



Università degli Studi di Milano -

Scuola di Dottorato
in Scienze Giuridiche

Curriculum in **Diritto pubblico per
l'economia**

I presupposti filosofici del principio sussidiarietà orizzontale



Davide Brusatori

Matricola: **775077**

XXVIII Ciclo - a.a. **2014/2015**

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

Indice

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

L'OBBLIGAZIONE POLITICA DELLA DOTTRINA GIUSNATURALISTICA: GROTIUS, HOBBS, LOCKE

Considerazioni introduttive	p. 15
Paragrafo I	
<i>Il contrattualismo in Grotius</i>	p. 16
Conclusioni	p. 22
Paragrafo II	
<i>Il contrattualismo in Hobbes</i>	p. 22
Conclusioni	p. 34
Paragrafo III	
<i>Il contrattualismo in Locke</i>	p. 35
Conclusioni	p. 45
Conclusioni finali	p. 46

CAPITOLO II

LA DOTTRINA DI HEGEL SULL'ETICITA'

Considerazioni introduttive	p. 47
Paragrafo I	
<i>La critica di Hegel al formalismo kantiano della libertà</i>	p. 49
Conclusioni	p. 64
Paragrafo II	
<i>“Der an und für sich seiende Wille”</i>	p. 65
Conclusioni	p. 87
Paragrafo III	
<i>Il rapporto tra Hegel e il giusnaturalismo</i>	p. 87
Conclusioni finali	p. 107

CAPITOLO III LO SVILUPPO DIALETTICO DELLA LIBERTA' NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA': LA FAMIGLIA, LA SOCIETA' CIVILE, LO STATO

Considerazioni introduttive	p. 111
-----------------------------	--------

Paragrafo I	
<i>La famiglia</i>	p. 114
Conclusioni	p. 158
Paragrafo II	
<i>La “bürgerliche Gesellschaft”</i>	
§ 1 <i>Il fondamento sostanziale del principio di sussidiarietà</i>	p. 159
§ 2 <i>La formulazione del principio di sussidiarietà nell’art. 118, ult. c., Cost.</i>	p. 185
Conclusioni	p. 201
Paragrafo III	
<i>Lo Stato e la rappresentanza politica</i>	
§ 1 <i>La concezione organica dello Stato</i>	p. 201
§ 2 <i>Il libero mandato parlamentare</i>	p. 227
§ 3 <i>La rappresentanza politica come partecipazione e mediazione</i>	p. 254
Conclusioni	p. 265

CONCLUSIONI FINALI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Lo scopo di questo lavoro è dimostrare, secondo la scienza del diritto pubblico, la profonda coerenza logica, l'intrinseca coesione razionale, fra il principio di sussidiarietà "orizzontale", o sociale, e il principio della rappresentanza politica, entrambi proclamati dalla Carta costituzionale.

Il primo è enunciato espressamente dall'art. 118, ult. c., Cost.¹, pur ritenendo che, come si vedrà in seguito, esso abbia la propria *sedes materiae* soprattutto nell'art. 2 Cost.; il secondo invece è sancito dall'art. 67 Cost., determinandosi ulteriormente nel divieto di vincolo di mandato parlamentare. Come è noto, il principio di sussidiarietà in senso sociale, prima ancora di essere introdotto nel diritto costituzionale vigente, è formulato a livello teorico dalla dottrina sociale della Chiesa Cattolica.

Secondo il Magistero ecclesiastico, il contenuto essenziale della sussidiarietà è l'espressione di una filosofia dell'azione in ambito civile, diretta alla realizzazione del bene comune: in questa concezione, l'autorità politica esercita una funzione integrativa di sostegno, orientata alla piena realizzazione della persona umana sia da un punto di vista materiale, che spirituale.

¹ Giova ricordare che questa disposizione costituzionale enuncia, al suo 1° c., anche il principio di sussidiarietà in senso verticale: esso disciplina i rapporti fra i diversi livelli di governo territoriale, con particolare riferimento all'esercizio delle funzioni amministrative, le quali sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.

In polemica con le ideologie del liberalismo individualistico e dell'interventismo statalista, dominanti tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, la dottrina della Chiesa si preoccupa di valorizzare la libera responsabilità sia dei singoli che dei corpi intermedi, come la famiglia, le comunità, le corporazioni, le stesse realtà religiose, i gruppi associativi, al fine di realizzare una società articolata e pluralista, che consenta lo sviluppo dell'uomo nel modo più libero e responsabile, prevedendo limiti istituzionali che frenino l'ingerenza dello Stato nella vita collettiva e individuale².

Secondo l'ispirazione più profonda del principio di sussidiarietà, come non è lecito sottrarre agli individui ciò che essi sono in condizioni di compiere con le proprie forze e la propria laboriosità, allo stesso modo costituisce una grave alterazione dell'ordine sociale "*quae a minoribus et inferioribus communitatibus effici praestarique possunt, ea ad maiorem et altiorem societatem avocare*"³.

Perciò, è necessario che lo Stato lasci che le comunità minori e inferiori si occupino degli affari meno rilevanti, in modo tale che esso possa esercitare con maggiore libertà, forza ed efficacia le sue funzioni finalizzate all'interesse generale della società politica, che consistono "*dirigendo, vigilando, urgendo, coercendo, prout casus fert et necessitas postulat*"⁴.

² T. HERR, *Katholische Soziallehre. Eine Einführung*, tr. it., Piemme, Casale Monferrato, 1996, pp. 184-185.

³ PIUS XI, *Quadragesimo Anno*, 5. *Societatis ordo instaurandus*, 1931, in w2.vatican.va.

⁴ *Ibidem*.

Il principio di sussidiarietà affonda le proprie radici ideali, nel corso dei secoli, in una lunga tradizione di pensiero risalente ad Aristotele, passando attraverso filosofi come Tommaso d'Aquino e Altusio⁵, fino ad essere accolto dai Pontefici con le loro Lettere encicliche, tra le quali si evidenziano in modo particolare la *Rerum Novarum* di Leone XIII del 1891, la *Quadragesimo Anno* di Pio XI del 1931, nella quale esso viene proclamato in modo esplicito e solenne, e, infine, la *Centesimus Annus* di Giovanni Paolo II del 1991, in cui ne sono affermati incisivamente il valore e l'attualità nella società contemporanea⁶.

Come sostiene in modo condivisibile Schmitt, citando Plessner, non sussiste alcuna antropologia filosofica che non sia anche rilevante politicamente e, nel medesimo tempo, non c'è nessuna politica irrilevante sul piano filosofico⁷.

Riteniamo che questa massima sia applicabile anche al pensiero sociale della Chiesa, dal quale emerge una precisa antropologia politica in cui tutti gli uomini sono considerati titolari di diritti fondamentali inviolabili, poiché tutti sono uguali nella loro dignità ontologica di creature.

Precisamente, ispirandosi alla filosofia aristotelico-tomista, nell'insegnamento della Chiesa la persona umana ha un fondamento metafisico: essa si distingue dagli altri esseri viventi perché è dotata di intelletto, volontà e libertà, secondo un criterio morale definibile come "normalità essenziale";

⁵ F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Cedam, Padova, 1996, p. 111.

⁶ w2.vatican.va.

⁷ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, *passim*.

inoltre, una seconda differenziazione è che lo scopo dell'esistenza umana coincide con una vita condotta in conformità ai dettami della ragione, secondo un principio di "normalità teleologica".

La "normalità essenziale" indica la normalità di funzionamento della natura umana, mentre la "normalità teleologica" evidenzia il fine proprio a cui l'essere umano deve tendere per esprimere in pienezza la propria vocazione naturale e spirituale: in un certo senso, si può dire che la normalità teleologica riguarda la sua "normalità di destinazione"⁸.

Quest'ultima è il compimento della normalità essenziale: la natura concepita come *τέλος* coincide con lo sviluppo finale della natura concepita come *εἶδος*; dunque, secondo questa filosofia morale l'essenza di qualsiasi cosa, compreso l'uomo, ne è insieme anche il fine, indicando anche come la cosa "deve essere".

Ciò significa che la piena realizzazione dell'essenza di una determinata cosa coincide con il fine della cosa stessa; il finalismo come determinazione del divenire, del moto e del venir mosso è una proprietà dell'essere: così, l'ordine ontologico ha un suo finalismo naturale⁹.

L'uomo è parte costitutiva di quest'ordine naturale, ma con una propria peculiarità; egli, per quanto concerne la sua dimensione corporea, è sottoposto insieme a tutti gli altri

⁸ L. GRION, *Divisi dal bene comune*, in F. PIZZOLATO - P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2013, nota 1 a piè di p. 3.

⁹ H. ROMMEN, *Der Staat in der katholischen Gedankenwelt*, tr. it., Giuffrè, Milano, 1964, p. 43.

organismi viventi alle leggi fisiche della causalità e della necessità: tuttavia, si distingue qualitativamente da essi, poiché si caratterizza per avere intellesione, volizione e libertà.

In altre parole, l'ordine naturale del mondo si forma tanto negli esseri privi di ragione, quanto nell'uomo, ma attraverso modalità rispettivamente differenti: mentre per i primi esso si presenta in quanto legge causale, come cieca necessità, invece, nel secondo esso coincide con il libero volere della legge morale.

Quindi, la normalità teleologica si costituisce nell'essere umano, libero e razionale, come una finalità che deve essere realizzata praticamente, cioè come un finalismo normativo¹⁰.

In questa concezione classico-tomista, il dover essere ha una radice essenzialmente ontologica: l'ordine dell'essere descrive alla ragione e prescrive alla libertà umana un ordine assiologico di diritto naturale, che deve tradursi da parte dell'uomo in una vita condotta in conformità al *recte vivere*, praticando le fondamentali virtù morali, come la prudenza e la giustizia¹¹.

Alla luce di queste premesse filosofiche, si giustifica l'importanza che assume nella vita sociale il principio di sussidiarietà orizzontale: esso assegna all'autorità civile un compito integrativo di aiuto per la libera esplicazione dell'individualità umana, affinché la stessa dignità ontologica della persona si traduca concretamente anche in una dignità

¹⁰ *Idem*, p. 48.

¹¹ *Idem*, p. 69.

sociale riconosciuta come insopprimibile dallo Stato e da ogni altro soggetto della comunità politica¹².

Ovviamente, la realizzazione di questa finalità non avviene nell'isolamento, ma nella relazione interpersonale, dal momento che l'uomo è portato naturalmente alla vita associata.

Pur in continuità con alcuni aspetti del pensiero aristotelico, tuttavia, giova osservare che nella prospettiva teologico-trascendente del Magistero sociale, il bene comune della società politica si riferisce soltanto alla *felicitas in temporalibus rebus*, non anche alla *felicitas aeterna in spiritualibus rebus*.

Proprio in questa distinzione tra la finalità penultima e la finalità ultima, si radica la distanza fra l'ordine etico-politico della classicità pagana e quello della dottrina cattolica per la quale il destino dell'uomo non si compie interamente nello

¹² C. MILLON-DELSOL, *L'Etat subsidiaire: ingérence et non-ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Presses universitaires de France, Paris, 1992, *passim*. Con particolare riferimento al problema della violazione della dignità personale da parte di soggetti privati, v. A. MATTIONI - F. FARDELLA, *Teoria generale dello Stato e della Costituzione. Un'antologia ragionata*, G. Giappichelli, Torino, 2009, p. 41, dove si dice che la Suprema Corte degli U.S.A. ha formulato, nel 1948, la c.d. "State Action Doctrine", secondo cui i diritti fondamentali possono essere tutelati non solo nei confronti dello Stato, ma anche contro i privati, qualora un gruppo di potere violi la libertà di persone appartenenti a determinate minoranze.

Stato: piuttosto, la persona trascende quest'ultimo, “*tendendo a un fine superiore a quello delle singole civitates*”¹³.

In questa prospettiva escatologica, il principio di sussidiarietà riguarda lo sviluppo temporale dell'uomo attraverso un pluralismo dialogico qualificato in senso solidaristico dalla cooperazione interpersonale in funzione del bene comune¹⁴.

Quest'ultimo è definito in modo emblematico nella Lettera enciclica di Papa Francesco, il quale, richiamandosi alla Costituzione pastorale *Gaudium et spes*, afferma che esso è l'insieme di quelle condizioni della vita sociale “<<*quae tum*

¹³ F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in F. PIZZOLATO - P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro* cit., p. 108. La distinzione gerarchica fra l'ordine subordinato delle finalità naturali e quello sovraordinato delle finalità soprannaturali riflette la tesi tomista dell'armonia fra la ragione e la fede, tesi che, oltre ad essere ripresa nella contemporaneità da GIOVANNI PAOLO II con la Lettera enciclica *Fides et Ratio* del 1998 (in w2.vatican.va), aveva già trovato la propria formulazione letteraria nel *Purgatorio* dantesco, laddove l'Alighieri elabora in termini poetici la distinzione, tipicamente scolastica, fra l'indagine speculativo-razionale (cioè la filosofia, paradigma della ragione, impersonata da Virgilio) e la conoscenza della verità rivelata (cioè la teologia, paradigma della fede, impersonata da Beatrice): vd. D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia. Purgatorio*, La Nuova Italia, Scandicci, 1991, XVIII, 46-48:

“*Ed elli a me: <<Quanto ragion qui vede
dir ti poss'io; da indi in là t'aspetta
pur a Beatrice, ch'è opra di fede (...)>>*”.

¹⁴ F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse* cit., in F. PIZZOLATO - P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro* cit., p. 135.

coetibus, tum singulis membris permittunt ut propriam perfectionem plenius atque expeditius consequantur>>”¹⁵.

Questa definizione implica che l'autorità politica non crei ideologicamente, né imponga un ordine artificioso alla società dall'esterno, né aspiri all'ambizione totalitaria di rigenerare una nuova umanità magari purificata dalla caducità della colpa originaria.

Alla luce di tali premesse teoriche deriva che, per il Magistero, il principio di sussidiarietà è un principio di filosofia morale, il quale disciplina l'esercizio di un'azione indirizzata alla realizzazione completa dell'uomo sia nella sfera dei rapporti economico-sociali, come nella vita personale.

In quest'antropologia filosofica, lo Stato è assimilato ad un *corpus politicum mysticum de iure naturali*, in cui l'autorità politica è titolare di una potestà direzionale da esercitarsi in vista del bene comune e della giustizia sostanziale.

Secondo questa concezione personalista, è necessario che la potenziale conflittualità insita nella molteplicità dei rapporti e degli interessi particolari, presenti in ogni ambito del vivere civile, venga saggiamente guidata e ricondotta ad unità sintetica all'interno di un armonico ordine politico, in modo tale che ogni persona possa vedere concretamente riconosciuta la sua libertà e la propria dignità sociale¹⁶.

In questo breve riassunto abbiamo indicato il paradigma antropologico-politico che l'insegnamento autorevole della

¹⁵ FRANCISCUS, *Laudato si'*, 2015, 156, in w2.vatican.va.

¹⁶ Per il personalismo, v. J. MARITAIN, *La personne et le bien commun*, tr. it., Morcelliana, Brescia, 1983, *passim*; nonché E. MOUNIER, *Le personalisme*, tr. it., A.V.E., Roma, 1989, *passim*.

Chiesa assume, in campo sociale, con la formulazione del principio di sussidiarietà.

Dal nostro esame emerge che il Magistero parla di sussidiarietà nei termini di una “filosofia dell’azione”, tale da orientare l’agire dell’uomo, sia singolo che associato, per edificare il bene della società, mediante le virtù morali della prudenza e della giustizia, applicate alla convivenza civile.

Come si è visto, il monito costante del Magistero è che le diverse autorità preposte alla guida istituzionale esercitino un’autentica funzione di ausilio per lo sviluppo integrale dell’uomo, compito promozionale che deve essere svolto a partire dalle formazioni sociali più vicine all’individuo, come la famiglia, passando per i corpi intermedi della società civile, per giungere, infine, allo Stato, proprio secondo la logica sussidiaria indicata dai Pontefici anche nei loro documenti più recenti¹⁷.

Alla luce di queste ultime considerazioni, riteniamo che nella dottrina sociale della Chiesa il principio di sussidiarietà abbia un significato essenzialmente normativo-prescrittivo in senso morale: in altre parole, il Magistero persegue lo scopo “pratico” di orientare autorevolmente, con prudenza e sapienza, la vita individuale e sociale, affinché ogni persona possa realizzare la propria vocazione umana nella più totale pienezza e libertà, pur mantenendo una relazione solidale e fraterna con gli altri consociati.

Pertanto, com’è stato anticipato all’inizio, questo richiamo alla sussidiarietà da parte della Chiesa consiste in

¹⁷ BENEDICTUS XVI, *Deus caritas est*, 2005, 28, b), in w2.vatican.va; Id., *Caritas in veritate*, 2009, 7, in w2.vatican.va; FRANCISCUS, *Laudato si*, 157, in w2.vatican.va.

un'importante "filosofia dell'azione" di derivazione classicotomista.

Pur riconoscendo l'elevato prestigio dell'idea di sussidiarietà nell'insegnamento pontificio, tuttavia, non possiamo esimerci dall'osservare che l'intento del nostro lavoro - che è quello di dimostrare la profonda coerenza logica fra il principio di sussidiarietà "orizzontale" e la rappresentanza politica - non è un intento di ordine "pratico", bensì "teoretico" o, più propriamente, "filosofico", anche se finalizzato, ovviamente, alla comprensione concettuale degli istituti etici previsti dal diritto costituzionale vigente.

A tale proposito, riteniamo che le espressioni storiche della moralità sociale, come la famiglia, i corpi intermedi della società civile ove si svolge la personalità dell'uomo, fino a giungere allo Stato, nel loro complesso rivelino un ordine assiologico il quale, proprio perché ha in sé un contenuto intrinsecamente razionale, esige di essere compreso ed esplicitato nella sua profonda verità dalla ragione speculativa. La nostra tensione intellettuale, rivolta ad una conoscenza sempre più precisa del concreto universo etico, affonda le sue radici spirituali nella filosofia giuridica di Hegel.

Come questo filosofo sostiene autorevolmente, anche noi siamo d'accordo sul fatto che non c'è più bisogno di dire cosa siano il diritto, l'eticità e lo Stato, presi in considerazione unilateralmente, senza essere messi in relazione tra loro l'uno con l'altro: così intesa semplicisticamente, la loro verità è già "data", dal momento che essa è "*ebenso sehr alt, als in den öffentlichen Gesetzen*,

der öffentlichen Moral und Religion offen dargelegt und bekannt”¹⁸.

Se così è, allora, si domanda Hegel in termini retorici ma efficaci, di cos’altro ha bisogno questa verità?

Il filosofo risponde, affermando che la verità ha bisogno di essere compresa concettualmente nella sua intrinseca razionalità, in modo tale che il contenuto, già di per sé razionale, dell’universo etico possa anche tradursi in categorie logico-formali elaborate dal pensiero umano¹⁹.

Quest’ultimo, proprio perché è libero (altrimenti, se non fosse “libero”, non sarebbe più un “pensiero”, ma soltanto la manifestazione di un determinismo causale o di una ferrea necessità naturalistica) non può limitarsi ad una conoscenza statica ed elementare della realtà etica: secondo Hegel, il pensiero libero non resta fermo al dato, fosse anche un dato legittimato dall’autorità dello Stato o dal consenso degli uomini o da un’intuizione emotiva, ma ha la pretesa di unirsi, nella sua più profonda interiorità, con la Verità²⁰.

Spiegato in altri termini, Hegel sta dicendo che, per poter affermare con matura consapevolezza e responsabilità che nel mondo etico è insita una profonda razionalità, è necessario aver prima compreso in termini concettuali, attraverso il ricorso alla scienza filosofica, proprio lo sviluppo logico di questa ragione immanente nella realtà.

¹⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, tr. it., Bompiani Testi a fronte, Milano, 2010, p. 42: “tanto antica, quanto pubblicamente esposta e nota nelle pubbliche leggi, nella pubblica morale e religione”.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

Per questo motivo, Hegel esalta quell'attitudine mentale, che egli definisce "una grande caparbieta" (*"Es ist ein großer Eigensinn"* ²¹), che caratterizza il sorgere dell'epoca moderna, consistente nel non voler riconoscere nulla che non sia giustificato razionalmente dal pensiero filosofico.

Nonostante l'uso della parola "caparbieta" possa assumere apparentemente un'accezione negativa, si tratta, in realtà, di una "caparbieta" nobile, quasi eroica, la quale, come Hegel scrive in maniera condivisibile, *"dem Menschen Ehre macht"* ²², dal momento che esprime l'esigenza teoretica di comprendere in profondità il reale.

In questo nostro lavoro, ispirandoci idealmente alla dottrina di Hegel, vogliamo cercare di dimostrare come il principio di sussidiarietà orizzontale si leghi in modo coerente con il principio della rappresentanza politica, in base al quale il parlamentare è libero da vincoli giuridicamente rilevanti rispetto al suo collegio elettorale, poiché la sua funzione è quella di soddisfare gli interessi politici generali e non quelli di particolari gruppi sociali.

Come è stato anticipato, ribadiamo che, a differenza della dottrina sociale della Chiesa, per noi la sussidiarietà assume essenzialmente un valore teoretico, intendendo con ciò una teoria della conoscenza che consenta di comprendere in modo adeguato il processo dinamico mediante il quale l'idea di libertà si realizza concettualmente nelle istituzioni dello Stato moderno.

Giova precisare che questo "divenire" della libertà non è un "realizzarsi" in termini empirici, ma, appunto, concettuali;

²¹ *Idem*, p. 62: "E' una grande caparbieta".

²² *Ibidem*: "fa onore all'uomo".

ciononostante, non si tratta di una *Weltanschauung* meramente astratta, di un puro *Sollen* separato da ogni implicazione con la realtà storica: piuttosto, questo svolgimento si verifica secondo una serie di determinazioni logico-concettuali, ognuna delle quali corrisponde ai principali istituti etici previsti dal diritto positivo, quali sono la famiglia, la società civile, fino ad arrivare allo Stato, dove il cammino della libertà si compie in modo definitivo.

Ai fini della nostra ricerca, per sussidiarietà intendiamo il “principio dialettico”, immanente nel diritto positivo, che regola lo sviluppo concettuale dell’idea etica di libertà all’interno della famiglia, della società civile e della rappresentanza politica, rivelando alla ragione la loro intrinseca connessione con il “tutto”, secondo una concezione organica dello Stato, che approfondiremo nel corso di questo lavoro.

Già da queste poche righe emerge che, chiaramente, quando parliamo di idea “etica” di libertà, intendiamo riferirci ad un concetto che trascende la libertà del singolo individuo, ma non per questo la nega, anzi la riafferma in maniera più potente, proprio perché la concretizza, ponendola in relazione con le istituzioni storiche previste dal diritto positivo.

Per rappresentanza politica, invece, assumiamo il principio attraverso il quale i corpi intermedi della società civile “partecipano” all’esercizio della sovranità statale all’interno delle istituzioni parlamentari, per tendere insieme al bene comune.

Secondo la tesi che intendiamo esporre, riteniamo che il principio di sussidiarietà orizzontale vada letto in relazione con quello dell’art. 67 Cost., dal momento che con la rappresentanza politica il bene comune, che ha il suo inizio

nella famiglia e nelle formazioni sociali, si compie in modo definitivo nello Stato concepito come un organismo etico-spirituale, dove si completa l'elevazione del "particolare" all'"universale".

Pertanto, considerando brevemente lo sviluppo interno del nostro lavoro, inizieremo ad esaminare le dottrine contrattualistiche di Grotius, Hobbes e Locke, per stigmatizzarne l'inadeguatezza razionale, la loro visione astratta dell'uomo considerato il principio fondativo dello Stato, nonché i loro dilemmi aporetici irrisolti.

In seguito, attraverso la filosofia hegeliana dell'eticità, illustreremo come la libertà si realizzi nelle istituzioni sociali degli ordinamenti politici, comprendendo, in tal modo, come la sussidiarietà si radichi profondamente nel sistema concettuale dello Stato moderno.

Successivamente, applicando le categorie dogmatiche della dottrina di Hegel allo studio del diritto costituzionale, spiegheremo che, in base al nostro approccio teoretico, il principio di sussidiarietà è nient'altro che lo sviluppo dialettico dell'idea di libertà, che unisce insieme, nella loro necessità razionale, gli istituti giuridici della famiglia e della società civile.

Vedremo, tuttavia, come in questa dimensione "prepolitica" il concetto della libertà non si perfezioni in modo definitivo, dal momento che nella società civile i diritti individuali e i doveri inderogabili di solidarietà rimangono ancora in una tensione conflittuale tra loro: soltanto nella sfera politico-statuale, dove il principio di sussidiarietà si salda perfettamente con il principio di rappresentanza politica, lo sviluppo dialettico della libertà verso il bene comune giungerà al proprio compimento speculativo.

CAPITOLO I

L'OBBLIGAZIONE POLITICA DELLA DOTTRINA GIUSNATURALISTICA: GROTIUS, HOBBS, LOCKE

Considerazioni introduttive

Nell'introduzione di questo lavoro è stato accennato che alla base della nostra formulazione del principio di sussidiarietà orizzontale c'è una concezione della libertà secondo la quale non si intende soltanto quella del singolo individuo, ma più propriamente la libertà che si concretizza nei diversi istituti etici previsti dal diritto positivo, come la famiglia, i corpi intermedi della società civile, fino ad arrivare allo Stato, attraverso la rappresentanza politica.

Ciononostante, in età moderna i principali esponenti del giusnaturalismo, Grotius, Hobbes e Locke, assumono un concetto di libertà che si riduce alla libertà del singolo individuo considerato astrattamente come l'elemento fondativo dell'ordine politico-sociale.

Come in età feudale, quando lo Stato era una proprietà privata di particolari soggetti¹, anche nella modernità continua la tendenza ad introdurre il diritto privato nel diritto pubblico: questa volta si tratta dell'impiego della categoria del contratto.

