta una «legalità procedurale» dell'amministrazione differente dalla forma di legge o una legalità sostanziale che non sia, come soglia minima, la forma di legge o quella equi-valente¹²⁴. Non è, quindi, pensabile nella Costituzione una democrazia nell'amministrazione alternativa alla forma della deliberazione parlamentare rappresentativa del popolo. Né tra l'una e l'altra vi è compatibilità, perché forme democratiche nell'esecuzione mettono in pericolo la democrazia della legislazione¹²⁵. Ne deriva che il giusto procedimento amministrativo non può supplire alla assenza della previa legge per fondare la legalità procedurale dell'amministrazione. Non democratizza nulla. È esattamente ciò che avviene nel governo delle Autorità amministrative indipendenti. Se non vi è democrazia nell'amministrazione fuori dalla forma di legge, la partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti amministrativi provvedimentali e ai procedimenti regolatori, normativi o amministrativi generali, in assenza della previa legge o in presenza di una legge a bassa densità di regolazione, con il rinvio della disciplina alla autoregolazione delle stesse Autorità, non risolve il problema che quelle amministrazioni pongono al governo popolare. Anzi, quella forma de-democratizza, perché allontana dal governo del popolo sul popolo. La forma è, infatti, sostanza e la forma di legge è una forma rappresentativa della "città", dell'unità politica del popolo. Al contrario, la partecipazione procedimentale degli interessati è la partecipazione né del cittadino né dell'individuo (chiunque), ma, appunto, degli "interessati". Non è una partecipazione politica e una rappresentanza generale, perché non vuole rappresentare la volontà generale. È partecipazione corporativa. Se è rappresentanza, è una rappresentanza cetuale, aristocratica.

* * *

¹²⁴ È, invece, ormai tralaticio nella giurisprudenza amministrativa in materia di autorità amministrative indipendenti che «la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». L'argomento è stato accolto anche dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. Corte cost., sentt. nn. 83 del 2015, n. 83 e 69 del 2017.

¹²⁵ Qui ci si sostiene con H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 119.

ABSTRACT

ITA

Il saggio muove dal “fatto” della crisi della forma di legge, nel duplice senso della recessività della forma rappresentativa nella produzione del diritto legislativo e della sua de-formalizzazione. Nel primo, è messa in questione la regola costitutiva dell’art. 70 della Costituzione, nel secondo le regole regolative della *deliberazione* legislativa degli artt. 64, commi 2 e 3, e 72. Non è detto che tutti quei “fatti” violino le “norme” costituzionali. Ma è detto che la sostituzione della forma di legge con decreti equi-valenti o equi-parati e il “metodo” di formazione della legge indicano la direzione verso cui muove l’ordinamento positivo. Si cercherà di cogliere il significato tendenziale di quei fatti parametrati alla relazione tra la forma rappresentativa di legge dell’art. 70 e la sovranità del popolo rappresentato dell’art. 1. Il giudizio di disvalore della marginalizzazione della specifica forma di legge in una Repubblica “democratica” è, infatti, fondato solo se si dimostra, teoricamente, che il popolo rappresentato non è un ossimoro, ma che il governo popolare è rappresentativo e, dogmaticamente, che la rappresentanza politica elettiva è democratica e la forma rappresentativa di legge non elide la sovranità del rappresentato. In tal caso, la emancipazione dalla forma/valore di legge è segno di de-democratizzazione del governo rappresentativo. In caso contrario, la crisi della forma rappresentativa della legge è la crisi di un principio aristocratico. Nell’un caso è una involuzione democratica, nell’altro è semplicemente una evoluzione.

EN

The essay starts from the “fact” of the crisis of the form of law, in the two-fold sense of the recessiveness of the representative form in the production of legislative law and its de-formalisation. In the former, the constitutive rule of Article 70 of the Constitution is called into question, in the latter the regulatory rules of legislative deliberation of Articles 64(2) and (3) and 72. It is not said that all those “facts” violate constitutional “rules”. But it is said that the replacement of the form of law with equivalent or equiparate decrees and the “method” of law formation indicate the direction in which the positive order is moving. An attempt will be made, then, to grasp the tendential significance of those facts parametrised to the relationship between the representative form of law of Art. 70 and the sovereignty of the people represented in Art. 1. The judgement of the disvalue of the marginalisation of the specific form of law in a “democratic” republic is, in fact, only well-founded if it is shown,

theoretically, that the represented people is not an oxymoron, but that, on the contrary, the popular government is representative and, dogmatically, that elective political representation is democratic and the representative form of law does not elide the sovereignty of the represented. In that case, emancipation from the form/value of law is a sign of the de-democratisation of representative government. Otherwise, the crisis of the representative form of law is the crisis of an aristocratic principle. In the one case it is a democratic involution, in the other it is simply an evolution.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

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