I filosofi giusnaturalisti sopra indicati cercano di spiegare razionalmente l'origine dello Stato, ricorrendo ad uno schema interpretativo tipicamente negoziale, che a volte si struttura come un contratto di tutti con tutti (il così detto *pactum societatis*), altre come un contratto fra questi tutti,

¹ Sui rapporti fra feudalesimo e Stato patrimoniale v. A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., pp. 8-10.

da un lato, e il sovrano e il governo, dall'altro (il così detto *pactum subiectionis*)².

Nel Medioevo in qualità di *dominus*, in epoca moderna in veste di parte contraente, in ogni caso, il singolo è sempre il criterio impiegato per giustificare lo Stato, senza rendersi conto della debolezza teoretica di questo metodo, dal momento che, così operando, non solo si confonde la sfera privata con quella pubblica, ma, in modo ancor più grave, si trasferiscono le determinazioni della proprietà e del contratto in una sfera, quale è quella dello Stato, che, riteniamo, sia assiologicamente superiore alla prima, oltre a precederla da un punto di vista logico, come vedremo più avanti nel corso del nostro lavoro³.

Dunque, in questo capitolo analizzeremo, nell'ordine, le teorie contrattualistiche di Grotius, Hobbes e Locke, dimostrando per ognuno di essi come la loro concezione della libertà sia inadeguata per comprendere profondamente il concetto di sussidiarietà orizzontale, da noi formulato.

Paragrafo I

Il contrattualismo in Grotius

Nella dottrina di Grotius lo studio scientifico del diritto naturale si affranca da presupposti teologico-religiosi, fondandosi esclusivamente, in senso moderno, su una base razionale, squisitamente laica e dipendente interamente dalla riflessione filosofica dell'uomo.

A differenza di Hooker, il quale recupera ancora principi argomentativi di derivazione classico-tomista, Grotius, invece, ha una visione moderna del diritto naturale, dal

² G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 178.

³ *Ibidem*.

momento che lo libera dalla dipendenza di qualunque ragione teologico-trascendente fondata sulla Rivelazione⁴. Tuttavia, apparentemente, nel pensiero speculativo di questo giurista olandese nessuna soluzione di continuità sembrerebbe sussistere con la precedente tradizione medievale.

Infatti, egli definisce il diritto naturale “*dictatum rectae rationis*”⁵.

In base a questa definizione, attraverso il diritto naturale l'uomo è in grado di conoscere se una sua determinata azione rispetti la legge morale ovvero sia contaminata dall'immoralità.

Il criterio di questa conoscenza precisa ed esatta è l'osservazione se l'azione dell'uomo sia esercitata in conformità alle finalità della sua natura razionale o no.

Nella prima ipotesi l'azione è prescritta da Dio, il quale è colui che emana la legge morale e naturale, invece nella seconda ipotesi l'azione è vietata da Dio stesso⁶.

Tuttavia, alcuni passi dell'opera di Grotius sembrano attestare che il diritto naturale moderno si distingue da quello della teologia medievale, non tanto per un determinato contenuto materiale intrinseco nell'essenza della legge, quanto per peculiari categorie astratte di tipo logico-formale: esse sono l'evidenza, la coerenza, l'immutabilità e, dunque, la stabilità.

⁴ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural law. An introduction to legal philosophy*, Hutchinson's University Library, London, 1951, pp. 52 e 70.

⁵ H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Scientia Verlag, Aalen, 1993, p. 34.

⁶ *Ibidem*.

Conseguentemente, potrebbe essere plausibile ritenere che mentre il diritto naturale medievale sia *ius quia iustum*, quello moderno sia *ius quia rationale*.

Inoltre, Grotius ritiene che il diritto naturale sia talmente fisso ed immutabile, al punto tale che esso non potrebbe essere modificato neppure da Dio⁷.

Per questo egli sostiene che il diritto naturale esisterebbe con i medesimi caratteri sopra indicati “*etiamsi daremus (...) non esse Deum*”⁸.

L'autore afferma esplicitamente che i principi del diritto naturale sono oggettivi, manifesti in modo chiaro alla ragione ed evidenti di per sé, quasi come ciò che nella realtà sensibile e fenomenica è percepito attraverso i cinque sensi esterni⁹.

A tale proposito, egli scrive che come nemmeno Dio è in grado di impedire che il doppio di due corrisponda a quattro, parimenti l'onnipotenza divina non può trasformare in bene ciò che è intrinsecamente male¹⁰.

Il razionalismo giuridico appena descritto rivela, tuttavia, un fondamento contrattualistico (che, come si vedrà, finisce per indebolirlo), dal momento che fra le disposizioni normative di diritto naturale vi è la regola *pacta sunt servanda*, la quale prescrive l'obbligatorietà degli accordi stipulati.

Precisamente, la *lex contractus* vige con assoluta evidenza ed immediatezza nei confronti di ogni individuo ragionevole e moralmente onesto, indipendentemente dal fatto che il dovere dell'adempimento delle obbligazioni pattuite contrattualmente sia anche codificato secondo un

⁷ *Idem*, p. 35.

⁸ *Idem*, p. 10.

⁹ *Idem*, p. 20.

¹⁰ *Idem*, p. 36.

ordine sistematico nella legge civile e positiva; infatti, quest'ultima si limita a trascrivere e a dichiarare il principio metagiuridico e universale di diritto naturale sopra indicato. Grotius pensa che la disposizione normativa *pacta sunt servanda* sia la regola fondamentale che edifica il consorzio umano e sociale.

In particolare, secondo la sua visione astratta - che consideriamo razionalmente inadeguata per la comprensione del senso profondo della sussidiarietà - gli individui si obbligherebbero gli uni con gli altri a vivere insieme nella società politica attraverso un primo accordo contrattuale denominato *pactum societatis*.

Successivamente, mediante un secondo patto chiamato *pactum subiectionis*, funzionalmente connesso con il primo, i futuri cittadini istituirebbero entro la società un'autorità politica al cui potere si assoggetterebbero: in base a questa costruzione artificiosa, il fondamento della potestà statale risiederebbe nella stessa volontà dei sudditi, i quali hanno convenuto di accettare ed osservare le prescrizioni che sono sancite dallo Stato.

Dunque, per la dottrina contrattualistica la formazione della società politica e statale è fondata sul principio logico-razionale formulato nella norma *pacta sunt servanda*, la quale attribuisce valore obbligatorio e cogente alle volontà dei singoli contraenti e sottrae lo Stato, una volta che esso sia stato costituito, al pericolo di ogni arbitrio individuale¹¹. Siamo dell'opinione che un problema specifico emerga da queste ultime riflessioni formulate.

Precisamente, si tratta di determinare se l'ordinamento politico-statale, che è fondato contrattualmente ed è ancorato a principi giusnaturalistici in quanto a genesi,

¹¹ G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Cedam, Padova, 1964, p. 15.

dipenda dal diritto naturale anche in relazione ai fini perseguiti ovvero tenda alla realizzazione di finalità politiche autonome dalla sfera del diritto naturale.

Con particolare riferimento a questo interrogativo, Grotius risponde ispirandosi ad un'idea di ordinamento politico fortemente totalizzante, nella quale lo Stato viene definito una società perfetta, cioè compiuta e completa in ogni suo elemento costitutivo.

Infatti, egli scrive che: “*Est autem Civitas coetus perfectus liberorum hominum, iuris fruendi et communis utilitatis causa sociatus*”¹².

In questa concezione politica assolutistica l'ordine istituzionale è contemporaneamente una sorta di “Stato-Chiesa”: esso emana non solo la legge giuridica, ma anche quella morale.

La razionalità dell'uomo dipende dal fatto che egli vive all'interno di una determinata comunità statuale e appartiene integralmente alla cultura espressa da questa stessa comunità civile: il diritto statuale è il solo criterio logico-giuridico che qualifica e misura il grado di moralità e di razionalità della condotta umana.

Difatti, Grotius afferma che non vi è alcuna azione esteriore dell'uomo che non si riferisca allo Stato “*aut per se (...), aut ex circumstantiis (...)*”¹³.

Come si può osservare, sebbene la genesi dell'obbligazione politica sia contrattuale, tuttavia, una volta che sia sorto, lo Stato non è vincolato da limiti giuridici sostanziali di diritto naturale nel conseguimento dei propri scopi istituzionali.

A tale proposito, Grotius precisa che qualora la sovranità statuale fosse sottoposta ai limiti giuridici sostanziali derivanti dall'obbligazione contrattuale di diritto naturale,

¹² H. GROTIUS, op. cit., p. 41.

¹³ *Idem*, p. 254.

l'ordine politico sarebbe instabile e precario e, perciò, cagionerebbe una convivenza sociale caotica e disordinata. Egli sostiene che se un popolo volesse condividere l'esercizio del potere sovrano con l'autorità suprema, i limiti delle rispettive titolarità dovrebbero essere fissati e distinti con sommi rigore e intelligibilità; tuttavia, la divisione della sovranità all'interno della comunità politica determinerebbe una confusione estrema e pericolosa¹⁴.

Il filosofo olandese nega l'ammissibilità del recesso dal rapporto contrattuale che fonda l'obbligazione politica, poiché egli concepisce lo Stato come una realtà istituzionale necessaria la quale perdura nel tempo in modo costante e perpetuo.

Egli ritiene che se il recesso fosse consentito "*iam civilis societas substistere non possit*"¹⁵.

Alla luce di queste considerazioni, riteniamo che il giusnaturalismo moderno teorizzato da quest'autore sia un giusnaturalismo formale finalizzato unicamente a fornire una spiegazione logico-causale della formazione dell'ordine politico-statuale: in questa prospettiva teoreticamente debole, l'obbligazione contrattuale *de iure naturali* spiega il *quomodo*, ma non l'*an* dell'obbligazione politica.

Conseguentemente, il fondamento dell'obbligatorietà delle norme positive, ossia la loro legittimità, non ha un'origine eteronoma, ma è *in re ipsa*, ossia è nella stessa effettività dell'ordinamento statale: lo Stato assume un valore etico-giuridico di per sé, e, quindi, l'esigenza della sua conservazione acquista quasi il significato di un imperativo assoluto, categorico e inderogabile.

¹⁴ *Idem*, p. 110.

¹⁵ *Idem*, p. 255.

Conclusioni

Reputiamo che nella teoria politica di Grotius si nasconda un'aporia, dal momento che il fondamento individualistico dello Stato finisce per legittimarne, paradossalmente, una concezione assolutistica, in stridente contraddizione con le premesse giusnaturalistiche di partenza: in ciò, sta, secondo noi, la debolezza del suo contrattualismo.

Conseguentemente, lo sviluppo speculativo della libertà nel concreto mondo etico, secondo la logica del principio di sussidiarietà, è già impedito sin dall'inizio.

Dunque, possiamo concludere che in Grotius i rapporti umani non vadano al di là di una relazionalità utilitaristica e conflittuale, come si vedrà anche a proposito di Hobbes, in modo più analitico, nel paragrafo seguente.

Paragrafo II

Il contrattualismo in Hobbes

Come abbiamo anticipato in conclusione del precedente paragrafo, la dottrina contrattualistica di Hobbes riprende alcuni temi già presenti in Grotius, seppure in quest'ultimo siano espressi con toni meno accentuati: uno di essi è certamente la concezione individualistica della natura umana, tipica dell'età moderna.

Inizialmente, il filosofo di Malmesbury sembra partire da presupposti quasi teologico-biblici: infatti, egli si domanda per quale ragione il primo Adamo sia vissuto più di novecento anni nonostante sia stato a lui impedito di alimentarsi dell'albero della vita a causa della cacciata dall'Eden.

Subito, tuttavia, Hobbes trova la risposta a questo quesito. Precisamente, egli afferma che Dio non ha predetto la morte come conseguenza immediata ed istantanea del peccato

d'orgoglio, ma, invece, ha detto “*moriendo morieris*”¹⁶: ciò significa che quando l'uomo morirà al termine della sua vita, in quel momento morirà per sempre e non rivivrà in questa terra.

Da tale asserzione Hobbes deduce che questa minaccia riguardi “*etiam ad Adami posteritatem, id est, ad genus humanum*”¹⁷.

La devastazione e il disordine che accomunano l'intera umanità decaduta a causa della disobbedienza determinano l'eguaglianza degli uomini nelle loro passioni, quali il desiderio, il timore e la speranza.

Questi ultimi sentimenti sono simili e costanti in ogni essere umano e devono essere distinti dagli oggetti delle passioni, ossia dalle cose desiderate, temute e sperate, le quali, invece, sono variabili¹⁸.

Poiché secondo questo filosofo le differenziazioni fisico-corporali e mentali sono marginali e irrilevanti¹⁹, l'eguaglianza delle abilità implica l'eguaglianza della speranza di ottenere i propri scopi.

Conseguentemente, qualora due individui desiderino la medesima *res* e questa non possa costituire oggetto di comune possesso, il loro desiderio di conservazione suscita un sospetto reciproco che si concretizza in tentativi vicendevoli di sottomissione ovvero di distruzione²⁰.

Le tre cause principali di aggressione sono individuate nella natura umana: precisamente esse sono la competizione, la diffidenza e la gloria.

¹⁶ T. HOBBS, *Leviathan*, tr. it., Testo inglese del 1651 a fronte, Testo latino del 1668 in nota, Bompiani Il Pensiero Occidentale, Milano, 2001, p. 1164.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Idem*, p. 16.

¹⁹ *Idem*, pp. 200 e 202.

²⁰ *Idem*, p. 202.

La prima è finalizzata alla realizzazione del guadagno, la seconda alla conservazione della sicurezza e l'ultima alla tutela della propria reputazione²¹.

Anche nella filosofia del diritto hobbesiana la dimensione prepolitica è una condizione nella quale “*there is always war of every one against every one*”²²: gli uomini vivono in una situazione permanente di incertezza e di precarietà determinata dall'assenza di ordine e di stabilità.

In conseguenza di ciò, l'uomo conduce una vita solitaria, misera e inidonea all'operosità e all'incremento economico, sociale e culturale²³.

Questo caos implica la negazione del fondamento ontologico del diritto naturale, concepito come la condizione metafisica di un ordine morale e sociale.

Come sostiene Hobbes, laddove un potere comune e unificante sia assente, gli uomini si trovano in uno stato di guerra che non consiste soltanto in una determinata battaglia ovvero in un singolo atto bellico, “*but in a tract of time, wherein the will to contend by battle is sufficiently known*”²⁴.

Poiché la forza e la frode sono definite da Hobbes le due virtù fondamentali in guerra, la distinzione fra le nozioni di giustizia e di ingiustizia, nonché la separazione fra il dominio proprio e il dominio altrui sono prive di alcun senso²⁵.

A tale proposito, questo filosofo ritiene che mentre i sensi e le passioni siano facoltà del corpo e della mente presenti in ogni singolo uomo, la giustizia e l'ingiustizia siano caratteri

²¹ *Idem*, p. 204.

²² *Idem*, p. 206.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Idem*, p. 210.

che riguardano unicamente gli uomini in società, non un uomo in solitudine²⁶.

E' plausibile dedurre che, a differenza delle passioni le quali sono insite nell'animo umano, la politicità non appartenga all'uomo in quanto tale, ma soltanto nel momento in cui egli decida di stabilire rapporti con altri uomini; in altre parole, riteniamo anche noi - come sottolinea Arendt - che in Hobbes la politica nasca *extra hominem* e, dunque, si affermi come una relazione *inter homines* ²⁷.

Il *bellum omnium contra omnes* ²⁸ dello stato di natura rende precario il senso di sicurezza e non soddisfa il bisogno di autoconservazione individuale.

L'emancipazione da questo disordine verso la tranquillità è provocata sia dalle passioni sia dalla ragione.

Infatti, da un lato, il timore della morte, il desiderio dei beni indispensabili per vivere agiatamente e la speranza di ottenerli mediante il proprio lavoro costituiscono le passioni che suscitano negli uomini la propensione alla pace; dall'altro lato, la ragione individua la convenienza e l'utilità di "*articles of peace, upon which men may be drawn to agreement*" ²⁹.

Il filosofo inglese distingue la nozione di *right of nature* da quella di *law of nature*.

Il primo è il *ius naturale*, ossia la libertà di usare il proprio potere come si vuole al fine di garantire la conservazione della propria vita.

Il *right of nature* presuppone una concezione empirica e materiale della libertà, che riteniamo razionalmente

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ H. ARENDT, *Was ist Politik?*, tr. it., Edizioni di Comunità, Milano, 1997, p. 7.

²⁸ T. HOBBS, op. cit., p. 210.

²⁹ *Ibidem*.

inconsistente, perché è l'espressione di un determinismo naturale.

Egli scrive che la libertà è l'assenza di impedimenti esterni al movimento e applica questa definizione tanto agli esseri viventi irrazionali e inanimati, quanto agli esseri viventi razionali³⁰.

La seconda è la *lex naturalis*, ossia un precetto o una regola generale dettati dalla ragione, i quali vietano all'individuo il compimento di atti lesivi della propria vita ovvero la privazione dei mezzi ritenuti più idonei e più utili a preservarla³¹.

Nel pensiero hobbesiano il *right of nature* coincide con la pura e semplice effettività dell'egoismo individuale, mentre la *law of nature* coincide con la dimensione della razionalità e del calcolo utilitaristico.

L'egoismo razionale è la sintesi concettuale fra la razionalità e l'egoismo: precisamente, la prima sublima il secondo in una condotta calcolata ed emendata dai conflitti interiori puramente istintuali³².

Nello stato di natura gli egoismi razionali di tutti gli individui si scontrano e causano una condizione "*of war of every one against every one*" ³³, che assume una fisionomia intrinsecamente contraddittoria e paradossale.

Infatti, per natura ogni uomo ha diritto ad ogni cosa, "*even to one another's body*" ³⁴; tuttavia, proprio la sussistenza in ogni uomo del diritto ad ogni cosa costituisce una grave minaccia alla sicurezza della vita di ognuno.

³⁰ *Idem*, pp. 212 e 342.

³¹ *Idem*, p. 212.

³² G. MIGLIO, *Lezioni di politica. I. Storia delle dottrine politiche*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 256.

³³ T. HOBBS, op. cit., p. 212.

³⁴ *Idem*, p. 214.

Conseguentemente, Hobbes enuncia la prima e fondamentale legge di natura che è “*to seek peace, and follow it*” ³⁵.

La prima legge di natura determina la formulazione della seconda legge di natura.

Quest’ultima è un imperativo ipotetico, dal momento che prescrive la deposizione del diritto a tutte le cose, nella misura in cui tale deposizione sia ritenuta necessaria a preservare la pace e a conservare integra la propria incolumità.

La seconda legge può essere ascritta fra le norme tecniche, dal momento che essa non si impone in termini assoluti, ma ha un valore unicamente per coloro i quali si propongano un determinato scopo, che nel nostro caso è quello di tendere alla pace³⁶.

L’osservanza della seconda legge di natura è subordinata espressamente alla precisa condizione che anche gli altri uomini siano disposti a deporre il loro diritto a tutte le cose. Precisamente, l’autore sostiene che se gli altri individui non deponessero il loro diritto, la deposizione effettuata da uno solo esporrebbe quest’ultimo al rischio di essere in balia delle aggressioni altrui, ma proprio questa conseguenza, “*which no man is bound to*” ³⁷, rappresenterebbe l’antitesi della pace auspicata.

Dunque, le leggi di natura obbligano sempre in coscienza, ossia vincolano al desiderio di attuarle, ma non obbligano sempre *in foro externo*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Con particolare riferimento alla generale definizione di norma tecnica, vd. G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 81.

³⁷ T. HOBBS, op. cit., p. 214.

Colui, il quale dimostrasse modestia e mansuetudine, ma fosse l'unico a tenere fede ai propri impegni assunti, andrebbe incontro a una rovina certa.

Tale esito sarebbe contrario al principio di autoconservazione che costituisce il fondamento di tutte le leggi di natura³⁸.

Per risolvere questo dilemma, Hobbes afferma che le leggi di natura sono distinte dalle leggi intese in senso proprio.

Le prime sono le conclusioni o i teoremi concernenti i mezzi adeguati ad assicurare la propria conservazione e difesa, pertanto esse sono regole strumentali.

Invece, le seconde sono le parole "*of him, that by right hath command over others*" ³⁹.

Le passioni naturali e il dominio reciproco degli uni sugli altri ostacolano lo sviluppo di un'esistenza prospera, appagante e sottratta alle insidie della precarietà.

Il fine di autoconservazione orienta gli uomini ad instaurare un potere comune e visibile che attui *in foro externo* l'osservanza dei precetti naturali.

Questo potere sovrano deve essere unificante, poiché deve essere idoneo a ridurre tutte le diverse volontà umane ad un'unica volontà.

La realizzazione di ciò è possibile attraverso la nomina di un organo monocratico destinato a rappresentare tutte le persone.

Il significato di questa forma di rappresentanza è che ogni individuo sia consapevole "*to be author of whatsoever he that so beareth their person, shall act, or cause to be acted, in those things which concern the common peace and safety*" ⁴⁰.

³⁸ *Idem*, p. 260.

³⁹ *Idem*, p. 262.

⁴⁰ *Idem*, p. 282.

In modo particolare, gli uomini decidono di stipulare un patto denominato *pactum unionis*, il quale ha il contenuto sia di un *pactum societatis*, sia di un *pactum subiectionis* ⁴¹. Infatti, il *pactum societatis* è il “*covenant of every man with every man*” ⁴², mediante il quale i singoli individui si associano per uscire dallo stato di natura ed entrare nella società politico-statuale.

Tuttavia, proprio il *pactum unionis* manifesta l’aspirazione hobbesiana a trascendere il mero formalismo giuridico immanente nell’astratto rapporto negoziale di diritti e di doveri fra i consociati.

Il patto stipulato da ogni uomo con ogni altro uomo non ha soltanto un valore dichiarativo ed esplicativo, poiché esso non si limita a stabilire le obbligazioni fra i contraenti.

Esso “*is more than consent, or concord; it is a real unity of them all, in one and the same person*” ⁴³.

L’accordo pattuito ha il significato costitutivo del *pactum subiectionis*, poiché esso crea un substrato reale, ossia una forza unificante che agisce in modo regolare, costante ed uniforme.

Attraverso questo secondo negozio, i cittadini decidono di assoggettarsi al potere sovrano dello Stato.

Quest’ultimo è una persona alla quale la totalità degli uomini ha affidato consensualmente il monopolio della forza “*for their peace and common defence*” ⁴⁴: dunque, il rappresentante sovrano ha il dovere istituzionale di preservare la *salus populi* ⁴⁵.

⁴¹ G. MIGLIO, op. cit., *I. Storia delle dottrine politiche*, p. 259.

⁴² T. HOBBS, op. cit., p. 282.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Idem*, p. 543.

In base alla nostra ricerca, ribadiamo che in Hobbes il *pactum subiectionis*, più che essere un accordo fra i consociati e il governante, abbia una funzione costitutiva della sovranità statuale: per questo motivo, colui che è investito del potere è terzo rispetto allo stesso *pactum subiectionis*.

Qualora il sovrano fosse parte del rapporto contrattuale, egli sarebbe assimilabile a un *quisquis de populo*: se tale condizione paritaria fra governante e governati sussistesse effettivamente, il *pactum unionis* declinerebbe in un semplice *pactum societatis* privo di una valenza coesiva e unificatrice.

Invece, la terzietà e l'estraneità agli interessi negoziali collocano l'autorità sovrana in una condizione giuridica sovraordinata rispetto alle parti contrenti.

Proprio questa posizione di superiorità gerarchica legittima l'autorità sovrana ad imporre un ordine normativo alla società politica⁴⁶.

Conseguentemente, il *pactum unionis* diventa un *pactum subiectionis*.

Ciononostante, è plausibile sostenere che l'applicazione delle categorie concettuali contrattualistiche renda il ragionamento hobbesiano tendenzialmente aporetico.

Precisamente, da un lato l'assenza di vincolatività del sovrano ad alcun patto è la condizione dell'effettività delle decisioni politiche: esse sono cogenti nella misura in cui l'autorità imperante stia al di fuori e al di sopra del *pactum unionis*.

In base a questa prima prospettiva, la terzietà e la posizione sovraordinata del Leviatano dimostrerebbero l'inidoneità dell'obbligazione negoziale a fondare l'*an* dell'obbligazione politica.

⁴⁶ G. MIGLIO, op. cit., I. *Storia delle dottrine politiche*, p. 259.

Dall'altro lato, tuttavia, la stessa terzietà del titolare del potere è l'effetto di una pattuizione negoziale in base alla quale i contraenti hanno deliberato di sottomettersi alla volontà di un'autorità esterna e sovraordinata.

Secondo questa diversa prospettiva, l'obbligazione contrattuale fonderebbe l'*an* dell'obbligazione politica.

A tale proposito, giova rilevare che la genesi dello Stato per istituzione e dello Stato per acquisizione è la medesima e risiede nel timore.

La differenza sussiste soltanto nei soggetti nei confronti dei quali la paura è avvertita; precisamente nel caso dello Stato politico "*men who choose their sovereign, do it for fear of one another, and not of him whom they institute*" ⁴⁷, mentre nel caso dello Stato dispotico essi "*subject themselves, to him they are afraid of*" ⁴⁸.

L'elemento consensuale è presente in entrambe le forme di Stato sopra indicate.

Nello Stato per istituzione l'insieme dei consociati "*do agree, and covenant*" ⁴⁹ di trasferire il diritto di rappresentanza ad un organo monocratico, che diviene il loro rappresentante.

Anche nel "*Commonwealth by acquisition*" ⁵⁰, il fatto storico della conquista né determina il diritto di dominio sul vinto, né determina il dovere di quest'ultimo ad arrendersi alla parte vittoriosa: anche qui, la fonte dell'obbligazione politica è soltanto l'atto giuridico attraverso il quale chi è stato sconfitto manifesta liberamente il proprio consenso a riconoscere nella persona del vincitore l'autorità sovrana alla quale sottomettersi e promettere obbedienza.

⁴⁷ T. HOBBS, op. cit., p. 324.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, p. 284.

⁵⁰ *Idem*, p. 324.

La dimensione negoziale emerge anche *ex latere capientis*: la dichiarazione di resa formulata dal nemico catturato non vincola il conquistatore a risparmiare la vita al prigioniero, dal momento che questa concessione è riservata ad una sua scelta esclusiva, libera e discrezionale⁵¹.

La transizione dallo stato di natura alla società politica è il passaggio dal regno della forza arbitraria e irrazionale privo di sicurezza, al regno della legge dove la forza è qualificata e normalizzata da precisi criteri modali di regolarità e di uniformità attraverso i quali le dinamiche relazionali interpersonali sono disciplinate e razionalizzate⁵².

Nonostante la dottrina di Hobbes legittimi l'assolutismo monarchico, riteniamo che il fondamento dell'ordinamento hobbesiano riveli la presenza di categorie concettuali che preludono al pensiero giuridico del liberalismo.

Difatti, il filosofo inglese identifica la libertà dei sudditi con la libertà negativa di non impedimento, la quale si articola nella formulazione di tre principi fondamentali⁵³.

Il primo principio è la rimozione degli ostacoli al godimento dei beni, attuata attraverso l'instaurazione della pace e della sicurezza⁵⁴; a tale proposito, il filosofo avverte che il disordine del tempo di guerra cagionerebbe una condizione di continuo pericolo di morte violenta che renderebbe la vita umana sofferta, brutale e breve⁵⁵.

Il secondo è la garanzia di una sfera d'indipendenza individuale dalla quale deriva necessariamente il terzo

⁵¹ *Idem*, p. 332.

⁵² A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, G. Giappichelli, Torino, 2009, pp. 13-14.

⁵³ *Idem*, pp. 303-304.

⁵⁴ *Idem*, p. 293.

⁵⁵ T. HOBBS, op. cit., p. 206.

principio, ossia la determinazione dell'azione dello Stato entro limiti precisi e chiaramente definiti.

Con particolare riferimento a questi ultimi due principi, Hobbes enuncia espressamente le classiche libertà economico-individuali: la libertà di scelta del luogo ove dimorare, la libertà di esercizio della propria professione e quella di educazione della prole⁵⁶.

Da un punto di vista antropologico, il fine di autoconservazione riflette un egoismo razionale che valuta l'utilità e la convenienza dell'abbandono dello stato di natura e del definitivo ingresso nella società politica: dunque, quest'ultima è voluta dai singoli individui, i quali decidono concordemente di riconoscere un'autorità sovrana al cui potere assoggettarsi.

Hobbes scrive che i patti e gli accordi attraverso i quali le componenti del corpo politico vengono create e unite insieme “*resemble that fiat, or the let us make man, pronounced by God in the creation*”⁵⁷.

A tale proposito, la stessa sovranità è definita “*an artificial soul*”⁵⁸, poiché la vita e il movimento dell'intero corpo politico scaturiscono da essa.

Questo atto creativo coincide con l'attribuzione allo Stato dell'autorità di uniformare le singole volontà in modo da assicurare il conseguimento della pace interna e la difesa reciproca contro i nemici esterni⁵⁹.

Alla luce delle considerazioni formulate fino a questo punto, è plausibile concludere che l'assimilazione del *Leviathan* a un “*Mortal God*”⁶⁰ costituisca la

⁵⁶ *Idem*, p. 346.

⁵⁷ *Idem*, p. 14.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Idem*, p. 282.

⁶⁰ *Ibidem*.

dimostrazione dell'origine astratta e artificiosa della società politica, come si è già visto in Grotius.

Interpretando Hobbes in senso liberale, questa genesi convenzionale potrebbe rivelare la controllabilità dei profondi meccanismi di funzionamento del *Commonwealth*, diventando l'oggetto di un'agevole previsione e di un continuo perfezionamento da parte dei singoli membri dello Stato⁶¹.

Dunque, lo Stato hobbesiano presenterebbe alcuni elementi di liberalismo latente, poiché la funzione istituzionale assolta dall'ordinamento giuridico consiste, essenzialmente, nella garanzia e nella tutela del diritto naturale di ogni individuo alla propria autoconservazione⁶².

Conclusioni

Partendo da premesse conflittuali ancora più evidenti che in Grotius, tali da legittimare una forma di assolutismo monarchico, tuttavia, Hobbes sembra, alla fine, giungere ad esiti liberali incentrati sul principio dell'autoconservazione personale.

Ciononostante, anche in questo filosofo rimane la profonda dicotomia irrisolta, propria del contrattualismo della scuola del diritto naturale, fra la libertà individuale e l'assolutismo statale: pertanto, anche qui non troviamo elementi significativi che descrivano lo sviluppo dell'idea di libertà, secondo la logica del principio di sussidiarietà.

⁶¹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi* cit., p. 174.

⁶² M.A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 69-74 e 119-120. In queste pagine indicate, Cattaneo sostiene che le premesse liberali di Hobbes abbiano influenzato sia l'utilitarismo benthamiano dell'empirismo anglosassone, sia la teoria illuministica dei diritti dell'uomo elaborata dal razionalismo continentale.

Riteniamo, però, che in Hobbes, a differenza di Grotius, la funzione costituiva e unificante del *pactum subiectionis* esprima la tensione a superare la semplice dimensione convenzionale dei rapporti sociali, cosa che emergerà, seppure in una forma diversa, nella dottrina politica di Locke.

Paragrafo III

Il contrattualismo in Locke

Condividendo l'analisi della dottrina, anche noi riteniamo che quegli elementi di liberalismo, presenti in Hobbes allo stato potenziale, siano sviluppati da Locke come motivi fondamentali della sua teoria politica, trovando la loro compiuta sistemazione concettuale nel pensiero di questo filosofo, esponente autorevole dell'empirismo anglosassone⁶³.

Locke definisce lo stato di natura uno stato di perfetta libertà, all'interno del quale ogni uomo è in grado autonomamente di disporre della propria persona, di regolare le proprie azioni e di amministrare i suoi possessori entro i limiti giuridici fissati dalla legge di natura, "*without asking leave, or depending upon the Will of any other Man*"⁶⁴.

Poiché questa condizione riguarda tutti gli uomini in quanto tali, senza alcuna discriminazione, lo stato di natura è regolato dal principio di eguaglianza in senso formale dinanzi alla legge naturale.

Ogni individuo è titolare del diritto alla conservazione della propria vita, del diritto all'esercizio delle proprie azioni e,

⁶³ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Giuffrè, Milano, 1982, p. 336.

⁶⁴ J. LOCKE, *Two treatises of government*, New American Library, New York, 1965, p. 309.

infine, del diritto alla disposizione del suo patrimonio: precisamente, il filosofo impiega il termine generale “*Property*”⁶⁵ per indicare insieme la vita, la libertà e gli averi.

Ovviamente, l’eguaglianza in senso giuridico implica che lo stato di natura non si confonda con uno stato di licenza assoluta, ma, invece, sia governato da una legge di ragione, la quale vieti ad ogni individuo di arrecare offese e di cagionare danni alla “proprietà”, ossia alla vita, alla libertà e alle ricchezze altrui.

Quindi, il principio di autoconservazione, consistente nel *neminem laedere*, è insito nella *lex naturalis*: nell’ipotesi di sua violazione, Locke afferma che ogni individuo in quanto tale, considerato genericamente come appartenente all’universale famiglia umana, è un legittimo esecutore della legge di natura e, perciò, ha il diritto “*to preserve Mankind in general*”⁶⁶.

Conseguentemente, ognuno è titolare del potere di repressione delle violazioni della legge naturale, determinandosi nel potere di punizione dell’offensore-danneggiante, il quale “*declares himself to live by another Rule, than that of reason and common Equity, which is that measure God has set to the actions of Men, for their mutual security*”⁶⁷.

Come emerge da quanto stiamo dicendo, l’esercizio di questo potere repressivo assolve una funzione avente una finalità di prevenzione generale e di orientamento pedagogico-culturale, poiché realizza un effetto ammonitorio allo scopo di dissuadere gli altri uomini

⁶⁵ *Idem*, p. 395.

⁶⁶ *Idem*, p. 312.

⁶⁷ *Ibidem*.

dall'intenzione di compiere un fatto illecito identico a quello commesso.

Nello stesso tempo, l'irrogazione della sanzione punitiva assolve una funzione di prevenzione speciale, che tende a impedire la reiterazione della violazione da parte del trasgressore⁶⁸.

A tale proposito, Locke sostiene che sia necessario applicare il criterio retributivo della proporzione fra il grado di lesività dell'offesa arrecata e l'entità della sanzione da infliggere al danneggiante.

Le finalità generali e special-preventive, appena indicate, risultano da questa frase di Locke, in cui egli afferma che: *“Each Transgression may be punished to that degree, and with so much Severity as will suffice to make it an ill bargain to the Offender, give him cause to repent, and teriffie others to from doing the like”* ⁶⁹.

Con particolare riferimento a colui che abbia ricevuto un torto, Locke afferma che, mentre ogni individuo è titolare del potere repressivo e punitivo derivante dal diritto di preservare tutto il genere umano, soltanto il danneggiato ha la titolarità esclusiva del diritto di domandare il risarcimento del danno a colui che si è reso responsabile dell'evento lesivo⁷⁰.

Alla luce di queste considerazioni formulate, sembra emergere che nello stato di natura gli individui siano vincolati fra loro da una serie di dinamiche relazionali, le quali sono prive di un significato “politico”: in altre parole, esse non mirano tanto a costituire un unico corpo sociale, quanto a stabilizzare determinati rapporti di interessi

⁶⁸ *Idem*, p. 313.

⁶⁹ *Idem*, p. 315.

⁷⁰ *Idem*, p. 314.

economico-contrattuali, rientranti sostanzialmente nella sfera del diritto privato.

In base al principio *pacta sunt servanda*, questi accordi negoziali vincolano i contraenti in quanto soggetti privati, tanto che Locke scrive che: “*Truth and keeping of Faith belongs to Men, as Men, and not as Members of Society*”⁷¹. A differenza di Hobbes, per il quale lo stato di natura è caotico e conflittuale, il pensiero lockiano distingue lo stato di natura dallo stato di guerra.

Il primo coincide con la mancanza di un giudice comune sulla terra, alla cui autorità sia possibile rivolgersi qualora una controversia sorga fra più individui.

Invece, il secondo si ha quando una determinata forza è esercitata *contra ius* ovvero *non iure* o *sine iure*, indipendentemente dalla sussistenza di un giudice comune sulla terra.

Quindi, il filosofo deduce che lo stato di guerra possa sussistere anche nella società civile o politica, la quale prevede l'appello alle autorità giudicanti costituite e l'applicazione della legge positiva.

In altri termini, egli ritiene che qualora, all'interno dello Stato, gli organi giurisdizionali siano palesemente corrotti e le leggi siano intenzionalmente eluse al fine di garantire la protezione e l'impunità agli autori delle violenze e delle offese, ciò si traduce in una vera e propria guerra contro i sofferenti, ai quali rimane l'unico rimedio esperibile in caso di mancanza sulla terra di un'autorità che renda giustizia, ossia “*an appeal to Heaven*”⁷².

Quest'ultimo non assume il significato di un'attesa passiva, inerte e sofferta, nella speranza dell'avvento della giustizia divina, bensì rappresenta un'esplicita esortazione

⁷¹ *Idem*, p. 318.

⁷² *Idem*, p. 322.

all'esercizio del diritto di resistenza contro un potere sostanzialmente illegittimo che non tutela l'innocente con un'imparziale applicazione della legge⁷³.

Lo stato di guerra, pertanto, determina una condizione di schiavitù, che pregiudica la conservazione della vita umana e costituisce una manifesta violazione della legge naturale. Tornando con il discorso sullo stato di natura, Locke afferma che in esso l'individuo è titolare di diritti fondamentali, inviolabili e imprescrittibili, i quali non sono concessi da un'autorità, ma sono "*connaturati e coesenziali all'uomo*" ⁷⁴.

Pertanto, risulta evidente che chi non è titolare del diritto di disposizione della propria vita non può, a maggior ragione, alienare per contratto il diritto alla sua soppressione, né può attribuire ad altri alcun potere sulla propria persona⁷⁵.

Dal momento che, come si è visto, lo stato di natura non si identifica nello stato asociale di guerra, la dottrina sostiene che la società naturale di Locke sia un'autentica società prepolitica, ordinata, che comprende l'insieme dei rapporti sociali che i soggetti instaurano tra loro prima e indipendentemente dall'intervento del potere statale, come "*la famiglia, società naturale per eccellenza, i rapporti economici, la cui fonte non è la proprietà ma il lavoro*" ⁷⁶.

Anche Ballardore Pallieri afferma che, in Locke, gli uomini nello stato di natura sviluppano positivamente la propria personalità in armonia con gli altri individui, senza avvertire la necessità di avvantaggiarsi della protezione delle leggi

⁷³ G. MIGLIO, op. cit., *I. Storia delle dottrine politiche*, p. 275; sul diritto di resistenza in Locke v. anche A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno* cit., p. 336.

⁷⁴ G. MIGLIO, op. cit., *I. Storia delle dottrine politiche*, p. 264.

⁷⁵ J. LOCKE, op. cit., p. 325.

⁷⁶ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto, società civile, stato*, Einaudi, Torino, 1981, p. 24.

dello Stato, ma confidando esclusivamente sulla propria operosità, onestà e coerenza morale, seguendo i dettami della legge naturale⁷⁷.

Sebbene in Locke, come in Hobbes, vi sia una tensione ideale diretta a trascendere la dimensione meramente convenzionale dei rapporti sociali, tuttavia, non condividiamo pienamente la posizione della dottrina sopra indicata, poiché siamo dell'opinione che anche in questo filosofo non sia possibile osservare lo sviluppo speculativo dell'idea di libertà, dal momento che quest'ultima è intesa da Locke soltanto come la libertà del singolo individuo, in antitesi con il senso più profondo del principio di sussidiarietà da noi definito nell'introduzione di questo lavoro.

In modo astratto e artificioso, anch'egli teorizza l'origine contrattualistica dell'ordine politico, subordinando funzionalmente il diritto pubblico dello Stato all'individuo e al diritto privato⁷⁸.

A favore della nostra interpretazione che confuta la presenza della sussidiarietà nella filosofia di Locke, giova osservare che, certamente, nella condizione prepolitica tutti gli uomini sono eguali nella titolarità dei diritti naturali, ma non lo sono affatto in relazione al loro concreto esercizio.

A tale proposito, lo stesso Locke scrive che: “(...) *though in the state of Nature he [Man] hath such a right, yet the Enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the Invasion of others*”⁷⁹.

Questa situazione di diseguaglianza sostanziale deriva dalla corruzione e dalla perversità di alcuni individui degenerati,

⁷⁷ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 33.

⁷⁸ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno* cit., p. 337.

⁷⁹ J. LOCKE, op. cit., p. 395.

che non osservano scrupolosamente l'equità e la giustizia⁸⁰; d'altra parte, anche la stessa dottrina sopra indicata afferma che in Locke la genesi dello Stato è determinata principalmente dalla cattiveria umana: "*Lo Stato è ancora una volta opera del male: se gli uomini fossero buoni cesserebbe la utilità della sua esistenza*"⁸¹.

Dunque, nello stato di natura la titolarità della *Property* è perfettamente garantita, ma il suo godimento è incerto, per le ragioni che si sono appena esposte.

Si deduce, allora, che la distinzione fra la comunità naturale e la società politica sia individuabile nella circostanza che nella prima l'esercizio dei diritti naturali è precario, mentre nella seconda è sicuro.

Riferendosi alla finalità di conservazione della proprietà, che giustifica il passaggio dallo stato di natura alla società politica, Locke utilizza ripetutamente i medesimi segni linguistici: "*Preserving*"⁸², "*Preservation*"⁸³, "*to preserve*"⁸⁴ e "*Self-preservation*"⁸⁵.

Questi termini indicano chiaramente che lo scopo del *Body Politick* è la realizzazione di un ordine effettuale coincidente con la conservazione della proprietà, per la cui attuazione la comunità naturale rivela la propria inidoneità e imperfezione.

Quindi, l'ordinamento politico-statuale diventa un ordinamento positivo in cui la norma di ragione è realmente osservata e la conservazione della *Property* è effettiva.

La conservazione della *Property* e l'esistenza del *Body Politick* sono *unum et idem*: in altri termini, per Locke una

⁸⁰ *Idem*, pp. 395 e 397.

⁸¹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 35.

⁸² J. LOCKE, op. cit., pp. 308 e 314.

⁸³ *Idem*, pp. 312, 395, 397.

⁸⁴ *Idem*, pp. 312 e 367.

⁸⁵ *Idem*, p. 314.

società naturale diventa società politica nel momento in cui l'esercizio dei diritti fondamentali è sicuro e stabilmente protetto.

In conseguenza di ciò, dal punto di vista dell'attività di produzione del diritto, gli organi statuali esercitano una mera funzione dichiarativa della *lex rationis*, poiché essi si limitano a trascrivere le disposizioni normative naturali nella legge positiva e a rafforzarle mediante la previsione di un apparato sanzionatorio, con il preciso intento di imporle coattivamente ai malvagi⁸⁶.

Nella trasformazione dello stato di natura in società civile, Locke dice che nella seconda ogni individuo ha rinunciato al proprio diritto di esecuzione della legge naturale, trasferendolo alla comunità, a condizione che quest'ultima garantisca l'istituzione di un giudice comune al quale ricorrere in caso di violazione della legge positiva emanata dal corpo politico stesso⁸⁷.

A questo punto, Locke individua i tre principali elementi costitutivi della società politica.

Il primo elemento è il monopolio, riservato alla comunità civile, del potere di esecuzione della legge naturale: mentre nello stato di natura ogni individuo è titolare del diritto-dovere di eseguire la legge di ragione, nella "*Political Society*"⁸⁸ tutti i consociati hanno convenuto all'unanimità di rinunciare all'esercizio di tale potere esecutivo e di cederlo interamente alla comunità politica.

Il secondo elemento è dato dalla presenza di un'autorità giudicante comune sulla terra in grado di tutelare il cittadino qualora egli sia vittima di atti offensivi o lesivi.

⁸⁶ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 35.

⁸⁷ J. LOCKE, op. cit., p. 367.

⁸⁸ *Ibidem*.

Infine, il terzo è costituito dall'emanazione di una legge di diritto positivo, la quale preveda "*settled standing Rules, indifferent, and the same to all Parties*" ⁸⁹.

Anche Locke, come Grotius e Hobbes, ritiene che la transizione dallo stato prepolitico alla società civile sia l'esito di una dichiarazione consensuale formulata da tutti gli individui all'unanimità.

Tale accordo rappresenta la fase genetico-costitutiva nella quale gli uomini determinano il sorgere della società politica e, perciò, decidono l'*an* della società medesima.

Precisamente, quest'ultima è concepita dai contraenti come "*one Body Politick, wherein the Majority have a Right to act and conclude the rest*" ⁹⁰.

Quest'affermazione attesta che nell'ordinamento statuale, così costituito, la fase esecutiva del governo politico debba essere caratterizzata dall'applicazione di un principio consensuale maggioritario in relazione alle concrete e diverse scelte assunte nell'ambito dell'ordinaria amministrazione della società civile.

A tale proposito, la dottrina sostiene che l'adozione del criterio della maggioranza sacrifichi alcune volontà individuali, specialmente quelle minoritarie, nonché i loro diritti innati, determinando una palese aporia nella teoria lockiana⁹¹.

Tuttavia, riteniamo che questa contraddizione sia soltanto apparente e possa essere superata dalle stesse argomentazioni formulate da Locke: infatti, nel momento in cui gli uomini hanno pattuito in modo unanime l'abbandono della condizione naturale e il definitivo ingresso nella società civile, i medesimi hanno deciso anche che la

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Idem*, p. 375.

⁹¹ G. MIGLIO, op. cit., *I. Storia delle dottrine politiche*, p. 268.

comunità politica fosse un solo corpo e deliberasse come un solo corpo.

Quest'ultimo è tale nella misura in cui agisca e si muova in un solo modo: questo solo modo può essere esclusivamente il senso verso il quale il corpo è spinto dalla forza maggiore, "*which is the consent of the majority*"⁹².

In caso contrario, la comunità politica non potrebbe essere *one Body Politick* e questa situazione sarebbe antitetica alla volontà unanime manifestata consensualmente dagli individui nel contratto istitutivo del corpo politico stesso.

Per questo motivo, a seguito del consenso pronunciato nel momento della costituzione del *Body Politick*, Locke ritiene che ogni consociato debba sentirsi vincolato all'osservanza delle decisioni adottate dalla maggioranza della comunità civile⁹³.

Si può concludere che la dichiarazione consensuale, formulata da tutti gli individui nella fase iniziale di formazione della società statuale, produca l'effetto giuridico di applicare il principio maggioritario alle deliberazioni future, vincolando anche quei consociati che successivamente fossero dissenzienti.

Come emerge dall'analisi fino qui effettuata, in questo filosofo la finalità della costituzione della società politica coincide con la garanzia statuale della conservazione della proprietà privata: quest'ultima è concepita *lato sensu* come la vita, la libertà di azione e la disponibilità patrimoniale.

Mentre la filosofia politica della tradizione medievale affidava la protezione di questi beni prevalentemente all'esercizio delle virtù morali dei governanti, invece, il moderno pensiero liberale di Locke si basa su un criterio

⁹² J. LOCKE, op. cit., p. 375.

⁹³ *Idem*, p. 376.

giuridico-formale, cioè la manifestazione del consenso da parte dei governati.

Egli invoca espressamente l'autorità di Hooker per sostenere che la conservazione della proprietà non possa essere effettiva, duratura e sicura qualora sia fondata soltanto sulla rettitudine, sulla saggezza e sulla prudenza di coloro che governano⁹⁴.

A sostegno della propria tesi, Locke afferma che, sebbene all'inizio le comunità politiche fossero guidate da uomini integerrimi, ciononostante l'istituzione dell'autorità governante era pur sempre l'esito di una determinazione consensuale formulata in modo espresso o tacito⁹⁵.

Dunque, possiamo concludere che in Locke il potere politico-statuale, limitandosi a garantire i diritti inviolabili di libertà e di proprietà, appaia *“meramente funzionale rispetto al potere dei privati, rispetto cioè alla loro libera iniziativa economica”*⁹⁶.

Conclusioni

Sebbene in Locke lo stato di natura non sia assimilabile ad una condizione caotica di guerra, come avviene in Hobbes, tuttavia anche questo filosofo fonda lo Stato su un accordo contrattuale.

Anzi, in Locke sembra che l'autonomia individuale non abbia soltanto la funzione di spiegare l'origine (comunque, artificiosa) della società politica, ma ne sia anche la stessa finalità ideale.

Dunque, nella teoria politica di Locke non si può parlare in termini razionalmente adeguati di sussidiarietà, poiché

⁹⁴ *Idem*, pp. 373 e 387.

⁹⁵ *Idem*, pp. 373 e 388.

⁹⁶ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno* cit., p. 337.

anch'egli ha ancora una visione astratta della libertà, che si riduce a quella del singolo individuo.

Conclusioni finali

Tutte le teorie politiche dei filosofi giusnaturalisti esaminati, Grotius, Hobbes e Locke, sono in aperto contrasto con l'idea "etica" di libertà, poiché affermano una concezione della libertà che è soltanto quella individuale, tipica della sfera del diritto privato.

A causa di questi presupposti soggettivistici, per tali dottrine lo Stato è un *posterius*, che, conseguentemente, deve essere giustificato razionalmente.

Perciò, nel tentativo di spiegarne la genesi, esse elaborano una costruzione astratta e artificiosa, ricorrendo a un contratto stipulato da tutti gli individui per stabilire il loro ingresso nella società politica, oltre che per assoggettarsi al potere costituito, con i derivanti dilemmi aporetici esaminati.

Per questi profili fortemente individualistici, che ritornano in maniera costante nelle loro trattazioni, riteniamo che in questi filosofi non sia possibile osservare il divenire speculativo della libertà, necessario per comprendere in modo più profondo il valore della sussidiarietà.

Pertanto, nel capitolo successivo, il presente lavoro prosegue illustrando come, al contrario, nel pensiero di Hegel la libertà trascenda quella del singolo, per realizzarsi concretamente nelle istituzioni etiche dello Stato moderno.

CAPITOLO II

LA DOTTRINA DI HEGEL SULL'ETICITA'

Considerazioni introduttive

Nel precedente capitolo è stata stigmatizzata la debolezza teoretica delle categorie negoziali applicate dai giusnaturalisti alla sfera della scienza giuridica dello Stato, concludendo per l'impossibilità di fondare un concetto di sussidiarietà attraverso le loro dottrine contrattualistiche.

Anche per quanto riguarda Locke, nonostante alcune interpretazioni favorevoli da parte della dottrina, tuttavia, abbiamo ritenuto che il *Body Politick* fosse comunque l'esito consensuale di un principio soggettivistico radicato nella filosofia politica liberale.

Pertanto, lo scopo del presente capitolo è valutare se la visione politica di Hegel sia idonea a incardinare il principio di sussidiarietà nella modernità, in modo tale che esso sia coerente con i fondamenti dogmatici della sovranità statuale.

Nei confronti del pensiero individualistico elaborato da Grotius, Hobbes e Locke, la severa critica del valore scientifico del diritto privato costituisce il tema principale attorno al quale la dottrina pubblicistica hegeliana sviluppa il proprio sistema concettuale.

Giova premettere, sin da questo momento, che la censura hegeliana non è rivolta al diritto romano in quanto tale.

A tale proposito, una dottrina sostiene che il filosofo di Jena non disconosca la categoria del contratto, ma le riconosca validità solo nella sfera del diritto privato. Secondo tale interpretazione, la teoria del contratto sociale, elaborata dai giuristi della scuola del diritto naturale, costituirebbe

un'indebita trasposizione di un istituto civilistico, quale è il negozio giuridico, nella sfera del diritto pubblico¹.

Hegel ritiene che la libertà individuale della filosofia contrattualistica non sia la libertà vera e oggettiva, ma sia soltanto l'espressione dell'arbitrio soggettivo, cioè la manifestazione di una concezione razionalmente inadeguata ed errata della libertà.

Attraverso la stesura del presente capitolo si tende ad una triplice finalità.

Inizialmente, l'intento è individuare i capisaldi concettuali dell'idea di libertà formulata dal filosofo tedesco, partendo dall'analisi critica, effettuata dallo stesso Hegel, del carattere astratto e indeterminato dell'imperativo morale kantiano.

Successivamente, dopo aver fornito una breve spiegazione sulla connessione presente fra l'individualismo giuridico di Kant e la teoria del contratto sociale di Rousseau, si cercherà di dimostrare che la concezione hegeliana della libertà si realizza, da un punto di vista speculativo, nelle istituzioni etiche storicamente esistenti e previste dall'ordinamento positivo dello Stato.

Infine, l'analisi sarà rivolta all'individuazione della sussistenza di possibili nessi relazionali - sia in termini di rapporto di continuità, sia in termini di rapporto di discontinuità - fra la dottrina hegeliana del diritto pubblico, da un lato, e le scuole del diritto naturale e di Savigny, dall'altro: nel corso di tale esame, l'attenzione sarà focalizzata anche sulle differenze di contenuto, nell'ambito del pensiero giuridico internazionalistico, fra la concezione kantiana e quella di Hegel.

¹ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 13.

Paragrafo I

La critica di Hegel al formalismo kantiano della libertà

Come è stato anticipato nell'introduzione, secondo Hegel la libertà vera e oggettiva non corrisponde a quella individuale del singolo soggetto: quest'ultima è soltanto il momento iniziale di un complesso processo di realizzazione concettuale della stessa idea di libertà, che si compie nelle istituzioni etiche del diritto positivo storicamente esistenti e trova il proprio perfezionamento definitivo nell'ordinamento politico dello Stato moderno.

Per poter comprendere lo sviluppo di questa sua teoria, è necessario iniziare dalla critica che egli muove alla nozione kantiana di libertà, da lui considerata troppo formale e indeterminata.

Certamente, Hegel riconosce un merito imperituro e perenne al filosofo di Königsberg, dal momento che quest'ultimo fonda, in termini laici e moderni, i principi della filosofia morale esclusivamente sul supremo postulato della libertà umana².

Egli ritiene che Kant affermi definitivamente la centralità assoluta del valore del pensiero e, pertanto, proclami

² A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia giuridica di G.G.F. Hegel*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2012, p. 13. L'autore afferma l'universale e indiscussa notorietà del fatto che Kant fonda la filosofia morale sul principio supremo costituito dal postulato della libertà; perciò, sia la teoria del diritto, sia la teoria della virtù sono l'espressione dell'applicazione all'uomo di questo supremo postulato. Più innanzi, precisamente alle pp. 32-33, il medesimo autore scrive, inoltre, che Hegel non perde mai la consapevolezza che il merito della grande scoperta moderna del valore assoluto del pensiero sia ascrivibile senza dubbio alla filosofia di Immanuel Kant.

l'indipendenza della ragione da ogni vincolo veritativo che non sia discendente dalla libertà stessa³.

Precisamente, il filosofo idealista scrive che: “*die Erkenntnis des Willens erst durch die Kantische Philosophie ihren festen Grund und Ausgangspunkt durch den Gedanken seiner unendlichen Autonomie gewonnen hat*”⁴.

La crisi progressiva della metafisica tradizionale pone drammaticamente la problematica della pensabilità teoretica della ricostituzione di un ordine assiologico, il quale non derivi da speculazioni ontologiche precedenti ed esterne, ma che abbia in sé la *ratio* della propria validità, ossia che quest'ultima sia *in re ipsa* e non sia determinata *aliunde*.

In conseguenza di ciò, la prospettiva antropocentrica costituisce una vera e propria rivoluzione copernicana dell'etica, in nome della quale le istanze dell'oggettività ruotano attorno al fulcro della stessa soggettività umana, rendendo l'individuo l'assoluto legislatore in campo morale⁵.

Secondo questa *Weltanschauung* secolarizzata, che pone al centro della filosofia pratica l'uomo e il suo pensiero, la valenza cogente degli imperativi etici deriva dalla medesima ragione umana e non è sancita da alcuna fonte normativa eteronoma: “*La legge morale non viene all'uomo dal di fuori. Essa è un fatto della sua stessa costituzione*”.

³ *Idem*, p. 14.

⁴ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 258: “la conoscenza della volontà ha guadagnato il suo saldo fondamento e punto di partenza solo grazie alla filosofia kantiana, cioè con il pensiero dell'autonomia infinita della volontà”.

⁵ K.R. POPPER, *Immanuel Kant: The Philosopher of the Enlightenment*, tr. it., in Id., *Come io vedo la filosofia e altri saggi*, Armando, Roma, 2005, p. 70.

razionale. Nel seguire la legge, la volontà umana si fa legge a se stessa, si afferma come (...) principio razionale di azione. In ciò consiste l'autonomia della volontà morale" ⁶. Dunque, la ragione pratica individuale diviene il fondamento necessario e sufficiente della legislazione morale: quest'ultima non è l'esito di un'imposizione esterna, ma è rinvenibile unicamente nella proclamata autonomia del pensiero umano.

Secondo Kant, la certezza della libertà è *ipso facto*: egli afferma l'indubitabilità dell'esistenza di una legge morale *a priori*, essendo un fatto che non deve essere dedotto⁷, ma che appartiene alla stessa costituzione razionale dell'uomo⁸. Quindi, quest'ultimo è capace di autodeterminarsi al di là dei molteplici e contraddittori impulsi istintuali, non nel senso che egli possa prescindere, ma, piuttosto, nel senso che possa decondizionarsi rispetto ad essi e con l'ausilio della ragione sia in grado di vincere le sollecitazioni egoistiche della sensibilità.

Precisamente, Kant scrive che: "*Freiheit und unbedingtes praktisches Gesetz weisen also wechselsweise aufeinander zurück.*" ⁹.

La coincidenza dell'autonomia della legislazione morale con la libertà implica che il precetto assuma necessariamente una formulazione astratta, priva di un contenuto sostanziale, in modo tale da consentire la validità universale del principio normativo: la legge morale è un imperativo categorico, il quale "*non ha in vista nessun*

⁶ N. ABBAGNANO, *Storia della Filosofia*, Vol. II, Parte I, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1961, p. 452.

⁷ I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 66.

⁸ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte I, p. 452.

⁹ I. KANT, *Kritik der praktischen* cit., p. 60: "La libertà e la legge pratica incondizionata si corrispondono dunque reciprocamente".

*oggetto, nessuno scopo determinato, ma solo la conformità dell'azione alla legge”*¹⁰.

A causa di questa esclusione di qualunque finalità particolare, l'imperativo morale è meramente formale e costituisce, come legge, l'esigenza stessa del suo rispetto, obbligando la volontà non all'assunzione di particolari condotte attive ovvero omissive, ma, soltanto, ad ogni azione che risulti conforme alla ragione, cioè non sia ispirata o dettata da un impulso qualsiasi della sensibilità¹¹.

Alla luce di quanto appena scritto, la concezione kantiana della libertà può essere analizzata, contemporaneamente, sia sotto un aspetto negativo, sia sotto un aspetto affermativo.

Sotto il primo profilo, si tratta di chiarire che la libertà si determina indipendentemente dalla sussistenza di ogni impulso sensibile e transeunte; inoltre, essa astrae da ogni contenuto materiale e particolare che sia espressione di una data contingenza empirica.

Nel suo concetto affermativo, invece, la libertà si manifesta nell'idea dell'universalità della legge, la quale si identifica nella possibilità di una fondazione razionale dell'azione morale che sia tale da eclissare i condizionamenti istintuali¹².

Conseguentemente, è plausibile dedurre che la formalità costituisca la caratteristica strutturale e l'esito necessario della sopra indicata autonomia della legislazione etica.

Infatti, se quest'ultima avesse un contenuto materiale e determinato, essa tradirebbe il postulato della libertà, poiché sarebbe vincolata ad un particolare oggetto sostanziale, che contraddirebbe l'universalità potenziale della norma, la quale non sarebbe più opponibile *erga omnes*.

¹⁰ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte I, p. 451.

¹¹ *Idem*, p. 452.

¹² I. KANT, *Kritik der praktischen* cit., pp. 58 e 60.

Quindi, il formalismo implica che i concetti di bene e di male non siano stabiliti prima della legge morale, ma soltanto dopo e attraverso essa.

Una corrente di pensiero in ambito filosofico sostiene che il formalismo kantiano non sia l'affermazione di una forma vuota e priva di ogni contenuto, ma, piuttosto, sia la scoperta della fonte inesauribile di ogni moralità, la quale alimenta i costumi dei popoli nel loro flusso storico.

Secondo questa interpretazione, proprio perché la vita morale dell'individuo non è, realisticamente, sottratta alla caducità della contingenza empirica, da un punto di vista logico Kant ha avvertito la necessità di rimuovere ogni contenuto dalla legge morale e di concepire quest'ultima nella sua pura formalità, cioè come rinuncia da parte dell'uomo al richiamo degli impulsi sensibili¹³.

Invece, Hegel avverte un limite intrinseco nella speculazione filosofica del suo predecessore, a causa di questa visione estremamente formale della libertà, come anche noi reputiamo.

Egli ritiene che Kant concepisca l'indipendenza della ragione nei termini della pura astrazione: tuttavia, secondo Hegel, questa astrazione è soltanto la forma immediata, istantanea e ancora incompiuta di tale indipendenza¹⁴.

Anche un'altra dottrina sembra condividere l'interpretazione hegeliana, affermando che: *“la libertà è stata dapprima compresa nella sua forma astratta; (...) il difetto di Kant è appunto questo: l'esagerazione, o per dir meglio, il formalismo della libertà”* ¹⁵.

¹³ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte I, pp. 452-453.

¹⁴ G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, tr. it., Mondolibri, Milano, 2003, pp. 359-360.

¹⁵ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 15.

Nel criticismo del filosofo di Königsberg, il formalismo è una conseguenza inevitabile del postulato della libertà che caratterizza la legge morale: quest'ultima “*nel suo principio volutamente formale, appunto in quanto astraе dagli stimoli, è una universalità senza contenuto, la pura identità del volere con sé medesimo*” ¹⁶.

Fintantoché la libertà è intesa, nel senso kantiano, come un concetto astraente da tutto, Hegel ritiene che sussista un dualismo inconciliabile ¹⁷, dal quale si evince che la dicotomia - che si manifesta già tra la *Ding an sich* e il *Phänomen*, in sede di speculazione teoretica ¹⁸ - emerge anche nella distinzione fra il livello del *Sollen* e quello del *Sein*, in sede di filosofia pratica.

Quest'ultima valutazione è sostenuta, autorevolmente, anche dalla dottrina, secondo la quale: “*(...) Kant non aveva soltanto riconosciuto il dualismo nella filosofia teoretica, ma appunto sopra un dualismo aveva edificato la sua filosofia pratica*” ¹⁹.

Il primo profilo di questa contrapposizione è quello in cui “*Der Wille enthält (...) das Element der reinen Unbestimmtheit*” ²⁰, ossia la volontà coincide con il

¹⁶ *Idem*, p. 19.

¹⁷ *Idem*, p. 21.

¹⁸ Per alcuni approfondimenti sulla teoria kantiana della conoscenza, cfr. N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte I, pp. 427-428, dove si dice che, per Kant, l'oggetto di cognizione non può essere “la cosa in sé”, che è inaccessibile alla conoscenza umana, ma solamente ciò che appare ai sensi, cioè quello che egli denomina con il termine “fenomeno”: pertanto, la conoscenza umana, essendo sempre e soltanto conoscenza di fenomeni, è unicamente un'esperienza che non può prescindere dal dato materiale ed empirico.

¹⁹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 39.

²⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 88: “La volontà contiene (...) l'elemento dell'indeterminatezza pura”.

momento del puro pensiero razionale del singolo soggetto, nell'ambito del quale ogni bisogno, desiderio e impulso, derivanti dalle circostanze esterne e naturali, sono assenti totalmente.

In questa prospettiva, la volontà umana coincide con l'autentica astrazione e con un'idea di universalità priva di ogni contenuto sostanziale.

Per il rappresentante dell'idealismo tedesco, questo profilo, appena descritto, rivela soltanto un aspetto unilaterale e inadeguato del concetto di libertà: quest'ultima è solo la libertà in un'accezione implicita, negativa e non ancora evoluta, quella che egli chiama "*die Freiheit des Verstandes*"²¹.

Giova rilevare che in Hegel quest'ultima categoria mentale, l'intelletto, da lui considerato il grado meno elevato della conoscenza filosofica, ha sempre un'accezione peggiorativa rispetto a un altro termine, al quale egli attribuisce un significato più positivo e un grado più eminente da un punto di vista gnoseologico: esso è la *Vernunft*, ossia la ragione²². Nonostante i profili critici appena stigmatizzati, la dottrina kantiana considera, erroneamente, questa forma iniziale di

²¹ *Idem*, p. 90: "la libertà dell'intelletto".

²² A tale proposito, cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., (*) a piè di p. 19; inoltre, sempre sul medesimo tema dell'intelletto, cfr. N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 86: "*Hegel chiama intelletto <<il pensiero che produce solo determinazioni finite e che si muove in esse>>; e chiama finite le determinazioni del pensiero che sono soltanto soggettive e in contrasto con l'oggettivo, e che, inoltre, per il loro contenuto limitato, sono in contrasto tra loro e, a maggior ragione, con l'assoluto (Enc., § 25). L'intelletto così inteso è solo un aspetto parziale, è il primo momento della ragione. E' il momento, per l'appunto, intellettuale, nel quale il pensiero si ferma alle determinazioni rigide, limitandosi a considerarle nella loro differenza reciproca*".

libertà come se fosse già assoluta, perenne e, quindi, giunta al proprio perfezionamento speculativo.

Perseverando in questa inesattezza dogmatica, secondo cui la nozione di libertà è ridotta alla semplice attività del pensiero avulso da ogni contenuto concreto, l'intelletto umano identifica il rapporto che si instaura fra questa libertà formale e la realtà, solamente come la semplice applicazione di tale libertà a una data materia, la quale non appartenerebbe all'essenza concettuale della libertà stessa²³.

Invece, il secondo aspetto della contrapposizione kantiana coincide con la transizione dall'indeterminatezza indifferenziata del puro pensiero astratto alla determinatezza differenziata dell'ambito fenomenico-naturale, costituito dagli impulsi, dai desideri e dalle inclinazioni.

Sebbene questi ultimi non siano razionali, essi sono necessari affinché la volontà di libertà assuma un contenuto particolare, *“al quale il volere deve risolversi per uscire dalla sua indeterminatezza”*²⁴.

Tuttavia, come è stato detto in precedenza²⁵, la legge morale è formale, priva di un contenuto sostanziale e, pertanto, trascende ogni oggetto materiale ed empirico: infatti, quest'ultimo, essendo accidentale e transeunte, non è in grado di corrispondere adeguatamente a quella domanda di oggettività che emerge dalle istanze più profonde della ragione umana.

²³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 98, nonché A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 20.

²⁴ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 21; su questo punto, cfr. anche G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 90.

²⁵ V. *supra* dove si dice che, in Kant, la formalità è il principio costitutivo dell'autonomia della legislazione morale.

Conseguentemente, da un lato, la volontà di libertà è distinta dalla particolarità degli impulsi ed eccede la molteplicità in cui i desideri si trovano dispersi²⁶; dall'altro lato, tuttavia, gli impulsi costituiscono l'immediato oggetto nel quale la volontà deve concretizzarsi al fine di eclissare l'imperfezione della propria dimensione formale ed astratta. Proprio in questo insanabile conflitto fra la razionalità teorica e la sensibilità pratica, si radica la dicotomia di Kant evidenziata da Hegel in modo perfettamente condivisibile. Come sostenuto in dottrina, la legislazione morale prescrive l'esigenza della determinazione, ma, proprio perché è astratta, non impone alla volontà "*per nessuna intima necessità di determinarsi in questo piuttosto che in quest'altro modo*" ²⁷.

In conseguenza di ciò, la volontà si riduce alla semplice possibilità di scegliere *ad libita* fra i differenti dati empirici, finiti e contingenti.

La libertà, così intesa, sfocia inevitabilmente "*nel puro e semplice arbitrio nella comune accezione della parola*" ²⁸, il quale, anziché essere il momento veritativo della volontà, è, piuttosto, la contraddizione della volontà stessa.

Pertanto, la libertà viene confusa con la licenza "*daß man tun könne, was man wolle*" ²⁹; reputiamo che una tale concezione riveli una mancanza totale di educazione del pensiero, che impedisce di comprendere in modo preciso la vera essenza della libertà, quella che Hegel definisce, con

²⁶ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 21.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 102: "che si possa fare ciò che si vuole".

una certa enfasi espressiva, la “volontà essente-in-sé-e-per-sé”, ossia “*Der an und für sich seiende Wille*” ³⁰.

Poiché la libertà non è distinta dal mero arbitrio, il razionalismo ha il proprio esito negativo nel materialismo deterministico ³¹, il quale è la negazione della libertà medesima, tanto che Hegel conclude che, qualora si pretendesse di identificare l’arbitrio nella libertà, allora esso dovrebbe chiamarsi illusione: egli usa, esplicitamente, la locuzione semantica “*Täuschung*” ³².

Alla luce delle considerazioni formulate sino a tale punto, si deduce che la filosofia morale elaborata da Kant “*se non ha da una parte saputo oltrepassare il formalismo, dall’altra non riesce a scorgere altro principio concreto all’infuori del principio individualistico*” ³³.

Quest’ultimo costituisce il fondamento della dottrina kantiana dello Stato.

Infatti, la definizione del diritto formulata da Kant è la seguente: “*Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann (...)*” ³⁴.

³⁰ *Idem*, p. 110.

³¹ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., pp. 21-22.

³² G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 104.

³³ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 22.

³⁴ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, tr. it., Bompiani Il pensiero occidentale, Milano, 2006, *Einleitung in die Rechtslehre*, § C. *Allgemeines Prinzip des Rechts*: “Qualsiasi azione è conforme al diritto quando per mezzo di essa, o secondo la sua massima, la libertà dell’arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale”.

Hegel analizza questa proposizione e distingue due determinazioni presenti all'interno di essa: una positiva e una negativa.

La prima è la legge universale, ossia la legge di ragione, secondo la quale l'arbitrio di ogni individuo deve essere esercitato attraverso modalità che consentano anche ad ogni altro uomo di manifestare il proprio arbitrio.

Invece, la seconda determinazione è la limitazione della libertà descritta nel suo esercizio esteriore, ossia la legalità. A tale proposito, giova considerare la distinzione kantiana fra la nozione di moralità e quella di legalità³⁵.

La prima è l'adesione di un'azione alla legge, il cui movente risiede unicamente nella sola volontà di rispettare il precetto, senza che i desideri della sensibilità - come la ricerca di ottenere un vantaggio ovvero di evitare un danno - concorrano a fornire un proprio contributo integrativo sul piano motivazionale.

Invece, la legalità è la mera conformità esteriore della condotta alla norma, a prescindere da alcuna valutazione sui motivi ispiratori della volontà, i quali possono essere anche diversi dal semplice intento di osservare la legge, ma, ad esempio, possono derivare da sentimenti irrazionali di paura ovvero di speranza, a causa dei quali colui che agisce *certat de damno vitando seu de lucro captando*.

Inoltre, Hegel ritiene che la nozione kantiana del diritto rifletta la concezione russoviana, secondo la quale il fondamento costitutivo-sostanziale del diritto pubblico e dello Stato non sia la volontà razionale-in-sé-e-per-sé, cioè la libertà vera e oggettiva, ma sia la volontà intesa come il particolare arbitrio del singolo individuo, al quale Hegel

³⁵ Cfr. N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte I, pp. 454 e 461.

attribuisce un valore negativo³⁶, come risulta da quanto è stato appena scritto³⁷.

In base a quanto è stato anticipato nelle considerazioni introduttive, l'argomento trattato in questo paragrafo impone una breve esposizione di alcuni elementi distintivi del pensiero statualistico di Rousseau.

Come noto, quest'ultimo sostiene che la deliberazione pubblica dell'autorità statuale sia l'espressione della *volonté générale*, la quale non è la volontà di tutti, cioè la mera somma aritmetica delle singole volontà particolari che mirano soltanto al perseguimento degli interessi privati; piuttosto, essa è la volontà comune a tutti i votanti, depurata e avulsa dagli interessi particolari e contrapposti che si elidono reciprocamente proprio a causa del loro contrasto³⁸. Secondo certa dottrina, la *volonté générale* è “l'aggregato delle volizioni degli individui, in ordine agli interessi che sono loro comuni”³⁹.

Da tale affermazione è abbastanza plausibile ritenere che la volontà generale russoviana, seppure sia distinta dalla volontà di tutti, sia comunque l'esito di un principio volitivo contrattualistico e individualistico.

Poiché nello stato di natura l'uomo viene definito “*un animal stupide et borné*”⁴⁰, nel *Contrat social* il contenuto dell'obbligazione politica non è più dettato da un ordine assiologico, dato come presupposto e cogente, che sia conoscibile dalla ragione e possa imporsi alla libertà.

³⁶ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 116.

³⁷ V. *supra* dove si dice che Hegel ritiene che, se si pretendesse, erroneamente, che l'arbitrio fosse la libertà, allora esso sarebbe una mera illusione.

³⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, Paris, 1966, p. 66.

³⁹ G. MIGLIO, op. cit., *I. Storia delle dottrine politiche*, p. 299.

⁴⁰ J.-J. ROUSSEAU, op. cit., p. 55.

Anche un altro giurista pensa che in Rousseau il diritto positivo non attinga più la propria valenza normativa dalla fonte dell'ordine morale, ma abbia un'origine esclusivamente convenzionale derivante dalla stipulazione di quel patto sociale, che costituisce il “*punto di distacco e forse di rivolta contro tale ordine*”⁴¹.

Infatti, il filosofo di Ginevra asserisce che l'ordine sociale sia un diritto sacro dal quale tutti gli altri diritti dipendono; tuttavia, esso non è fondato sulla natura: “*il est donc fondé sur des conventions. Il s'agit de savoir quelles sont ces conventions*”⁴².

Dunque, proprio la genesi radicalmente individualistica dell'atto associativo cagiona una palese interruzione della continuità fra il diritto naturale e il diritto positivo.

A sostegno della sua tesi, egli scrive che “*restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes*”⁴³.

Precisamente, la clausola essenziale di questo patto associativo ha per oggetto “*l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté*”⁴⁴.

Quindi, il contratto sociale è l'accordo di tutti gli individui a rinunciare alla disposizione autonoma dei propri diritti e a cederli all'intera comunità della quale sono membri.

Questa scelta unanime prescrive necessariamente l'accettazione di un determinato meccanismo procedurale di decisione collettiva insito nella comunità politica.

⁴¹ G. BERTI, *Legalità nelle istituzioni*, in Id., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, p. 712.

⁴² J.-J. ROUSSEAU, op. cit., p. 41.

⁴³ *Idem*, p. 45.

⁴⁴ *Idem*, p. 51.

Infatti, il filosofo svizzero afferma che ciascuno mette in comune la propria persona e tutto il proprio potere “*sous la suprême direction de la volonté générale*”⁴⁵.

Tale atto negoziale⁴⁶ di alienazione totale ha l’effetto giuridico di produrre un corpo morale e collettivo costituito da un numero di membri corrispondenti a quello dei voti dell’assemblea⁴⁷.

Questa rapida digressione sul pensiero politico russoviano conferma la validità della critica hegeliana nei confronti dell’origine individualistica e contrattualistica della volontà nel criticismo di Kant.

Ispirandoci a Hegel, riteniamo che il *punctum dolens* della filosofia kantiana risieda nel fatto che la libertà vera è concepita, in senso astratto, come una pura universalità priva di ogni contenuto sostanziale.

Tuttavia, come è stato scritto nelle pagine precedenti⁴⁸, questo pensiero astratto esige una sua determinazione e quest’ultima risiede necessariamente nell’arbitrio individuale, al quale la legge razionale non può che apparire come un vincolo esterno limitante la stessa libertà⁴⁹.

⁴⁵ *Idem*, p. 52.

⁴⁶ *Ibidem*. In questa p., la genesi individualistica e contrattualistica della *volonté générale* risulta dalle parole stesse di Rousseau, il quale si avvale dei termini seguenti: “*la personne particulière de chaque contractant*”.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ V. *supra* dove si scrive che sussiste una profonda contraddizione tra il livello del “dover essere”, costituito dalla pura razionalità astratta, e il livello dell’“essere”, costituito dagli impulsi egoistici della sensibilità empirica.

⁴⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 116.

In conseguenza della “*Willkür*” ⁵⁰, “la filosofia pratica, alla ricerca di un contenuto concreto, è condotta ad accettare per buono il primo che le si presenta” ⁵¹.

Pertanto, la scienza morale si risolve in un “*leeren Formalismus*” ⁵² e in una vuota retorica “*von der Pflicht um der Pflicht willen*” ⁵³, giustificando qualunque comportamento illecito o immorale.

Con specifico riferimento alle considerazioni sviluppate sino a tale punto, Hegel sostiene che, in termini storico-politici, la Rivoluzione francese sia la manifestazione dell’idea secondo cui la volontà particolare e arbitraria dell’individuo costituisca il cardine sostanziale dell’ordinamento giuridico.

Infatti, giova rilevare che la definizione kantiana del diritto, sopra indicata, corrisponde a quanto è stabilito dall’*Article 4* della *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, proclamata il 26 Agosto 1789, ai sensi del quale: “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*” ⁵⁴.

Anche da una prospettiva fenomenologica, Hegel descrive la libertà universale ed astratta proclamata dalla Rivoluzione giacobina del 1793, nei termini di una libertà

⁵⁰ *Ibidem*: “arbitrio”.

⁵¹ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 23.

⁵² G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 258: “vuoto formalismo”.

⁵³ *Ibidem*: “del dovere per il dovere”.

⁵⁴ www.legifrance.gouv.fr.

negativa e, concettualmente, imperfetta, indicandola come “*Furie des Verschwindens*”⁵⁵.

In modo condivisibile, egli interpreta questo avvenimento storico come la manifestazione perversa dell’esigenza astratta di una libertà assoluta e di una pretesa razionalità, in nome delle quali ogni ordinamento sociale esistente, risalente alla tradizione, è abolito e distrutto, cagionando gli esiti drammatici di quella tragica fase dell’esperienza rivoluzionaria⁵⁶.

Conclusioni

Pur riconoscendo a Kant il merito di porre la libertà al centro della riflessione filosofica, Hegel ne stigmatizza, correttamente, la dimensione astratta e formalistica.

La purezza del “dover essere”, che non vorrebbe contaminarsi con la realtà concreta, finisce, paradossalmente, per confondere la libertà con l’arbitrio del singolo, illudendosi.

Come in Rousseau, anche in Kant l’ordine politico continua ad essere spiegato in termini contrattualistici, costruendolo sul primato della volontà individuale, tanto da arrivare a negare, con la Rivoluzione francese, la legittimità di ogni ordinamento sociale legato alla tradizione: da questa severa critica, Hegel elabora l’idea della libertà vera e oggettiva, come si vedrà nel paragrafo seguente.

⁵⁵ G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, tr. it., Bompiani Testi a fronte, Milano, 2004, p. 790: “furia del dileguare”. In relazione a questa espressione che Hegel attribuisce alla libertà negativa della Rivoluzione francese, cfr. anche Id., *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 90, dove il filosofo usa le seguenti parole: “*Furie des Zerstörens*”: “furia della distruzione”.

⁵⁶ G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des* cit., p. 786, nonché Id., *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 90, nonché A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 29.

Paragrafo II

“Der an und für sich seiende Wille”⁵⁷

Nel precedente paragrafo del presente capitolo, è stato osservato che Hegel attribuisce un valore fondamentale al principio kantiano dell'autonomia della legge morale, la quale non dipende da un ordine ontologico esterno che la genera, ma ha in se stessa l'origine della propria validità, manifestando una visione antropocentrica in cui il pensiero e l'indipendenza della ragione, da ogni vincolo veritativo eteronomo, assumono un'assoluta centralità e preminenza. In conseguenza di ciò, egli conclude che soltanto la realtà concettuale, che è l'espressione della coscienza umana, possa essere l'oggetto di studio della scienza filosofica, alla quale egli assegna, pertanto, il compito di dimostrare che soltanto il “concetto” è ciò che ha “realtà”⁵⁸.

Da quest'ultima proposizione, appena indicata, si comprende che nella teoria hegeliana soltanto il “concetto”, chiamato “*Begriff*”⁵⁹, è ciò che coincide con la realtà “essenziale” avente una propria dignità euristica, realtà da lui denominata “*Wirklichkeit*”⁶⁰: pertanto, quest'ultima è contrapposta a ciò che è accidentale, relativo e transeunte, che egli indica con i termini “*Erscheinung*”⁶¹ o “*Dasein*”⁶².

Come Bobbio sostiene, la sfera ideale dell'oggettività pensata è la realtà vera e assoluta: “egli [Hegel] *non pensa*

⁵⁷ “La volontà essente in sé e per sé”.

⁵⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 72.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, tr. it., Bompiani Testi a fronte, Milano, 2007, § 6.

⁶² *Ibidem*.

neppur lontanamente che la filosofia possa occuparsi dell'essere empirico. Questa realtà assoluta è il concetto speculativo, il <<concetto>> semplicemente” ⁶³.

Tuttavia, Hegel non si limita a concepire la relazione di identità fra il *Begriff* e la *Wirklichkeit* in termini statici e astratti, ma esplicita il senso dinamico e concreto di questa relazione, scrivendo che: “*er [der Begriff] sich diese [die Wirklichkeit] selbst gibt*” ⁶⁴.

Hegel intende affermare che il concetto speculativo non è assimilabile ad una *res data* e fissa, ma è una *res in fieri*, ossia è l'esito di un processo di autopoiesi nel quale “*Quello che, secondo Hegel, è <<il concetto fondamentale della filosofia>>, il vero infinito, deve perciò annullare e togliere di mezzo il finito, riconoscendo e realizzando, dietro le apparenze di esso, la sua propria infinità*” ⁶⁵.

Questa interpretazione della filosofia hegeliana è in sintonia con quanto afferma un'altra dottrina, secondo la quale l'idea dominante del sistema di Hegel è proprio l'idea della concretezza speculativa del concetto, la quale rappresenta “*la forza motrice dell'intero processo e lo scopo supremo di ogni essere e di ogni divenire. (...) Qui, nella concretezza, è l'anima della filosofia hegeliana*” ⁶⁶.

Le riflessioni fino a qui sviluppate si collegano con quanto è stato anticipato precedentemente⁶⁷, dove si è detto che, secondo Hegel, la libertà vera e oggettiva non è quella del

⁶³ N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano, Napoli, 1965, pp. 180-181.

⁶⁴ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 72: “il concetto si conferisce la realtà da se stesso”.

⁶⁵ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 74.

⁶⁶ N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi* cit., p. 181.

⁶⁷ V. *supra* dove si dice che, per Hegel, la vera libertà non è quella individuale, ma è quella che si realizza nelle istituzioni politiche del diritto positivo, storicamente esistenti.

singolo individuo: quest'ultima è soltanto il punto di partenza di un elaborato percorso attraverso il quale la stessa idea di libertà si realizza concettualmente, trovando il proprio compimento definitivo nelle istituzioni di diritto positivo previste dall'ordinamento politico-statuale.

Applicando queste premesse di ordine filosofico all'ambito della scienza giuridica, egli sostiene che lo studio scientifico del concetto del diritto coincida con lo studio della realizzazione speculativa di questo concetto stesso, scrivendo che: *“Die philosophische Rechtswissenschaft hat die Idee des Rechts, den Begriff des Rechts und dessen Verwirklichung zum Gegenstande”*⁶⁸.

Per Hegel, lo scopo della scienza del diritto è la comprensione dell'intrinseca razionalità immanente nelle determinazioni speculative attraverso le quali il sistema giuridico acquisisce, progressivamente, la propria solidità dogmatica e concettuale.

Ciò è confermato dalle sue stesse parole, secondo cui: *“Sie [Die Rechtswissenschaft] hat daher die Idee, als welche die Vernunft eines Gegenstandes ist, aus dem Begriffe zu entwickeln, oder, was dasselbe ist, der eigenen immanenten Entwicklung der Sache selbst zuzusehen”*⁶⁹.

A differenza della visione kantiana che concepisce la legge come limitante la libertà⁷⁰, il filosofo idealista pensa che lo

⁶⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 72: “La scienza filosofica del diritto ha per oggetto l'idea del diritto, cioè il concetto del diritto e la realizzazione di questo concetto”.

⁶⁹ *Ibidem*: “La scienza del diritto, pertanto, a partire dal concetto, deve sviluppare l'idea come quella che è la ragione di un oggetto, e ciò equivale a dire: essa deve stare a guardare lo sviluppo proprio e immanente della cosa stessa”.

⁷⁰ V. *supra* dove si analizza la nozione kantiana del diritto, dicendo che la legalità è concepita come la mera conformità esteriore della condotta alla norma, a prescindere da alcuna valutazione sui motivi

sviluppo del diritto non rappresenti un'obiezione all'esercizio della stessa, ma, piuttosto, sia l'orizzonte entro il quale l'idea di libertà si realizza pienamente e totalmente, definendolo "*das Reich der verwirklichten Freiheit*"⁷¹.

Queste ultime considerazioni implicano che, da un punto di vista teleologico, l'attuazione della libertà sia lo scopo al quale lo sviluppo del diritto è orientato finalisticamente⁷².

Egli afferma che il diritto non possa essere inteso, restrittivamente, come limitato alla sfera *de iure privatorum*, ma debba essere concepito in modo tale che comprenda, nel proprio sviluppo concettuale, le diverse modalità attraverso le quali l'idea di libertà si determina⁷³.

Hegel ritiene che la volontà essente-in-sé-e-per-sé, che egli identifica con la vera essenza della libertà⁷⁴, sia il risultato derivante dalla sintesi concettuale di due momenti⁷⁵, ognuno dei quali, assunto unilateralmente, è una mera

che determinano la volontà, i quali possono essere anche diversi dal semplice intento di osservare la legge, ma, ad esempio, possono derivare da sentimenti irrazionali di paura ovvero di speranza, a causa dei quali colui che agisce cerca di evitare un danno ovvero di ottenere un vantaggio; nel medesimo senso, v. ancora *supra* dove, sempre a proposito della dottrina kantiana, si dice che, per l'arbitrio individuale, la legge razionale non può che apparire un vincolo esterno che limita la libertà.

⁷¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 86: "il regno della libertà realizzata".

⁷² *Ibidem*.

⁷³ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 486.

⁷⁴ V. *supra* dove si dice che la libertà viene confusa con la licenza che si possa fare ciò che si vuole, ma una tale concezione impedisce di comprendere la vera essenza della libertà, quella che Hegel definisce la volontà essente-in-sé-e-per-sé.

⁷⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 92.

astrazione intellettuale priva di un significato scientificamente rilevante⁷⁶.

Il primo momento è il puro pensiero avulso da ogni contenuto determinato: esso identifica il livello del *Sollen*, presente nella contrapposizione kantiana sopra analizzata⁷⁷.

Il secondo è il particolarismo insito nei fenomeni empirici: esso identifica il livello del *Sein*, sempre secondo la nota dicotomia.

Invece, la sintesi, ossia la volontà essente-in-sé-e-per-sé che per Hegel è la libertà oggettiva⁷⁸, è l'esito finale di un *iter* ascensionale attraverso il quale ciò, che è accidentale e transeunte, è elevato dai propri aspetti contingenti, sublimandosi concettualmente in ciò che ha un valore universale ed eterno: dunque, in questo modo la dicotomia teorizzata da Kant, fra l'essere e il dover essere, è risolta definitivamente⁷⁹.

⁷⁶ A proposito del significato negativo che Hegel attribuisce all'intelletto, v. *supra* dove si dice che in Hegel esso è considerato il grado meno elevato della conoscenza filosofica, avendo sempre un'accezione peggiorativa rispetto alla ragione, alla quale, invece, egli attribuisce un significato più positivo e un valore più alto.

⁷⁷ V. *supra* dove si dice che, in Kant, la dicotomia fra il puro pensiero alieno da ogni contenuto, da un lato, e il dato empirico, dall'altro, riflette il profondo iato fra il *Sollen* e il *Sein* nel campo della filosofia pratica.

⁷⁸ V. *supra* dove si dice che Hegel definisce la volontà essente-in-sé-e-per-sé come la vera essenza della libertà.

⁷⁹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 40, dove, a proposito del superamento hegeliano della contrapposizione kantiana fra l'essere e il dover essere, l'autore, immedesimandosi in ciò che Hegel pensa di Kant, scrive: "Tu [l'autore immagina che Hegel si rivolga a Kant] *dividi e spezzi (...)* l'uomo che io [il soggetto è sempre Hegel], *come i greci, voglio sia pensato soltanto nell'armoniosa totalità delle sue forze*".

Hegel spiega che questo percorso conciliativo, attraverso il quale la “*Besonderheit*”⁸⁰ è ricondotta all’ “*Allgemeinheit*”⁸¹, è intrapreso interamente su un piano teoretico-speculativo, ossia è l’effetto di una funzione cogitante esercitata dalla coscienza, che egli chiama espressamente “*die Tätigkeit des Denkens*”⁸².

Riferendosi a quest’ultimo aspetto della filosofia hegeliana, anche la dottrina scrive che l’immediatezza e la particolarità insite nelle circostanze naturali sono innalzate verso ciò che è universale, specificando che “*questo risolvere, questo innalzare è ciò che si chiama attività del pensiero*”⁸³.

Passerin d’Entrèves continua nella propria interpretazione di Hegel, affermando: “*Chiaro è così che la via del volere, per farsi Spirito Oggettivo, cioè libero, è il sollevarsi al volere pensante, e che la libertà è essenzialmente soltanto pensiero*”⁸⁴.

Si intende precisare che, con il concetto di “spirito oggettivo”, indicato con la locuzione semantica “*Der wahre Geist, die Sittlichkeit*”⁸⁵, Hegel intende riferirsi alla libertà che si realizza nelle istituzioni etico-politiche di un determinato popolo, storicamente esistenti e previste dall’ordinamento giuridico dello Stato⁸⁶.

A differenza di quanto è sostenuto da Kant, il pensiero umano si caratterizza per la sua idoneità ad emanciparsi

⁸⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 92: “particolarità”.

⁸¹ *Ibidem*: “universalità”.

⁸² *Idem*, p. 108: “l’attività del pensiero”.

⁸³ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 48.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des* cit., p. 596: “Lo spirito vero, l’eticità”.

⁸⁶ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, pp. 83 e 93.

dalla propria condizione di astrattezza, entrando, così, in relazione con i diversi contenuti materiali derivanti dalle esperienze esterne, ma nello stesso tempo - proprio perché il pensiero, in quanto è libero, è determinato solo da sé medesimo - esso è in grado di elevarsi verso ciò che è universale ed essenziale, distogliendosi dagli aspetti accidentali presenti in quei contenuti medesimi e conservando la propria indipendenza da questi ultimi⁸⁷.

Mentre in Kant l'ascetismo razionale, per il timore di perdere la propria libertà, è avulso da ogni contatto con gli stimoli della realtà empirica, riducendosi a un vuoto formalismo che alimenta la contrapposizione fra il *Sollen* e il *Sein*, non è così per Hegel.

In lui, contrariamente a quanto avviene nella filosofia morale del suo predecessore⁸⁸, il nucleo fondamentale del suo sistema concettuale si riassume nel compimento di un itinerario di sublimazione, orientato al superamento della soggettività e della particolarità, con le quali - in ogni caso - la volontà di libertà entra in relazione al fine di determinarsi.

Per il filosofo idealista, è assolutamente necessario *“liberare quello che era il dato, l'esterno, l'oggettivo nel momento dell'arbitrio (...) dalla forma della sua immediata determinatezza naturale, dalla sua contingenza riportarlo alla sua essenza sostanziale”*⁸⁹.

⁸⁷ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 92.

⁸⁸ V. *supra* dove si dice che, nel criticismo di Kant, il formalismo è una conseguenza inevitabile del postulato della libertà che caratterizza la legge morale: quest'ultima, nel suo essere formale, poiché astrae dagli stimoli, è una universalità priva di contenuto, cioè la pura identità del volere con sé medesimo.

⁸⁹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 48.

Dal momento che *“La volontà per esser volontà deve voler qualche cosa, determinarsi a un contenuto”*⁹⁰, essa deve eludere, inevitabilmente, la rigida staticità del puro pensiero astratto, al fine di compiersi in senso speculativo proprio come volontà libera⁹¹.

Quindi, l’Io pensante, al fine di determinarsi concettualmente in termini concreti, assume necessariamente un contenuto materiale e certo, che, apparentemente, sembrerebbe essere in contraddizione con l’iniziale astrattezza del pensiero stesso.

Tuttavia, l’Io - essendo autodeterminato, come si appena è visto⁹² - conosce questa certezza della materia soltanto come una determinatezza possibile, rispetto alla quale, in realtà, non è vincolato e dalla quale non dipende⁹³.

In altre parole, l’autodeterminazione dell’Io implica che questo sia condizionato solo da se stesso e, dunque, sia libero⁹⁴.

⁹⁰ *Idem*, p. 15.

⁹¹ *Ibidem*: “essa [la volontà] non è compiutezza prima della sua determinazione”.

⁹² V. *supra* dove si dice che, per Hegel, l’essenza del pensiero umano è riposta nella capacità di entrare in relazione con i diversi contenuti materiali derivanti dalle esperienze esterne sottoposte di volta in volta all’attenzione della coscienza umana, ma, contemporaneamente, proprio perché è libero, esso è in grado di elevarsi verso ciò che è universale ed essenziale, mantenendosi indipendente dagli aspetti accidentali ed empirici insiti in quei contenuti medesimi.

⁹³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 92.

⁹⁴ Cfr. N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 92, dove l’autore scrive che, in Hegel, *“L’essenza dello spirito è la libertà; per la quale lo spirito può astrarre da ogni cosa esteriore e perfino dalla sua stessa esistenza, può sopportare la negazione della sua individualità e manifestarsi come spirito nelle sue particolari determinazioni che sono altrettante sue rivelazioni”*.

Alla luce di quanto è stato illustrato sin qui, è possibile assegnare all'idea hegeliana di libertà una solida dignità concettuale che sia idonea a distinguerla, radicalmente, sia dalla pura astrazione kantiana, assai distante da ogni rapporto con ciò che è determinato ed empirico, sia dall'arbitrio individualistico e rivoluzionario di ascendenza russoviana.

Poiché, come è stato osservato⁹⁵, ogni stadio dello sviluppo del diritto è l'esistenza della libertà nelle sue proprie determinazioni, anche noi, come Hegel, riteniamo che i diversi momenti dello svolgimento speculativo del concetto del diritto corrispondano ai diversi momenti dello svolgimento progressivo dell'idea di libertà.

Essi sono, principalmente, tre: il diritto formale della personalità astratta, il quale è definito da Hegel “*als das beschränkte juristische Recht*”⁹⁶, la moralità⁹⁷, la quale coincide con l'interiorità della volontà di origine kantiana⁹⁸, e, infine, l'eticità, a sua volta suddivisa in tre sezioni

⁹⁵ V. *supra* dove si dice sia che Hegel definisce il diritto come il regno della libertà realizzata, sia che il diritto è destinato all'attuazione della libertà.

⁹⁶ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 486: “come il diritto giuridico in senso stretto”.

⁹⁷ Giova rilevare che la moralità - seppur, nel sistema dialettico hegeliano, costituisca l'antitesi del diritto astratto, nonché lo stadio del passaggio verso l'eticità - è introdotta mediante una categoria tipicamente giuridica; precisamente, la moralità è definita “*das Recht des subjektiven Willens*” (“il diritto della volontà soggettiva”): cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 122; su questo punto, cfr. anche N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 57.

⁹⁸ V. *supra* dove si dice che la moralità, nell'accezione kantiana, consiste nell'aderenza di un'azione alla legge, il cui movente risiede nella sola volontà di rispettare il precetto, senza che concorrano altri impulsi interni, diversi dal desiderio di osservare la legge stessa.

fondamentali: *die Familie, die bürgerliche Gesellschaft und der Staat*.

Iniziando da una breve analisi del diritto astratto e della moralità, essi costituiscono i momenti della libertà intesa, ancora, in un senso negativo e poco evoluto, poiché in entrambe queste categorie l'individualismo etico-giuridico di ascendenza kantiana non è superato, ma, piuttosto, è confermato.

Infatti, essi sono l'espressione della soggettività della volontà e del libito individuale.

Con specifico riferimento al primo momento, ossia al diritto della personalità di derivazione romanistica, Hegel sostiene che la nozione dogmatica del contratto riveli una visione della libertà definita come arbitrio, in nome del quale le parti negoziali perseguono, in modo esplicito, l'intento di rimanere entrambe proprietarie di qualcosa di determinato.

A titolo esemplificativo, in una fattispecie di *emptio-venditio*, secondo il filosofo, esse si scambiano soltanto una qualità della proprietà: il venditore aliena il diritto di proprietà della cosa ma acquista la proprietà del denaro, mentre il compratore è privato della proprietà del denaro, ma acquista quella della cosa.

Inoltre, nonostante la struttura funzionale del nesso sinallagmatico sia assimilabile ad un rapporto vincolante di scambio, sia il dante causa sia l'avente causa rimangono indipendenti l'uno dall'altro e desiderano continuare a restare in questa condizione di reciproca estraneità: in conseguenza di ciò, Hegel deduce che il contratto sia l'espressione tangibile dell'arbitrio della persona⁹⁹.

Precisamente, al § 75 delle *Grundlinien der Philosophie* cit., egli individua i tre elementi costitutivi della pattuizione contrattuale.

⁹⁹ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 96.

Essi sono i seguenti:

α) l'arbitrio, che è la fonte dalla quale l'accordo negoziale deriva;

β) la volontà identica delle parti contraenti, la quale non è una volontà razionale “*an und für sich allgemeiner*”¹⁰⁰, ma è soltanto una volontà “*gemeinsamer*”¹⁰¹, analoga a quella russoviana¹⁰²;

γ) l'oggetto del contratto, il quale è necessariamente “*eine einzelne äußerliche Sache*”¹⁰³, poiché, per Hegel, i soggetti contraenti possono privarsi arbitrariamente soltanto di una *res* che abbia le caratteristiche della singolarità e dell'esteriorità.

Egli sostiene che, nello stadio del diritto astratto, sussiste la possibilità di una collisione fra la volontà oggettiva e razionale, che prescrive il divieto di inadempimento negoziale¹⁰⁴, e la volontà singolare della parte contraente, la quale potrebbe rivelarsi differente dalla prima volontà e, a causa dell'arbitrarietà e dell'accidentalità del proprio

¹⁰⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 178: “universale in sé e per sé”.

¹⁰¹ *Ibidem*: “comune”.

¹⁰² V. *supra* dove, a proposito della volontà generale di Rousseau, si dice che essa, seppure sia distinta dalla volontà di tutti, è, pur sempre, una volontà meramente comune, ossia è l'esito di un principio volitivo contrattualistico e individualistico.

¹⁰³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 178: “una cosa singolare esteriore”.

¹⁰⁴ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 57: “Ed anzitutto, essendochè il diritto astratto non ha in vista se non una possibilità, la prescrizione giuridica è soltanto una liceità o facoltà: essa, quindi, secondo la sua determinazione fondamentale è divieto”.

intendere e volere ¹⁰⁵, potrebbe “non riconoscere l’universale cioè il diritto” ¹⁰⁶.

Dal momento che la legislazione giuridica esige soltanto la pura conformità materiale ed esterna della condotta pratica alla norma astratta, “ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben” ¹⁰⁷, si deduce che, in caso di violazione della *lex contractus*, l’armonia fra la libertà oggettiva e quella del singolo possa essere realizzata e portata a compimento unicamente mediante la coazione ^{108 109}.

La possibilità della scissione tra il livello del *Sollen* e il livello del *Sein*, insita nel momento del diritto astratto, impone la necessità “di innalzarsi in una sfera più alta, in cui il conflitto venga appianato da una più alta concezione della libertà” ¹¹⁰.

¹⁰⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 190.

¹⁰⁶ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 58.

¹⁰⁷ I. KANT, *Die Metaphysik* cit., *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, III. *Von der Einteilung einer Metaphysik der Sitten*: “senza riguardo alcuno all’impulso di essa”.

¹⁰⁸ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 26.

¹⁰⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 200, in cui l’autore esamina la definizione kantiana del diritto in senso stretto, indicato come un diritto “zu dem man zwingen dürfe” (“al quale si possa costringere”). A tale proposito, v. anche I. KANT, *Die Metaphysik* cit., *Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, Vom zweideutigen Recht (Ius aequivocum)*: “Mit jedem Recht in enger Bedeutung (*ius strictum*) ist die Befugnis zu zwingen verbunden” (“Ogni diritto in senso stretto (*ius strictum*) è legato alla facoltà di costringere”).

¹¹⁰ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., pp. 58-59.

Pertanto, la dottrina kantiana della virtù eleva l'idea di dovere derivante dalla legge a movente interno che determina il compimento dell'azione morale¹¹¹.

Nonostante la moralità aspiri a risolvere la profonda lacerazione fra la volontà soggettiva interna e la libertà descritta nel suo esercizio esteriore, tuttavia in essa il bene è inteso, ancora, in un senso astratto e, perciò, attende di essere realizzato concretamente come bene esistente.

Infatti, per Hegel, la libertà morale, concepita kantianamente come assoluta interiorità soggettiva, può manifestarsi indifferentemente tanto in aderenza alla volontà vera e razionale, realizzando effettivamente il bene, quanto secondo gli impulsi dettati dall'arbitrio individuale, i quali possono essere in antitesi al contenuto oggettivo del bene e, dunque, essere rivolti al male^{112 113}.

Alla luce di queste considerazioni, è plausibile dedurre che, nell'assoluta solitudine della pura intenzione¹¹⁴, la coscienza ammetta anche la possibilità di tendere alla malvagità, diventando cattiva: a tale proposito, egli

¹¹¹ I. KANT, *Die Metaphysik* cit., *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, III. *Von der Einteilung einer Metaphysik der Sitten*.

¹¹² A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., pp. 59-60.

¹¹³ V. *supra* dove si dice che la legislazione morale prescrive l'esigenza della determinazione, ma, proprio perché è astratta, non impone alla volontà di determinarsi in un modo piuttosto che in un altro, riducendosi alla mera possibilità di scegliere arbitrariamente fra i differenti dati empirici, finiti e contingenti.

¹¹⁴ Si precisa che per Hegel l'intenzione è il valore che l'azione possiede per il soggetto che la compie, pertanto, l'intenzione è l'espressione della pura soggettività individuale: G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., § 121; sull'argomento v. anche N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 104, nonché M. ROSSI, *Marx e la dialettica hegeliana. 1. Hegel e lo Stato*, Editori Riuniti, Roma, 1960, pp. 620-621.

stigmatizza quest'eventualità della volontà, adottando proprio l'espressione "böse" ¹¹⁵.

Dunque, la sfera della moralità è caratterizzata da un profondo iato fra, da un lato, la soggettività individuale - la quale deve essere buona e perseguire lo scopo consistente nella realizzazione del bene, ma che si rivela inadeguata a causa della propria iniquità - e, dall'altro lato, il bene universale, che deve essere attuato, ma che ancora non è tale.

Il superamento della relazione dialettico-conflittuale fra la dimensione esteriore, rappresentata dalla legalità, e la dimensione interiore, costituita dalla moralità, è la transizione verso la fase dell'eticità.

Quest'ultima, "*Die Sittlichkeit*" ¹¹⁶, come è stato anticipato a proposito del significato di "spirito oggettivo" ¹¹⁷, designa quel complesso di istituzioni etico-politiche, individuate nella famiglia, nella società civile e nello Stato, nell'ambito delle quali la libertà si realizza concettualmente, obiettivandosi: precisamente, essa passa gradualmente dalla sua astratta espressione individualistica di indole kantiano-russoviana, avulsa dalla realtà sociale, alle norme positive, le quali regolano la complessa vita pratica di "*quell'insieme organicamente congiunto di individui che è il popolo storicamente determinato con la sua religione, la sua arte, le sue tecniche, le sue leggi e i suoi costumi, in una parola con il suo ethos*" ¹¹⁸.

¹¹⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 264: "malvagia".

¹¹⁶ *Idem*, p. 292: "L'eticità".

¹¹⁷ V. *supra* dove si dice che, in Hegel, lo "spirito oggettivo" è la libertà che si realizza nelle istituzioni etico-politiche di un determinato popolo, storicamente esistenti e previste dall'ordinamento positivo.

¹¹⁸ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 48.

Nell'ambito dell'eticità, lo sviluppo speculativo dell'idea di libertà si evolve, rispetto ai precedenti momenti dominati dall'imperativo formale di ascendenza kantiana e dalla volontà individuale di tipo contrattualistico¹¹⁹, inverandosi proprio nella concretezza e nell'oggettività delle istituzioni di diritto positivo storicamente esistenti, all'interno delle quali il diritto astratto e la moralità, da pure categorie razionali e da "*parole prive di contenuto*"¹²⁰, diventano fatti storici che "*si alimentano nella ricca, polposa, multivaria vita etica di un popolo*"¹²¹.

Reputiamo che l'individuazione di un *tertium genus* fra il diritto astratto e la morale individuale, ossia l'eticità, non sia una *deminutio* che rende labile ed incerta la distinzione kantiana fra le sfere della legalità esterna e della moralità interna.

Anzi, Hegel le conserva nella loro irriducibile polarità¹²², dimostrando, così, di accogliere fedelmente i capisaldi del pensiero di Kant¹²³, ma, nello stesso tempo, le concilia rendendole effettuali, dal momento che, a differenza del filosofo di Königsberg, egli considera l'idea di libertà in relazione alla sua realizzazione storica¹²⁴.

Per tale ragione, l'eticità si distingue dalla moralità kantiana.

¹¹⁹ V. *supra* dove si espongono, sinteticamente, le principali caratteristiche del diritto astratto e della moralità.

¹²⁰ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., pp. 61-62.

¹²¹ *Idem*, p. 62.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Idem*, p. 31: "Se Kant è stato il primo (...) a dare alla morale e al diritto un fondamento assoluto nella ragione, Hegel non ha fatto che sviluppare il pensiero kantiano, determinando il <<contenuto della volontà>> o la ragione stessa".

¹²⁴ *Ibidem*.

Quest'ultima contrappone il *Sollen*, cioè l'imperativo razionale, al *Sein*, cioè alla realtà, avendo la pretesa di ricondurre il reale a un ideale astratto: tuttavia, così facendo, il diaframma fra l'essere e il dover essere non è superato, ma, piuttosto, si estende nella propria ampiezza¹²⁵.

Invece, la *Sittlichkeit* è la moralità che, dall'astrattezza della pura interiorità, si è concretamente realizzata in forme istituzionali storiche e che è, quindi, “*sostanzialmente e pienamente, ragione reale o realtà razionale*”¹²⁶: in conseguenza di ciò, la dicotomia di Kant è superata da Hegel in modo definitivo¹²⁷.

Poiché da un punto di vista concettuale, l'idea di libertà si identifica nelle istituzioni sociali e politiche di un popolo storicamente individuato, l'eticità non è un'universalità astratta, priva di un contenuto sostanziale, ma “*in quanto si identifica con la vita (e con il destino) di un popolo, è un momento della storia universale, cioè è un evento storico*”¹²⁸.

Pertanto, la totalità etica, in quanto tale, “*non è né una creazione dell'immaginazione né una costruzione dell'intelletto*”¹²⁹, ma, invece, esprime quei tratti costitutivi ed essenziali che identificano un determinato organismo

¹²⁵ V. *supra* dove si dice che in Kant l'ascetismo razionale si riduce a un vuoto formalismo, alimentando la contrapposizione fra il *Sollen* e il *Sein*.

¹²⁶ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 83.

¹²⁷ A proposito del superamento hegeliano della dicotomia kantiana fra l'essere e il dover essere, v. quanto è stato anticipato *supra* dove si dice che la volontà essente-in-sé-e-per-sé, che per Hegel è la libertà oggettiva, è il risultato di un *iter* ascensionale attraverso il quale ciò, che è accidentale e transeunte, è elevato dai propri aspetti contingenti verso ciò che ha un valore universale ed eterno, risolvendo definitivamente tale contrapposizione.

¹²⁸ N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., p. 14.

¹²⁹ *Ibidem*.

etico-spirituale, all'interno del quale una comunità si organizza in unità.

Come è stato autorevolmente dimostrato, la filosofia idealistica di Hegel, nel concepire la realtà politico-statuale come lo sviluppo e la concretizzazione dell'idea di libertà, configura l'ordinamento giuridico attraverso un'analogia organica, formulando la *Genossenschaftstheorie*¹³⁰.

Questa dottrina instaura una stretta relazione fra la teoria dello Stato, inteso come un organismo etico-spirituale titolare della sovranità, e la teoria della corporazione: la filosofia politica hegeliana non considera l'ordinamento statale un'entità atomistica di individui isolati, come avviene nel contrattualismo di derivazione giusnaturalistica, ma un'organizzazione giuridicamente articolata di un popolo, parificabile ad una realtà corporativa¹³¹.

In questa *Weltanschauung* universalistica, la relazione fra il bene obiettivo, ossia il bene diventato concreto, e la singola coscienza soggettiva non è più valutabile nei termini di una conflittualità vicendevole, “che è anche reciproca negazione”¹³², bensì in quelli di una “connessione organica, sintetica, onde essi [cioè, l'elemento oggettivo e quello soggettivo] non si oppongono l'uno all'altro, né si

¹³⁰ A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., pp. 56 e 255: in quest'ultima p., si afferma che la legge morale, che fino a Kant è stata l'orizzonte esterno alla sfera politico-statuale, con Hegel “diventa etica di una nazione e si ritira tutta nella realtà statale”. A proposito degli ulteriori sviluppi della teoria organica di Hegel nell'ambiente dottrinale tedesco, cfr. O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Akademische Druck - U. Verlagsanstalt, Graz, 1954, *passim*.

¹³¹ Con specifico riferimento allo stretto legame, presente nella dottrina giuridica hegeliana, fra la teoria della corporazione e la teoria dello Stato, cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 84.

¹³² M. ROSSI, op. cit., p. 633.

giustappongono dividendosi il campo dell'eticità, ma la esprimono ciascuno tutta intera" ¹³³.

Alla luce di queste riflessioni, può essere abbastanza plausibile sostenere che, in Hegel, l'articolazione del rapporto fra ciò che è universale e ciò che è particolare presupponga, contemporaneamente, sia l'immanenza dell'idea di libertà nella realtà storica delle istituzioni etiche, sia la trascendenza della stessa idea rispetto al singolo individuo colto in quegli aspetti accidentali, transeunti e irrazionali che sono presenti e residuano in lui¹³⁴.

Da questo legame profondo tra il generale e il singolare, la filosofia giuridica hegeliana sviluppa una concezione sociale finalizzata a superare i limiti dell'atomismo hobbesiano e dell'individualismo kantiano, entro i quali il dissidio tra la libertà individuale e l'ordine etico-politico si acuisce nella propria intensità.

La definizione di questa frammentazione fra il singolo e la società, apparentemente priva di un esito positivo, è, invece, risolta da Hegel "*speculativamente*" ¹³⁵, cioè ponendo il concetto di libertà proprio nella concretezza di quella realtà comunitaria, che è attorno all'uomo e nella quale egli si riconcilia, ritrovando in essa la sua umanità più autentica.

Poiché nell'*ethos* l'idea di libertà giunge, gradualmente, al proprio compimento, realizzandosi come bene vivente in quegli istituti che esprimono il costume di un popolo, la filosofia deve tradurre in categorie formali del pensiero, cioè comprendere concettualmente, il contenuto reale che

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 68.

¹³⁵ *Idem*, p. 70.

l'esperienza etica le offre, dimostrandone, con la riflessione, la sua intrinseca razionalità¹³⁶.

Per Hegel, dunque, la funzione della scienza del diritto è, in altre parole, la giustificazione razionale della realtà politica esistente e la trasformazione in concetti filosofici di quella razionalità che si è già attuata nelle istituzioni vigenti¹³⁷.

Secondo il filosofo, nel momento in cui si acquisisce, mediante la ragione, la consapevolezza che la propria libertà coincide con l'adesione alla totalità della vita organica di un popolo, allora *“nasce la disposizione etica dell'animo, la quale è raggiunta quando gli individui hanno compreso l'identità di tutti i loro interessi col tutto”*¹³⁸.

L'abbandono confidente e fiducioso all'*ethos*, in cui *“vive la grande massa degli uomini”*¹³⁹, costituisce la testimonianza più tangibile di quell'affidamento, grazie al quale la libertà si realizza nella consuetudine di un popolo radicata nella più intima natura dei singoli individui.

Il mondo etico è l'oggettività nella quale la certezza soggettiva della propria libertà si trasforma in verità: in altre parole, nell'organismo etico gli individui verificano realmente di essere obiettivamente liberi.

Dal momento che la dimensione dell'eticità rivela la profonda unità fra la volontà universale e la volontà individuale, Hegel sostiene che il dovere e il diritto coincidano, essendo *unum et idem*.

¹³⁶ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 42.

¹³⁷ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 76.

¹³⁸ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 70.

¹³⁹ *Ibidem*.

Condividiamo quanto egli scrive esplicitamente: “*Dasselbe was ein Recht ist, ist auch eine Pflicht, und was eine Pflicht ist, ist auch ein Recht*” ¹⁴⁰.

Il dovere vincolante può sembrare limitativo soltanto per la libertà negativa intesa, kantianamente, in senso astratto, per la soggettività indeterminata e per gli impulsi dettati dalla volontà naturale e dall’arbitrio della moralità¹⁴¹.

Al contrario, questo dovere etico è la liberazione dell’individuo sia dalla dipendenza dal mero impulso naturale, sia da quella sensazione di avvilitamento morale - che Hegel denomina con il termine “*Gedrücktheit*” ¹⁴² - in cui egli può incorrere se iniziasse a riflettere sul dover essere che è contraddetto dall’essere.

Infine, con il suo adempimento, il soggetto evade da una condizione esistenziale di indeterminatezza, trovando, piuttosto, la sua vera realtà umana, ossia “*il modo di essere veramente se stesso*” ¹⁴³.

Secondo Hegel, il dovere etico può rappresentare una limitazione della libertà, soltanto qualora essa fosse, erroneamente, confusa con l’arbitrio della soggettività.

¹⁴⁰ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 486: “Ciò che è un diritto è anche un dovere, e ciò che è un dovere è anche un diritto”.

¹⁴¹ V. *supra* dove si dice che per l’arbitrio individuale, la legge razionale è un vincolo esterno che limita la libertà.

¹⁴² G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 298: “depressione”.

¹⁴³ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 73.

Quest'ultimo è la negazione della libertà oggettiva, poiché, come si è osservato, l'arbitrio è il riflesso di una concezione razionalmente inadeguata della volontà¹⁴⁴.

In verità, il suo assolvimento è la negazione della libertà astratta, che sarebbe la non-libertà, e, perciò, esso è il momento redentivo in virtù del quale il soggetto aderisce alla libertà vera e positiva¹⁴⁵.

Dal momento che questo tipo di dovere ha una funzione liberante grazie alla quale l'uomo realizza totalmente la sua essenza antropologica, la dottrina, ispirandosi a un canto di Leopardi, scrive che, in Hegel, la stessa virtù non è più "*la stolta virtù delle cave nebbie, dei campi delle inquiete larve*" ¹⁴⁶, ma "*una virtù sorridente e vestita di luce*" ¹⁴⁷.

Sempre in relazione all'esercizio di questo dovere civico, Passerin d'Entrèves prosegue, sostenendo che esso "*ha perduto nell'eticità il suo sapore di cenere*" ¹⁴⁸, diventando il redentore dell'uomo.

Risulta palese che l'universo etico non è più qualcosa di estraneo all'individuo, piuttosto, in esso, egli riscopre il suo più profondo e autentico valore umano e spirituale¹⁴⁹.

¹⁴⁴ V. *supra* dove si dice che l'arbitrio, anziché essere il momento veritativo della volontà, è, piuttosto, la contraddizione della volontà stessa.

¹⁴⁵ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., pp. 72-73.

¹⁴⁶ *Idem*, pp. 71-72: questo riferimento di Passerin d'Entrèves è al canto *Bruto minore*, vv. 16-17, del poeta Giacomo Leopardi; l'insigne giurista assimila la virtù etica concepita da Hegel alla nobile virtù celebrata dal poeta di Recanati nel suo canto.

¹⁴⁷ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 71.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 72.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 73, dove l'autore scrive che: "*L'uomo trova dunque nel dovere etico la sua realtà, il modo di essere veramente se stesso*".

Hegel ritiene che questa nuova forma di moralità positiva, nella quale l'eticità ha la sua espressione costitutiva, sia per l'uomo "*als eine zweite Natur*" ¹⁵⁰.

Questa seconda natura è il costume, ossia quel complesso di usanze e di credenze che caratterizzano la vita sociale e culturale di una collettività in una data epoca.

Esso, essendo "*la più storica di tutte le manifestazioni della attività pratica*" ¹⁵¹, si sostituisce, nella sua concretezza, all'astrattezza del dover essere kantiano¹⁵².

Al di fuori dei confini dell'*ethos*, pensiamo che la vocazione alla libertà non possa raggiungere il proprio compimento: l'uomo sarebbe ridotto ad una mera apparenza fenomenica priva di una reale dignità spirituale.

In conseguenza di ciò, questo rapporto di immediatezza fra il soggetto e gli ordinamenti etici può essere assimilabile ad una vera e propria identità¹⁵³.

Lo stretto legame fra il mondo etico, da un lato, e il soggetto, dall'altro, si esplicita nella relazione circolare che si instaura fra il concetto di virtù e quello di rettitudine.

La prima è il riflesso dell'*ethos* di un popolo negli aspetti caratteriali di un particolare individuo, determinati dalla naturalità.

A sua volta, la stessa virtù - nella misura in cui mostra la conformità del singolo ai doveri derivanti dai rapporti etico-sociali, ai quali egli appartiene - si identifica nella rettitudine¹⁵⁴.

¹⁵⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 300: "come una seconda natura".

¹⁵¹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 61.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 296.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 298, nonché M. ROSSI, op. cit., p. 636.

Le riflessioni formulate sino a tale punto del presente lavoro inducono a concludere che l'eticità corrisponde a quella forma più elevata dello sviluppo speculativo del diritto, che, per Hegel, è il regno della libertà realizzata.

Conclusioni

Hegel dimostra, correttamente, che la libertà vera e oggettiva, quella che egli chiama la “volontà-essente-in-sé-e-per-sé”, non è la pura astrazione del pensiero privo di ogni contenuto, come sostiene Kant, ma, invece, è lo “spirito oggettivo”, ossia è la libertà che si realizza concettualmente negli istituti etici previsti dall'ordinamento positivo dello Stato.

Dunque, riteniamo che l'eticità - o la moralità intesa nella sua dimensione sovra individuale o sociale - sia la sfera nella quale è superato per sempre il dissidio fra il piano del *Sollen* e quello del *Sein*: pertanto, in essa è possibile comprendere lo sviluppo speculativo della libertà, secondo la dinamica della sussidiarietà.

Nel prossimo paragrafo, vogliamo sottolineare come l'eticità assuma la sua configurazione razionale proprio all'interno della sfera politico-statuale.

Paragrafo III

Il rapporto tra Hegel e il giusnaturalismo

La relazione fra la filosofia politica hegeliana e la dottrina contrattualistica del diritto naturale, che si sviluppa da Grotius a Fichte¹⁵⁵, esige la considerazione congiunta di due termini concettuali.

¹⁵⁵ J. G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, tr. it., Laterza, Roma, 1994, *passim*.

Come Bobbio scrive, essi sono: “*dissoluzione e compimento*”¹⁵⁶.

Apparentemente, ma superficialmente, l'accostamento di questi vocaboli potrebbe sembrare quasi una *contradictio in adiecto*.

Il motivo di tale paradosso risiede nella circostanza che essi sono palesemente antitetici fra loro, qualora i medesimi siano colti sul piano linguistico rappresentato dalla loro area di significanza semantica.

Tuttavia, in questo preciso caso, giova rilevare quanto sia proficuo trascendere la dimensione strettamente letterale dei vocaboli sopra indicati.

Infatti, nel presente paragrafo si intende dimostrare proprio che i due termini sono intrinsecamente uniti nella riflessione filosofico-politica hegeliana: uno evoca l'altro in una relazione di corrispondenza reciproca.

Precisamente, la parola “dissoluzione” indica che Hegel stigmatizza l'inconsistenza e l'inadeguatezza delle categorie fondamentali elaborate dai giuristi giusnaturalisti per la costruzione di una teoria generale del diritto e dello Stato.

Invece, la parola “compimento” significa che egli aspira, in definitiva, alla stessa meta finale dei suoi predecessori, individuata nella comprensione e nella giustificazione razionale dell'ordinamento statuale¹⁵⁷, e “*la raggiunge o crede di raggiungerla proprio perché, buttati via i vecchi strumenti ormai diventati inservibili, se ne foggia di nuovi*”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 3.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 10.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 3.

Incominciando a focalizzare l'attenzione sul momento della dissoluzione, si osserva la sussistenza di un'evidente differenziazione rispetto alla scuola giuridica precedente.

L'insigne rappresentante dell'idealismo tedesco muove una pesante critica rivolta alla genesi contrattualistica del processo formativo dello Stato.

La censura dei concetti fondamentali del giusnaturalismo, dal contratto sociale sino allo stato di natura, era stata uno dei caratteri identificativi delle correnti filosofiche tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo: si pensi, a titolo esemplificativo, all'utilitarismo inglese di Bentham, allo storicismo di Burke in Inghilterra e della scuola storica in Germania, nonché al positivismo francese che si sviluppa da Saint-Simon a Comte¹⁵⁹.

Come anche noi reputiamo, Hegel ritiene che il popolo, concepito organicamente come una totalità etica, sia un *prius* e assuma una posizione di anteriorità logica rispetto all'individuo considerato singolarmente, il quale è un *posterius*, cioè un'entità susseguente e derivata.

Invece, come si è visto affrontando lo studio delle teorie giusnaturalistiche¹⁶⁰, per esse il principio fondante dell'ordine sociale è sempre l'individuo, tanto che un'autorevole dottrina sostiene che tale forma di individualismo giuridico sia presente anche in quelle correnti filosofico-politiche del contrattualismo, le quali instaurano processi istituzionali di tipo assolutistico, sia in senso monarchico come in Hobbes, sia in senso democratico come in Rousseau¹⁶¹.

¹⁵⁹ Su questo tema, *Idem*, p. 6.

¹⁶⁰ V. il capitolo I.

¹⁶¹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., pp. 30-31: "*Il punto di partenza è sempre l'uomo; (...) siano i sommi beni per l'umanità la pace e l'ordine secondo lo Hobbes, o la libertà e la eguaglianza secondo il Rousseau, comunque lo Stato sorge a servizio dell'uomo*

Inoltre, lo schema organologico-sostanzialistico acquisisce anche una valenza di superiorità assiologica nei confronti del principio individualistico della scuola del diritto naturale sei-settecentesca.

Infatti, Hegel esprime un giudizio molto severo sull'indebita applicazione delle categorie concettuali *de iure privatorum* all'ambito di una teoria politico-statuale che intenda mantenere una propria dignità scientifica e una propria rigorosa solidità in senso euristico.

La dottrina sostiene che egli non disconosca la categoria del contratto in quanto tale, ma, tuttavia, le riconosca validità solo nella sfera del diritto privato¹⁶².

Il *pactum societatis* dei giusnaturalisti è valutato negativamente non tanto per la sua inesistenza empirica, come accadimento storico-fattuale che si verifica *hic et nunc* - critica che, comunque, potrebbe valere soltanto nei confronti di Locke, per il quale il contratto originario è un evento storico, ma non nei riguardi di Rousseau e di Kant, per i quali, invece, il contratto sociale è una pura idea della ragione¹⁶³ - quanto, piuttosto, per la sua inconsistenza

e di esigenze umane (...). Si giunge sì all'assolutismo, monarchico o democratico, ma sempre in funzione di un interesse umano (...)".

¹⁶² N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., p. 13; successivamente, a p. 90 della medesima opera, l'autore scrive ancora che: "il diritto privato, a differenza di quello che accade nella grande tradizione giuridica dei romani, non ha alcuna autonomia in quanto s'invera soltanto nel diritto statale, o, a differenza di quel che accade nella tradizione del diritto naturale, non sta a fondamento del diritto pubblico, ovvero dello stato che sorge sulle basi di un tipico istituto di diritto privato com'è il contratto, ma al contrario ne è fondato".

¹⁶³ *Idem*, pp. 12-13; v. anche A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*. Elementi cit., pp. 312-313, dove l'autore afferma che in Rousseau l'idea del contratto è spogliata di ogni riferimento concreto: essa è, "come dirà Kant, non un <<atto>>, ma un'<<idea>>, un principio normativo che permette di concepire

razionale e per la sua inadeguatezza teleologica ad assolvere la funzione di comprensione teoretica della razionalità intrinseca dello Stato¹⁶⁴.

Lo scopo finale, al quale il filosofo idealista tende, è il medesimo di quello di Rousseau: lo sforzo compiuto da entrambi consiste nel cercare di superare una concezione della libertà intesa in senso individualistico, aspirando alla libertà oggettiva, la quale si realizza, in termini di concretezza speculativa, soltanto “*nella comunità e mediante la legge*”¹⁶⁵.

Essi ricusano la nozione di libertà “*verso lo stato*”¹⁶⁶ o “*dallo stato*”¹⁶⁷, di ispirazione lockiano-kantiana, e, invece, si ispirano all’idea di libertà “*nello stato*”¹⁶⁸.

Con specifico riferimento all’autore del *Contrat social*, la libertà dell’uomo consiste nell’obbedienza alla legge, la quale è l’espressione della volontà generale dei consociati¹⁶⁹.

Nonostante questa apparente affinità fra Rousseau ed Hegel, quest’ultimo deplora, in modo condivisibile, il metodo adottato dal primo, ritenendo che il filosofo svizzero concepisca la volontà generale non nel significato aulico e profondo della “volontà essente-in-sé-e-per-sé”¹⁷⁰, ma in un significato ancora contrattualistico e, dunque, concettualmente errato.

il rapporto politico nei suoi veri termini, non come sacrificio, ma come conquista di libertà”.

¹⁶⁴ N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., pp. 11-13.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 29.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 27.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., pp. 25-27.

¹⁷⁰ V. *supra* dove si dice che, per Hegel, la vera essenza della libertà è quella che egli definisce la “volontà essente-in-sé-e-per-sé”.

L'utilizzo dello strumento negoziale, da parte di Rousseau, implica che lo Stato sia concepito come una mera associazione, l'adesione alla quale è il risultato di una decisione individuale e arbitraria¹⁷¹.

Al contrario, la concezione organicistica di Hegel evidenzia quanto l'utilizzo delle categorie civilistiche nel diritto pubblico non sia idoneo ad interpretare concettualmente la realtà statuale¹⁷² e, inoltre, quanto la loro applicazione produca esiti drammatici dal punto di vista degli avvenimenti storici, come è stato rilevato a proposito del giudizio negativo da lui formulato in merito ai fatti rivoluzionari¹⁷³.

Alla luce di queste considerazioni, è evidente che la volontà generale teorizzata dal filosofo ginevrino è una *deminutio*, dal momento che essa è priva di una propria autonoma concretezza speculativa, ma si riduce ad essere soltanto ciò che è comune a tutte le parti negoziali¹⁷⁴.

In conseguenza di ciò, la volontà universale non è più costitutiva delle volontà singole e particolari, ma, piuttosto, è essa stessa a risultare costituita e prodotta da queste ultime¹⁷⁵.

¹⁷¹ V. *supra* dove si dice che la volontà generale russoviana, seppure sia distinta dalla volontà di tutti, è, pur sempre, l'esito di un principio volitivo contrattualistico e individualistico.

¹⁷² N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 28.

¹⁷³ V. *supra* dove si dice che Hegel interpreta la Rivoluzione francese come il segno tangibile di una razionalità astratta, in nome della quale ogni ordinamento sociale esistente, risalente alla tradizione, è abolito e distrutto.

¹⁷⁴ G. BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁵ V. *supra* dove si dice che Rousseau sostiene che la deliberazione pubblica dell'autorità statuale esprima la *volonté générale*, la quale non è la volontà di tutti, cioè la mera somma delle singole volontà particolari, ma è la volontà comune a tutti i votanti, depurata e avulsa dagli interessi particolari e contrapposti, che si elidono

L'assunzione del contratto a categoria centrale della scienza del diritto pubblico cagiona conseguenze esiziali anche sotto un profilo politico-istituzionale, poiché la stabilità dell'ordinamento statuale non è preservata nella sua integrità, ma subisce un processo di involuzione e di dissoluzione, dipendendo totalmente dalle volizioni individuali e dalla precaria, labile ed incerta composizione dei libiti soggettivi¹⁷⁶.

Il fondamento contrattuale dell'ordine politico è la manifestazione di un pensiero astratto e indeterminato, il quale ha assunto un potere tale da pretendere di costituire uno Stato in nome della ragione, cercando di sovvertire ogni ordinamento esistente¹⁷⁷: da un punto di vista storico, il tentativo di realizzazione pratica di questo progetto utopistico e avulso dalla realtà si è trasformato tragicamente, secondo Hegel, "*zur fürchterlichsten und grellsten Begebenheit*"¹⁷⁸.

In questo passo appena indicato, il riferimento alla Rivoluzione francese è palese ed esplicito¹⁷⁹.

reciprocamente proprio a causa del loro contrasto: ciononostante, si ritiene che la volontà generale rousseauiana, seppure sia distinta dalla volontà di tutti, sia comunque l'esito derivante da un'impostazione contrattualistica e individualistica.

¹⁷⁶ N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., pp. 13-14.

¹⁷⁷ In relazione alla tesi che fra i principali intenti della Rivoluzione francese, secondo l'ispirazione illuministica, vi fosse quello di ricreare l'uomo e di plasmare tutta la vita umana secondo un modello ideologico prestabilito *ex ante*, v. l'autorevole contributo di H. TAINÉ, *Les origines de la France contemporaine. L'Ancien régime*, tr. it., Adelphi, Milano, 1986, *passim*.

¹⁷⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 420: "nell'avvenimento più orribile e allucinante".

¹⁷⁹ V. *supra* dove si dice che Hegel descrive la libertà universale ed astratta proclamata dalla Rivoluzione giacobina del 1793, nei

La sua critica è rivolta non solo alla mancanza di rigore scientifico nella trasposizione degli schemi concettuali dalla teoria negoziale del diritto privato all'universo "empireo" della dottrina dello Stato¹⁸⁰, ma è anche diretta all'utilizzo improprio di un altro caposaldo fondamentale del giusnaturalismo: si tratta dello *status naturae*.

La visione hegeliana della condizione naturale dell'uomo è distinta sia da quelle hobbesiana e russoviana, le quali evolvono rispettivamente nella giustificazione dell'assolutismo monarchico e dell'assolutismo democratico¹⁸¹, sia da quella lockiana, la quale si sviluppa, in senso liberale, in un processo che culmina nella legittimazione dello Stato minimo¹⁸².

Ovviamente, la dimensione conflittuale e caotica dello stato di natura hobbesiano, il quale è un autentico *bellum omnium contra omnes*, è assai più grave e più intensa di quella dello

termini di una libertà negativa, indicandola come la "furia del dileguare".

¹⁸⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., pp. 418 e 420, dove il filosofo, a proposito dello Stato, utilizza la locuzione seguente: "*das an und für sich seiende Göttliche und dessen absolute Autorität und Majestät*" ("il Divino essente-in-sé-e-per-sé e la sua assoluta autorità e maestà").

¹⁸¹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 24: "*Gli stessi concetti che abbiamo visti propri all'assolutismo monarchico di Hobbes sono in buona parte comuni all'assolutismo democratico del Rousseau*".

¹⁸² *Idem*, p. 35: "*qui [l'autore si riferisce a Locke] lo Stato ha il semplice compito di imporre ai malvagi la legge di natura, senza apportare un proprio contributo originale alla formazione del diritto, onde per l'uomo vi è in realtà solo la legge naturale che già a tutto adeguatamente provvede, e che solo si presenta talvolta trascritta nelle leggi dello Stato e rafforzata dalle sanzioni di questo*".

stato di natura russoviano dove l'uomo è soltanto *un animal stupide et borné*.

Nel filosofo di Malmesbury lo *status naturae* è ancora più distante da quello lockiano, nel quale la società naturale disciplinata dal diritto consuetudinario di *common law* sembra in certi momenti coesistere in una sincronica armonia con il *Body Politick*.

A tale proposito, un autorevole giurista scrive che lo stato di natura, che in Hobbes è ancora uno *state of war of all against all*, in Locke si è già trasformato in una società naturale, ossia “*in una vera e propria società prepolitica, comprendente tutti i rapporti sociali che gli individui intrecciano fra loro prima del sorgere dello stato e indipendentemente dall'intervento del pubblico potere*”¹⁸³. Ciononostante, pur nel differente grado di intensità tra i principali indirizzi di pensiero degli autori giusnaturalisti esaminati, può essere plausibile sostenere l'ipotesi che, in tutti questi giuristi, sia presente una filosofia della storia, la quale prevede all'inizio un *χάος* che evolve gradualmente in un *κόσμος*: *caos* e *kósmos* corrispondenti, rispettivamente, al disordine dello stato di natura (o a una situazione di relativa precarietà, come è in Locke) e all'ordine instaurato dalla società politica.

Per quanto concerne Hegel, si ritiene che lo sviluppo della sua filosofia politica segua un percorso più complesso e articolato.

Inizialmente, prima della redazione delle *Grundlinien der Philosophie* cit., quando il sistema hegeliano della filosofia del diritto non ha ancora raggiunto la propria maturazione

¹⁸³ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 24; tuttavia, poco prima, a p. 21 della medesima opera, l'autore scrive che: “*anche per Locke (...) lo stato è la perfezione della vita sociale, ed è tale perfezione perché è l'unica forma di convivenza fatta a misura dell'uomo in quanto essere razionale*”.

concettuale, il diritto pubblico costituisce soltanto il mezzo per stabilizzare e per regolare i rapporti di forza, determinando la transizione dall'anarchia all'ordine statale attraverso l'instaurazione di un ordinamento permanente¹⁸⁴. In questa prima fase dell'evoluzione del pensiero di Hegel, l'essenza dello Stato risiede, innanzitutto, nella concentrazione della forza: quest'ultima precede il diritto, il quale interviene soltanto *ex post* al fine di disciplinarla. Riferendosi al momento iniziale dell'elaborazione del disegno hegeliano, la dottrina afferma: “*Per un verso, l'economia ingloba e dissolve il diritto privato; così come la politica domina e dirige il diritto pubblico. In altre parole il diritto diventa, come diritto privato, il momento formale dell'economia; come diritto pubblico, il momento formale della politica*”¹⁸⁵.

Successivamente, nel momento in cui l'elaborazione della sua dottrina è giunta al proprio perfezionamento con la stesura delle *Grundlinien der Philosophie* cit., si assiste a un diverso atteggiamento rispetto al diritto, al punto tale da poter parlare “*di una vera e propria rivalutazione del posto del diritto nell'insieme degli altri momenti dello spirito oggettivo, ovvero del passaggio da una concezione limitativa del diritto a una concezione (...) amplificante*”¹⁸⁶.

L'autore citato prosegue affermando che il diritto, dal momento che è definito ormai come la concretizzazione speculativa della libertà in quanto idea, non è più riferito soltanto ad uno dei momenti dello sviluppo dello “spirito oggettivo”¹⁸⁷, ma indica anche l'intero movimento di

¹⁸⁴ *Idem*, p. 43.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 41.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 56.

¹⁸⁷ Per la nozione di “spirito oggettivo”, v. *supra*.

quest'ultimo, considerato nel suo complesso e nella totalità del suo insieme.

Alla luce di queste ultime riflessioni, si può sostenere che - quando, ormai, il sistema hegeliano ha acquistato un'intrinseca coerenza all'interno della propria struttura concettuale - un principio logico-giuridico di ragione sia immanente nell'eticità sin dall'inizio: in altre parole, il diritto non è più qualcosa che è al di là del mondo etico delle relazioni umane, ma è profondamente radicato in esso.

E' condivisibile l'affermazione secondo la quale: *“Mentre i giusnaturalisti si sono serviti dell'ipotesi dello stato di natura come punto di partenza per arrivare allo stato civile, per Hegel lo stato di natura, in quanto antitesi dello stato civile, non serve minimamente a questo scopo”* ¹⁸⁸.

Lo *status naturae* della tradizione contrattualistica è soltanto una condizione astratta e immaginaria che si trova al principio del processo storico e che serve per poter legittimare il successivo insediamento dell'autorità politica. Ciò è riscontrabile sia nell'assolutismo monarchico di Hobbes, sia in quello democratico di Rousseau, sia nel liberalismo politico di Locke.

In tutti questi principali esponenti del giusnaturalismo, la formazione dello Stato è sempre auspicata a causa di un precedente stato di natura imperfetto, nel quale tutti gli uomini sono malvagi, facendosi la guerra tra loro (Hobbes) ¹⁸⁹, ovvero sussiste una condizione di diseguaglianza sostanziale dalla quale l'uomo attende di essere emancipato (Rousseau) ¹⁹⁰, ovvero, vi sono alcuni individui ai quali, data la loro natura intrinsecamente

¹⁸⁸ N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., p. 15.

¹⁸⁹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 20.

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 28-29.

corrotta o *totaliter deleta*, deve essere imposta la legge di ragione da parte del potere statale (Locke)¹⁹¹.

A differenza dei filosofi appena indicati, in Hegel lo stato di natura non è superabile in termini logico-temporali - secondo un “prima”, che corrisponde all’antico disordine pre-politico, e un “dopo”, che corrisponde al nuovo ordine politico - ma è “*profondamente radicato nella storia del mondo*”¹⁹².

Esso è una situazione di violenza e di sopraffazione realmente esistente, che non può essere soppressa come, invece, è teorizzato dai giusnaturalisti, in merito alla quale egli scrive che “*nichts Wahres gesagt werden kann*”¹⁹³, fuorché affermare la necessità di uscirne.

Precisamente, egli identifica lo stato di natura nell’effettività dei rapporti di forza, che animano la sfera geo-politica della comunità internazionale, e, conseguentemente, nega la validità di un diritto “*ultrastatale*”¹⁹⁴, idoneo a disciplinare le relazioni fra gli Stati all’interno di un ordinamento giuridico coattivo e cogente.

Come è stato anticipato nell’introduzione al presente capitolo, la trattazione della tematica relativa allo stato di natura in Hegel richiede di esporre brevemente alcuni tratti essenziali del pensiero internazionalistico formulato da Kant.

Secondo il filosofo di Königsberg, in ambito pratico il dover essere dell’imperativo morale impone alla ragione la stipulazione di un *foedus pacificum* tra i soggetti politici della comunità internazionale.

¹⁹¹ *Idem*, p. 35.

¹⁹² N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 27.

¹⁹³ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen cit.*, § 502: “niente di vero può essere detto al riguardo”

¹⁹⁴ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 15.

Tale patto dovrebbe produrre l'effetto giuridico-negativo di vietare l'aggressione e il reciproco ricorso alla guerra come legittimi strumenti di risoluzione delle controversie che possano sorgere tra gli Stati nelle loro relazioni.

La *ratio* ispiratrice di questo accordo interstatuale riflette in modo palese la dicotomia kantiana che separa il piano del *Sollen* da quello del *Sein*.

Infatti, questa convenzione ideale non trascende il momento del divieto, insito nel principio *ne res publicae ad arma ruant*, e, da un punto di vista concettuale, non evolve sino all'affermazione di una positiva e pacifica *civitas gentium seu maxima*, che comprenda tutti i popoli della terra all'interno di un ordinamento cosmopolitico e di “una *repubblica universale come stato giuridico oltre lo stato*”¹⁹⁵.

Nello stesso tempo, tale accordo, esprimendo comunque l'anelito all'instaurazione di una confederazione internazionale tra gli Stati, si distingue anche da un comune *pactum pacis*: questo, secondo Kant, è un qualunque trattato di pace che pone termine ad una guerra precisa e determinata.

Invece, il *foedus pacificum* è finalizzato a stabilire la cessazione di tutte le guerre e ad impedire che nuovi conflitti bellici possano sorgere in futuro¹⁹⁶: quindi, anche se soltanto in termini negativi, esso manifesta il primato della ragione sulle dinamiche dei rapporti *inter res publicas*. Differenziandosi dal suo predecessore, Hegel sostiene la tesi che nega categoricamente la stessa pensabilità di un ordinamento giuridico che sia stabile e sovrastante gli Stati indipendenti.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., pp. 253-254.

Egli ritiene che l'orizzonte degli Stati sia soltanto la storia, *“la quale procede dall'interno degli Stati stessi mentr'essi si conformano al loro finalismo interno”* ¹⁹⁷.

In coerenza con questa prospettiva che assolutizza la dimensione della sovranità nazionale, per il filosofo idealista il diritto internazionale, anche se non è radicalmente negato, è ridotto a un diritto pubblico esterno¹⁹⁸: infatti, egli rifiuta l'utilizzo della dizione “diritto internazionale” e parla espressamente di *“äußere Staatsrecht”* ¹⁹⁹.

Quest'ultimo deriva dai rapporti non giuridici, ma naturali, che si costituiscono tra gli Stati autonomi e sovrani, i quali sono l'uno contro l'altro in un vero e proprio stato di natura²⁰⁰, nel quale le relazioni fra gli organismi statuali sono qualificate dalla permanenza dell'arbitrio e dell'accidentalità: pertanto, l'universalità del diritto non può realizzarsi a causa dell'indipendenza e dell'autonomia dei soggetti politici che agiscono nell'ambito internazionale.

Esaurita questa sintetica spiegazione, si intende continuare a focalizzare l'attenzione su un altro aspetto che distingue la dottrina di Hegel dalla precedente tradizione giusnaturalistica.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 255.

¹⁹⁸ *Ibidem*. Sulla concezione hegeliana del diritto internazionale come diritto pubblico esterno, cfr. A. VON TROTT ZU SOLZ, *Hegels Staatsphilosophie und das internationale Recht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1932, *passim*.

¹⁹⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 552: “diritto statale esterno”. Al contrario, Kant ritiene che la definizione più corretta di diritto internazionale sia quella di *ius publicum civitatum* rispetto a quella tedesca di *Völkerrecht*: cfr. Id., *Die Metaphysik* cit., *Des öffentlichen Rechts zweiter Abschnitt, Das Völkerrecht*, § 53.

²⁰⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 554.

La riconsiderazione delle categorie dogmatiche atomistico-individualistiche esige l'adozione, da parte di Hegel, di nuovi schemi concettuali, i quali siano appropriati a comprendere l'intrinseca razionalità della totalità organica che agisce nell'effettualità della realtà storica.

Pertanto, egli individua un *tertium genus* che scardina drasticamente la rigidità dell'orizzonte angusto e limitato entro il quale si esaurisce la dialettica bifasica fra la sfera dell'interiorità, corrispondente alla moralità kantiana, e la sfera dell'esteriorità, corrispondente alla legalità kantiana, cioè tra il foro interno della coscienza e il foro esterno dei rapporti interpersonali.

Come è stato sottolineato in precedenza²⁰¹, il nuovo soggetto non è più il singolo ovvero la semplice somma dei singoli, ma è “*la figura della comunità popolare, intesa come totalità vivente e storica*”²⁰² e, perciò, concepita come “*una collettività, un tutto organico*”²⁰³.

Conseguentemente, la “*Sittlichkeit*”²⁰⁴, cioè la morale intesa a livello sociale o sovra-individuale, è la categoria dogmatica più precisa in termini di rigore teoretico e la più adeguata ai nuovi schemi organologici attorno ai quali si struttura il pensiero hegeliano.

A tale proposito, è necessario effettuare una precisazione avente la funzione di rendere più esplicito e più comprensibile il percorso logico-argomentativo in questa fase del lavoro.

²⁰¹ V. *supra* dove si dice che Hegel critica la genesi contrattualistica del processo formativo dello Stato, ritenendo che il popolo sia una totalità etica avente un'anteriorità logica rispetto all'individuo considerato singolarmente, il quale è un *posterius*.

²⁰² N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., p. 16.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 292.

Si intende sottolineare che Hegel non è colui che scopre la sussistenza dell'eticità nella vita storica di un popolo.

Piuttosto, egli è colui che attribuisce una solida dignità scientifica a questa categoria, rendendola funzionale all'elaborazione di una teoria giuridico-statualistica che dalla scienza della politica passi al diritto pubblico, ossia, per usare termini tecnicamente più appropriati, ascenda dalla “*Staatswissenschaft*”²⁰⁵ allo “*Staatsrecht*”²⁰⁶.

Come si è già ribadito²⁰⁷, nel momento in cui il sistema giuridico hegeliano raggiunge il suo apice, il diritto pubblico non è più un mero criterio strumentale diretto alla normalizzazione e alla stabilizzazione dei fenomeni di forza osservati dalla prospettiva empirica della politologia: Hegel assegna alla giuridicità una funzione centrale e paradigmatica, che eleva la scienza dello Stato e delle istituzioni politiche a scienza del diritto pubblico.

Un'interpretazione superficiale e semplificante potrebbe indurre nell'errore di assimilare la valorizzazione dell'eticità operata dalla dottrina hegeliana a quella effettuata dalla scuola storica di Savigny²⁰⁸.

Si ritiene che la divergenza fra questi due indirizzi del pensiero giuridico sia notevole e assai profonda.

²⁰⁵ N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., p. 54.

²⁰⁶ *Idem*, p. 88.

²⁰⁷ V. *supra* dove si dice che, quando l'elaborazione della sua dottrina giuridica è giunta al proprio perfezionamento con la stesura delle *Grundlinien der Philosophie* cit., si assiste a un diverso atteggiamento rispetto al diritto, tanto che è possibile parlare di una vera e propria rivalutazione del ruolo del diritto nell'insieme degli altri momenti dello spirito oggettivo, verificandosi il passaggio da una concezione limitativa del diritto ad una amplificante.

²⁰⁸ Sulla scuola storica del diritto cfr. F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia, Aalen, 1981, *passim*.

Come scrive Bobbio, lo storicismo di Savigny è una forma di irrazionalismo: esso è l'espressione di un'epoca di crisi nella quale si manifesta in modo palese e drammatico, “*da parte di coloro che si oppongono alla trasformazione in atto, <<la distruzione della ragione>> (die Zerstörung der Vernunft)*”²⁰⁹.

Per l'esponente della scuola storica, il *Volksgeist*, cioè lo spirito popolare, è il vero creatore del diritto.

Quest'ultimo non è un fatto volontario come per i giusnaturalisti, ma è una produzione spontanea e inconscia del nuovo soggetto spirituale, il quale aleggia fra i membri del gruppo sociale senza, tuttavia, identificarsi con alcuno tra essi²¹⁰.

Questa forma di storicismo rivela un romanticismo giuridico nell'ambito del quale il ricorso al *Volksgeist* è finalizzato ad affermare, decisamente, la supremazia del diritto consuetudinario derivante spontaneamente dalla società, “*rispetto a quello prodotto artificialmente dagli organi legislativi*”²¹¹.

In questa *Weltanschauung*, la fonte-fatto della consuetudine, costituita dall'unità dell'elemento oggettivo-materiale della *diuturnitas seu longa repetitio* e dell'elemento soggettivo-psicologico dell'*opinio iuris seu necessitatis*, è collocata all'apice della gerarchia delle fonti del diritto e attesta l'antecedenza logica della norma sociale sulla norma emanata dal potere legislativo dello Stato.

Per tale ragione, Ballardore Pallieri sostiene che con Savigny inizia “*la incerta distinzione tra società statale e Stato; lo*

²⁰⁹ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 7.

²¹⁰ Su questo argomento, cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, pp. 41-46.

²¹¹ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 10.

*Stato è solo una delle tante creazioni del gruppo politico; il vero creatore è il gruppo, la collettività, non lo Stato”*²¹².

Al contrario, lo storicismo hegeliano è intimamente razionale²¹³.

Esso è il compimento definitivo di un lento processo di razionalizzazione dello Stato, che ha la propria genesi intellettuale nella riflessione avviata dai giuristi appartenenti alla scuola del diritto naturale, da Hobbes sino a Kant.

In Hegel, il *Volksgeist* ha il preciso scopo di conferire un contenuto concreto alla volontà razionale dello Stato, ma la legge rimane, pur sempre, la fonte-atto posta alla supremazia dell'intero ordine giuridico e normativo²¹⁴: come è noto, egli è un sostenitore della codificazione, nella quale individua una delle più eminenti manifestazioni e un compito indefettibile dello Stato moderno²¹⁵.

Alla luce delle considerazioni sviluppate sino a tale punto, è possibile trarre la conclusione seguente.

Il momento della massima dissoluzione, in cui il filosofo si allontana dalla tradizione *de iure naturali* e riconosce la valenza teorico-conoscitiva del modello organicistico dell'eticità, coincide, quasi paradossalmente, con il momento del massimo compimento di quella stessa tradizione giusnaturalistica che, in apparenza, egli sembrerebbe confutare²¹⁶.

²¹² G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 45.

²¹³ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 7.

²¹⁴ *Idem*, p. 9.

²¹⁵ *Idem*, p. 8.

²¹⁶ V. *supra* dove si dice che la relazione fra la filosofia politica hegeliana e la dottrina contrattualistica del diritto naturale, da Grotius a Fichte, esige la considerazione congiunta di due termini apparentemente antitetici tra loro, la dissoluzione e il compimento,

Hegel accoglie il vitalismo romantico insito nella dimensione dell'eticità, ma, ispirandosi quasi ad una pedagogia politica, lo libera dai suoi vincoli irrazionali e lo riconcilia con la legge dello Stato²¹⁷.

Quest'ultima è lo stadio nel quale il diritto consegue il suo livello più elevato di oggettivazione e di razionalizzazione e, dunque, la fonte-atto della legge diventa il cardine del sistema giuspubblicistico hegeliano.

Proprio la legge è l'elemento dell'ordinamento che consente a Hegel di non interrompere il rapporto di continuità con la precedente dottrina giusnaturalistica²¹⁸.

La ragione - che da astratta e indeterminata si concretizza nell'eticità - e la stessa *Sittlichkeit* - che, attraverso la legge positiva, è il contenuto della volontà razionale dello Stato²¹⁹ - rappresentano il compimento maturo di un processo di razionalizzazione delle istituzioni politiche, in relazione al quale la scuola contrattualistica precedente Hegel "ha

intendendo, tuttavia, dimostrare che, in Hegel, i due concetti sono intrinsecamente uniti, poiché uno evoca l'altro reciprocamente.

²¹⁷ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., pp. 35-36 e 38: "Lo Sturm und Drang era stato il primo confuso agitarsi degli spiriti nella ricerca di una vita più nuova e più ricca. (...) Era negli animi l'aspirazione confusa verso una concezione più organica e ad un tempo dinamica del mondo. (...) Ma Hegel, cresciuto in questa età tormentata, ha in sé il nerbo per resistere all'onda travolgente del misticismo, e, spietato critico delle esagerazioni razionalistiche, sa non di meno, contro all'irrazionalismo vittorioso, tener alta la sua fede incrollabile nella ragione. (...) Hegel solo ha la forza di costringere e plasmare la visione panteistica, indeterminata e vaga, nella forma salda e quadrata del suo idealismo".

²¹⁸ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 52.

²¹⁹ *Idem*, p. 9.

rappresentato per due secoli l'esigenza e le successive tappe di sviluppo" ²²⁰.

Come è stato anticipato, rispetto alla tradizione del diritto naturale la dissoluzione hegeliana consiste nella critica delle sue fondamentali categorie dogmatiche: lo stato di natura e il contratto sociale.

In questo modo, paradossalmente, si assiste al compimento stesso del giusnaturalismo, dal momento che Hegel prosegue, al pari dei suoi predecessori contrattualisti, il medesimo *iter* teoretico orientato alla comprensione concettuale e alla giustificazione della razionalità intrinseca dello Stato, culminante nell'affermazione del primato della legge sulle altre fonti del diritto.

Nei confronti del romanticismo giuridico della scuola storica, invece, l'atteggiamento intellettuale di Hegel è diverso da quello che egli assume nei riguardi dell'illuminismo giusnaturalistico.

I termini semantici, che qualificano il rapporto tra l'esponente dell'idealismo e la corrente di pensiero di Savigny, non sono la dissoluzione e il compimento, bensì l'appropriazione e la trasfigurazione²²¹.

E' possibile parlare di appropriazione, poiché Hegel accoglie le categorie fondamentali dello storicismo giuridico, cioè l'eticità e lo spirito popolare, attribuendo loro un valore euristico.

Nello stesso tempo, però, le medesime categorie sono trasfigurate, dal momento che egli le dirige verso scopi opposti a quelli della scuola storica, arrivando a stabilire l'assoluta priorità della fonte-atto, costituita dalla legge, sulla fonte-fatto, rappresentata dalla consuetudine,

²²⁰ *Idem*, p. 7.

²²¹ *Idem*, p. 10.

dichiarando, così, la prevalenza dello Stato sulla società civile²²².

Conclusioni finali

Come è stato anticipato nell'introduzione, lo scopo del presente capitolo è stato quello di esaminare se la visione politica di Hegel sia idonea ad inquadrare il principio di sussidiarietà all'interno dei fondamenti dogmatici della sovranità statale.

Per valutare la sostenibilità di questa ipotesi appena indicata, è stato necessario spiegare che cosa Hegel intenda con il concetto di libertà.

Dal paragrafo I emerge che l'intento di Hegel non è tanto quello di effettuare una critica in senso demolitivo del concetto kantiano di libertà, quanto stigmatizzare l'inconsistenza e la debolezza della concezione formalistica e astratta della libertà teorizzata dal filosofo di Königsberg. In tale paragrafo, si è cercato di dimostrare che l'individualismo giuridico di derivazione contrattualistica corrisponde ad una concezione razionalmente inadeguata e limitata della libertà, intesa come una libertà negativa e non ancora evoluta.

Secondo Hegel, quest'ultima si rivela, in termini storico-fenomenologici, nei fatti drammatici provocati dal Terrore giacobino del 1793.

A proposito di questo evento rivoluzionario, anche Balladore Pallieri afferma che esso, con i suoi eserciti, è stato il tentativo di foggare uno Stato conforme a ragione²²³.

Questa valutazione è condivisa anche da altri giuristi, i quali sostengono, con autorevolezza, che la Rivoluzione francese,

²²² *Ibidem*.

²²³ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 41.

influenzata dallo spirito illuministico, “*assunse a criterio supremo una razionalità astratta, espressa in <<una dottrina che parve una rivelazione>>*”²²⁴.

Pertanto, si condivide il giudizio che evidenzia il carattere offensivo e l'indole estremamente violenta di questo avvenimento storico: i francesi giustificavano la loro ferocia rivoluzionaria immaginando, in senso utopistico, la realizzazione di un futuro “paradiso terrestre”²²⁵.

Con la stesura del secondo paragrafo è stato spiegato che, per Hegel, l'organicismo giuridico, il quale si manifesta nell'eticità o nella moralità sociale, corrisponde alla concezione vera e razionale della volontà libera, intesa come la libertà concreta e affermativa.

Dal rapporto identitario fra l'idea di libertà e il concetto di totalità organica, è stato dedotto che nell'adempimento dei doveri etici l'uomo realizza la propria destinazione alla libertà.

La libertà positiva implica l'eticità giuridica e quest'ultima, a sua volta, rappresenta la dimensione nella quale l'individuo sperimenta la propria liberazione dall'accidentalità dei condizionamenti naturali.

Pertanto, dallo studio affrontato nei primi due paragrafi, si deduce che nella dottrina hegeliana sussiste una perfetta identità fra la concretezza speculativa dell'idea di libertà, da

²²⁴ A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., p. 32.

²²⁵ R. KIRK, *The Roots of American Order*, tr. it., Mondadori, Milano, 1996, *passim*: con riferimento al giudizio storico-politico sugli eventi rivoluzionari del 1789, questo autore afferma, in modo esplicito, di ispirarsi alla tesi dello scrittore austro-tedesco Friedrich von Gentz; a tale proposito, cfr. F. VON GENTZ, *Der Ursprung und die Grundsätze der Amerikanischen Revolution, verglichen mit dem Ursprung und den Grundsätzen der Französischen*, en. tr., Henry Regnery, Chicago, 1955, *passim*.

un lato, e la stessa realizzazione concettuale del diritto, dall'altro.

Proprio questa sintesi concreta²²⁶ della libertà e del diritto implica, necessariamente, che la volontà vera e razionale abbia per oggetto non un contenuto astratto, ma si determini in modo tale da corrispondere concettualmente ai diversi momenti dello svolgimento progressivo dell'idea di libertà, che, come si è visto, sono: il diritto formale della personalità astratta, la moralità e l'eticità, a sua volta suddivisa in famiglia, società civile e Stato.

Successivamente, nel terzo paragrafo è stato precisato che l'eticità attribuisce un contenuto concreto e determinato alla volontà statale espressa razionalmente nella legge: poiché, da un lato, l'esercizio delle virtù etiche assolve una funzione liberante nei confronti del singolo individuo e poiché, dall'altro, la totalità etica si manifesta nella legge dello Stato, si deduce logicamente che la libertà, alla quale l'uomo è chiamato, si identifica nell'obbedienza alla legge positiva emanata dallo Stato²²⁷.

Quindi, alla luce delle considerazioni formulate in quest'ultimo capitolo, si ritiene che la dottrina hegeliana dell'eticità, rappresentando il superamento

²²⁶ N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi cit.*, p. 181: “(...) il ritmo dialettico non esaurisce l'essenza del concetto, perché termina in una sintesi concreta che è l'ultima e più alta parola della vita del concetto. Questa idea della concretezza speculativa del concetto è veramente l'idea centrale della filosofia di Hegel”.

²²⁷ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 28: “Uno dei passi chiave dell'opera di Rousseau è la definizione di libertà come <<l'obbedienza alla legge che ciascuno si è prescritta>>. Così Hegel: <<...e solo la volontà che ubbidisce alla legge è libera: ubbidisce infatti a se stessa, è presso se stessa, e dunque è libera>>. In questo senso di libertà anche per Hegel, come per Rousseau, lo stato è la realizzazione della libertà”.

dell'individualismo e l'elevazione del particolare all'universale, consenta di radicare validamente il principio di sussidiarietà nell'ambito dello Stato moderno.

Attraverso l'interpretazione filosofica di Hegel, è plausibile sostenere che la sussidiarietà coincida con la dimensione organica dell'eticità, all'interno della quale la stessa idea di libertà si sviluppa concettualmente.

Conseguentemente, nel capitolo successivo, si illustrerà il divenire progressivo della libertà all'interno dei vari momenti dell'eticità (o della sussidiarietà orizzontale), costituiti dalla famiglia, dalla società civile e dallo Stato, cercando di dimostrare, con peculiare riferimento all'ordinamento statuale, che tale processo evolutivo di sublimazione del particolare verso il bene comune trova il proprio compimento definitivo nel principio costituzionale della rappresentanza politico-nazionale, che caratterizza in modo specifico lo Stato *post-rivoluzionario*.

CAPITOLO III

LO SVILUPPO DIALETTICO DELLA LIBERTA' NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA': LA FAMIGLIA, LA SOCIETA' CIVILE, LO STATO

Considerazioni introduttive

In conclusione del precedente capitolo, si è individuato nella teoria hegeliana dell'eticità il superamento dell'individualismo e l'elevazione del particolare all'universale: in questo modo si è ritenuto di poter fondare validamente il principio di sussidiarietà all'interno dello Stato moderno.

Pertanto, nel presente capitolo si intende applicare le categorie dogmatico-concettuali, derivanti dalla dottrina dell'eticità di Hegel, per dimostrare, secondo criteri di rigore scientifico, l'intrinseca razionalità dei principali istituti etico-politici esistenti nell'ordinamento costituzionale positivo.

Precisamente, si vuole illustrare il divenire progressivo dell'idea di libertà all'interno della famiglia, dei corpi intermedi, delle formazioni presenti nella società civile, arrivando, infine, alla formulazione del principio della rappresentanza politico-nazionale ai sensi dell'art. 67 Cost., dove si perfeziona il processo di sublimazione *ad bonum commune rei publicae*.

Oltre a quanto è stato indicato nell'introduzione in relazione alla scelta di ispirarsi alla filosofia giuridica di Hegel per dimostrare la tesi di questo lavoro, giova ricordare quanto

Solari sostenesse sul pensiero di questo filosofo, stilando nel gennaio del 1924 la presentazione di un libro su Hegel, scritto dal proprio allievo Passerin d'Entrèves.

Come il maestro di quest'ultimo, anche noi avvertiamo con una certa intensità l'esigenza intellettuale di *“superare il dissidio tra la concezione kantiana della libertà intesa come espressione della personalità morale dell'uomo, e il concetto della libertà oggettiva che si attua e si concreta nella Società e nello Stato, concetto che fu la ragione profonda della speculazione postkantiana nelle sue applicazioni al problema del diritto e dello Stato”*¹.

Le motivazioni di questa nostra piena adesione al pensiero del giurista torinese discendono dalla presa di consapevolezza che, come dichiarava già lo stesso Solari, anche *“oggi come ai tempi di Hegel, la questione della libertà, del modo di intenderla, di attuarla negli ordinamenti politici è ritornata viva e attuale”*².

Specificatamente, si ritiene che la funzione, che la dottrina giuridica di Hegel possa assolvere nel tempo presente, non sia tanto quella di rappresentare un modello statico di filosofia sistematica e onnicomprensiva³, quanto, piuttosto, quella di profilarsi *“come <<una vasta, organica sistematica razionale>>”*⁴, la quale consenta di attribuire un'importanza rilevante *“<<alla complessa struttura dinamica dell'esperienza, di cogliere sempre più profondamente le leggi di continuità e di sviluppo della vita>>”*⁵.

¹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 5.

² *Idem*, p. 6.

³ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 149.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

Alla luce di tali considerazioni, si condivide, ritenendolo estremamente attuale, quanto sostiene uno studioso di Hegel - le cui parole sono riportate fedelmente da Bobbio - secondo il quale: “<<*Il più profondo motivo del pensiero contemporaneo [...] non consiste nell’esigenza della costruzione di un sistema metafisicamente chiuso, ma in quella della definizione degli assi razionali che sottostanno alla varietà di direzioni, di oggetti, di metodi del sapere, affinché questo acquisti in tale coscienza la sua piena libertà ed efficacia teoretica*>>”⁶.

Proprio perché si aderisce alla dottrina di Hegel, si vuole affermare realmente - non in termini ipotetici - “*la costitutività della ragione rispetto ai fenomeni [politici]*”⁷, ritenendo che l’idea di libertà non li trascenda, quasi che il mondo morale rimanesse al di là di essi, ma, invece, si concretizzi nelle istituzioni sociali disciplinate dall’ordinamento costituzionale vigente, diventando l’etica vivente di un popolo concepito, unitariamente, come una totalità organica e una nazione.

Forse, non è del tutto fuori luogo constatare che nella modernità - rotta l’unità della fede cristiana, in mancanza di un unico principio religioso come base comune e universale per tutti gli uomini⁸ - la verità “*è il possesso, dice Hegel, di un popolo libero che s’innalza a nazione ed infine*

⁶ *Ibidem*: in questo punto della propria opera, Bobbio afferma di riportare alcuni passi di un articolo scritto da Antonio Banfi nel 1931 sulla rivista “*La cultura*”, dal titolo significativo “*Rinascita hegeliana?*”.

⁷ A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., p. 255.

⁸ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 14.

raggiunge la sua forma più alta e perfetta organizzandosi a Stato”⁹.

Applicando le categorie concettuali, derivanti dalla dottrina giuridica hegeliana, ad alcuni istituti etico-politici esistenti nell’ordinamento costituzionale italiano, dapprima si inizierà ad esaminare la famiglia, come disciplinata dagli artt. 29-30-31 Cost., concentrando successivamente la nostra analisi sulle formazioni sociali della società civile, considerate nel loro complesso ai sensi degli artt. 2-118, ult. c., Cost., ed, infine, si studierà il principio della rappresentanza politica sancito dall’art. 67 della Carta costituzionale.

Paragrafo I

La famiglia

In base a quanto è stato indicato nell’introduzione del presente lavoro, per sussidiarietà si intende il “principio dialettico”, immanente nel diritto positivo, che regola il divenire della libertà a partire dalla famiglia, passando attraverso la società civile, fino a culminare nella rappresentanza politica, secondo una concezione organica dello Stato, come cercheremo di dimostrare.

Quale prima manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella Costituzione vigente, l’istituto etico della famiglia è il momento iniziale dello sviluppo concettuale dell’idea di libertà, dove, per la prima volta, il particolare è elevato all’universale, concretizzandosi in un’unità spirituale fondata su un sentimento di amore reciproco fra i coniugi, suggellata dal vincolo matrimoniale.

⁹ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 65.

Essa è la forma immediata e naturale¹⁰, attraverso la quale si manifesta il progresso speculativo dello spirito oggettivo¹¹ e nella quale “è per la prima volta superato l’individualismo, in nome di una realtà più alta del singolo”¹².

Si condivide la critica che Hegel muove alla teoria di Kant, il quale vorrebbe fondare il matrimonio su un contratto¹³.

Il primo dice espressamente che: “*Unter den Begriff vom Vertrag kann daher die Ehe nicht subsumiert werden*”¹⁴.

Hegel censura “la turpitudine (commessa da Kant)”¹⁵, consistente nella trasposizione delle categorie contrattualistiche in una sfera, quale è quella del matrimonio, avente una natura intrinsecamente diversa e assiologicamente più elevata rispetto alle determinazioni concettuali derivanti dalla tradizione *de iure privatorum*.

¹⁰ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 93: “La famiglia implica un momento naturale perché ha la sua base nella differenza dei sessi: essa è, dal punto di vista del diritto, una sola persona”.

¹¹ V. *supra* dove si dice che cosa Hegel intenda con l’espressione “spirito oggettivo”: egli vuole riferirsi alla libertà che si realizza nelle istituzioni etico-politiche di un determinato popolo, storicamente esistenti e previste dall’ordinamento giuridico dello Stato.

¹² A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 75.

¹³ I. KANT, *Die Metaphysik* cit., *Dritter Abschnitt. Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht, Des Rechts der häuslichen Gesellschaft erster Titel: Das Eherecht*, § 24.

¹⁴ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 178: “Sotto il concetto di contratto, pertanto, non può essere sussunto il matrimonio”; lo stesso concetto è ripreso da Hegel anche a p. 310 della medesima op. cit.

¹⁵ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 58.

Giova osservare che il rapporto familiare è proprio l'ambito nel quale il punto di vista negoziale - che caratterizza la personalità autonoma colta nella sua singolarità, come si è visto precedentemente a proposito della fase del diritto astratto¹⁶ - è “*per la prima volta abbandonato e annullato*”¹⁷.

Proprio questo aspetto, assunto dalla società coniugale all'interno dell'ordinamento costituzionale, dimostra l'esistenza di una profonda dicotomia - che nella filosofia giuridica hegeliana assume un profondo valore assiologico - fra la categoria del “privato” e quella del “pubblico”: la prima indica il momento negativo della decadenza dell'universale nel particolarismo individualistico, mentre la seconda rappresenta sempre il momento etico-positivo in cui il particolare s'innalza *ad bonum commune*¹⁸.

Questa concezione, che confuta il significato negoziale del matrimonio, è diffusa anche tra i padri costituenti che hanno scritto la Carta costituzionale.

Ad esempio, l'on. Condorelli osserva che la famiglia non è una società, ma è una comunità, dal momento che “<< (...) *la società ha una base volontaria o contrattuale; la comunità invece ha una propria base naturale ... (...)>>*”¹⁹.

¹⁶ V. *supra* dove si parla del diritto astratto in Hegel.

¹⁷ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 75.

¹⁸ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 86.

¹⁹ *La Costituzione della Repubblica italiana*, illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei Deputati, con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando, p. 68, in http://documenti.camera.it/bpr/14611_testo.pdf.

Anche l'on. Tupini precisa che le dizioni “<<*società*>>”²⁰ e “<<*naturale*>>”²¹, accolte dalla Costituzione all'art. 29, equivalgono, rispettivamente, a “<<*comunità*>>”²², la prima, a “<<*originario*>>”²³ e a “<<*di diritto naturale*>>”²⁴, la seconda.

Nel medesimo senso, il relatore on. Corsanego afferma l'importanza di sottolineare che la famiglia è titolare di diritti originari e preesistenti, ai quali “<<*lo Stato non deve fare altro che dar loro l'efficace protezione giuridica*>>”²⁵.

Inoltre, l'on. Mortati dichiara che la definizione costituzionale di famiglia, come “società naturale”, ha un carattere essenzialmente normativo, dal momento che con tale espressione semantica si intende attribuire all'istituto familiare “<<*una sua autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione*>>”²⁶.

Sempre in ambito giuspubblicistico, anche un orientamento dottrinale più recente non identifica l'istituto del matrimonio, attraverso cui si costituisce la famiglia, con un negozio giuridico vero e proprio, ma lo assimila soltanto ad una “*figura genericamente contrattuale*”²⁷.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2002, 31, I, p. 390.

In termini ancora più radicali, ricusando l'adesione a qualsiasi schema interpretativo contrattualistico, in ambito politologico un altro indirizzo di pensiero vede nel matrimonio un'autentica forma primordiale di organizzazione politica incentrata sulla fedeltà, che si differenzia nettamente da un rapporto obbligatorio di diritto privato.

A tale proposito, Miglio scrive che: *“Uno dei segni che testimoniano il fatto che l'aggregazione familiare fosse originariamente un'aggregazione politica, lo si rileva dal fatto che tra il maschio e la femmina che si accoppiano, in tutti gli ordinamenti istituzionali, si presuppone o si crea un rapporto di fedeltà”* ²⁸.

Quest'autore prosegue dicendo che come nel rapporto matrimoniale, *“anche dove non è considerato un sacramento”* ²⁹, si promette *“di rimanere fedeli nella buona e nella cattiva sorte”* ³⁰, così anche in un rapporto di obbligazione politica, in modo analogo, si esige un'adesione incondizionata da parte di colui che decide di aderire ad un partito o a un movimento politico³¹.

Tuttavia, una parte della dottrina giuridica esclude la possibilità di individuare un insieme di diritti spettanti alla famiglia, in quanto soggetto autonomo rispetto ai singoli componenti che ne fanno parte³².

²⁸ G. MIGLIO, *Lezioni di politica. II. Scienza della politica*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 177.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1976, artt. 29-34, p. 25; L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Atti del XLIX corso di aggiornamento culturale*

Secondo questa impostazione, le “ragioni” della famiglia mancherebbero di autonomia rispetto alle “ragioni” individuali e, dunque, andrebbe respinta “ogni tendenza ad una entificazione della famiglia, la quale non può essere intesa né come persona giuridica né come autonomo soggetto di diritti”³³.

Ciononostante, aderiamo a una diversa interpretazione che, nel corso del tempo, ha avallato visioni pubblicistiche e superindividuali della famiglia, ravvisandone una soggettività privata di diritto costituzionale, ovvero un ordinamento giuridico autonomo rispetto ai membri di essa³⁴.

Alla luce di queste considerazioni, si ritiene che la famiglia, in quanto è l’inizio di un complesso processo di realizzazione speculativa dell’idea di libertà all’interno del diritto positivo esistente, implichi necessariamente la sussistenza di alcuni istituti etico-giuridici che attestano, in termini concettuali, il superamento di quell’arbitrio osservato nell’analisi del diritto privato e della moralità, svolta nelle parti precedenti di questo lavoro.

Il nostro intento è dimostrare come, da un punto di vista logico-giuridico, la famiglia racchiuda in sé determinati istituti etici, i quali si caratterizzano per avere un valore

dell’Università Cattolica su *La coscienza contemporanea tra <<pubblico>> e <<privato>>: la famiglia crocevia della tensione*, Vita e Pensiero, Milano, 1979, pp. 268 ss.

³³ P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione Italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, art. 29, p. 190.

³⁴ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, pp. 14 ss; C. GRASSETTI, *Famiglia (Diritto privato)*, in *Novissimo digesto italiano*, VII, Utet, Torino, 1961, p. 49.

edificante socialmente e orientato teleologicamente alla sublimazione del particolare nell'universale.

Precisamente, essi corrispondono al trinomio hegeliano: A) *die Ehe*, B) *das Vermögen der Familie*, C) *die Erziehung der Kinder* ³⁵.

A) Incominciando dall'analisi del primo, ossia il matrimonio, quest'ultimo è in sé, oggettivamente, un atto di liberazione, attraverso il quale viene manifestato il libero consenso a costituire un'unica persona morale e ad entrare in essa, rinunciando alla propria singolare individualità³⁶.

In conseguenza di ciò, l'uomo, nell'adempimento dei doveri che lo stato di famiglia comporta, raggiunge il primo grado della sua libertà.

La relazione coniugale ha una dimensione profondamente etica, dal momento che, in essa, da un lato, l'impulso naturale è destinato ad estinguersi proprio nel suo appagamento, dall'altro lato, invece, il vincolo spirituale, teso a realizzare una comunione basata sulla fedeltà reciproca, si afferma come qualcosa di tendenzialmente indissolubile, innalzandosi al di sopra dell'accidentalità transeunte e temporanea delle passioni³⁷.

Ciò significa che, mentre l'obbligazione contrattuale è legata all'immediatezza, in modo tale che quanto più breve sia il lasso di tempo trascorso dalla sua stipulazione, "*tanto più il contratto-scambio funziona*" ³⁸, invece, il rapporto matrimoniale, che è assimilabile a un rapporto di

³⁵ A) il matrimonio, B) il patrimonio della famiglia, C) l'educazione dei figli.

³⁶ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 308.

³⁷ *Idem*, p. 310.

³⁸ G. MIGLIO, *Lezioni di politica. II. Scienza* cit., p. 181.

obbligazione politica inteso *lato sensu* ³⁹, non è concepibile concettualmente come se fosse un rapporto *ad tempus* ⁴⁰.

Dunque, il matrimonio è un atto al quale è attribuibile una profonda valenza sociale ed istituzionale.

Il radicamento del matrimonio nei rapporti etico-sociali dei valori costituzionali implica che la formazione del vincolo non possa ridursi ad una vicenda privata, intimistica e sentimentale dei nubendi, ma, piuttosto, esiga l'assunzione di un carattere solenne, attraverso un riconoscimento pubblico da parte dell'autorità statuale e dell'intera comunità civile⁴¹.

Alla luce di queste considerazioni, è plausibile ritenere che gli aspetti sensibili, attinenti alla vitalità naturale, siano soltanto conseguenze possibili, ma non necessarie, che non identificano il nucleo concettuale all'interno del quale si radica il significato etico della relazione coniugale: pertanto, quest'ultima può realizzarsi in modo pieno pur esauendosi, unicamente, nell'amore fedele e nell'assistenza reciproca fra marito e moglie⁴².

Quanto appena detto implica, evidentemente, che il matrimonio non abbia per scopo essenziale il *remedium concupiscentiae*, essendo, piuttosto, eticamente finalizzato alla costituzione di una stabile e permanente “comunione di vita <<spirituale e materiale>>, tra i coniugi” ⁴³.

Alla luce di quanto appena esposto, si ritiene che il matrimonio sia l'istituto etico-giuridico che definisce

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Sul carattere pubblicistico del matrimonio, G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 312.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 779.

l'“essenza” della famiglia all'interno della Costituzione, fondamento della sua ragione d'essere, tanto che la famiglia e il matrimonio possono essere considerati *unum et idem*.

Dunque, come è stato anticipato all'inizio di questo paragrafo, si deduce che il radicamento dell'istituto matrimoniale nell'ambito della comunità familiare, in quanto principio fondativo di quest'ultima, implichi la negazione della natura contrattuale e negoziale della società coniugale stessa.

Condividendo l'orientamento di una certa dottrina secondo la quale la tutela costituzionale è riservata “*alla società naturale fondata sul matrimonio e non alla società naturale tout court*”⁴⁴, riteniamo che il riferimento al matrimonio acquisti un valore assoluto di difesa dell'istituzione familiare, tale da consentire la negazione di qualsiasi forma di tutela alle libere unioni, confinando la libera convivenza nella sola tolleranza e nella sua irrilevanza giuridica, “*sul presupposto dell'esclusività del riferimento alla famiglia legittima operato dall'art. 29 Cost. e sull'inadeguatezza di un generico richiamo all'art. 2 Cost.*”⁴⁵.

Sebbene una diversa dottrina, pur riconoscendo una situazione costituzionale di privilegio alla famiglia legittima, consideri indefettibile la tutela offerta alle convivenze *more uxorio* dall'art. 2 Cost., “*quali formazioni*

⁴⁴ P. PERLINGIERI, *Commento cit.*, p. 190.

⁴⁵ *Ibidem*. C. GRASSETTI, *Diritto di famiglia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 194; A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1988, *passim*. Sull'interpretazione dell'art. 2 Cost. come norma che riconosce ogni forma di aggregazione umana e non solo quelle tipiche riconosciute esplicitamente dalla Costituzione, v. E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989, p. 127.

*sociali astrattamente idonee a svolgere quella funzione di luogo di affetti per lo sviluppo e la tutela del valore della persona”*⁴⁶, ciononostante, ribadiamo la nostra posizione, che si allinea con un altro indirizzo interpretativo più recente.

Quest’ultimo afferma, in termini condivisibili, che il consorzio familiare non fondato sul matrimonio - pur essendo astrattamente sussumibile nella nozione di “formazione sociale” dell’art. 2 Cost. - in ogni caso, non possa trovare tutela e garanzia in questa ultima disposizione, dal momento che tale norma non enuncia il “riconoscimento” delle formazioni stesse, né indica lo statuto di esse, affidando, piuttosto, al legislatore ordinario il compito di definirlo e di indentificare quali siano le formazioni sociali meritevoli di tutela⁴⁷.

B) Affrontando lo studio del patrimonio, si pensa che proprio il significato etico-sociale del matrimonio implichi la necessità che la famiglia disponga di adeguate e consistenti risorse economiche, ritenute necessarie al fine di garantire una vita familiare che sia libera e dignitosa⁴⁸, senza le quali non potrebbe realizzarsi l’elevazione del particolare all’universale, ma si ritornerebbe al *bellum omnium contra omnes* dello stato di natura di Hobbes.

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Commento cit.*, p. 191; M. BESSONE, *Rapporti cit.*, *passim*.

⁴⁷ A.M. SANDULLI, Art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, I, Cedam, Padova, 1993, p.18.

⁴⁸ In relazione a tale tematica, si veda l’art. 36, 1° c., Cost., dove è affermato il principio della retribuzione proporzionale e, in ogni caso, sufficiente a garantire al lavoratore e alla propria famiglia un’esistenza libera e dignitosa, anche in relazione al principio di eguaglianza in senso sostanziale sancito dall’art. 3, 2° c., Cost.

Come risulta dall'interpretazione del dato positivo, le “*misure economiche*”⁴⁹ e le “*altre provvidenze*”⁵⁰ sembrano incidere non solo sul *quomodo*, cioè sullo svolgimento modale e temporale del rapporto coniugale, ma anche sull'*an*, cioè sulla sua stessa nascita, dal momento che la norma costituzionale dell'art. 31 si riferisce espressamente alla “*formazione*”⁵¹ della famiglia, ossia al momento della sua costituzione che coincide con il matrimonio⁵².

In base a quest'ultima disposizione normativa, si ritiene che il patrimonio della società coniugale non possa essere concepito in termini strettamente giuridico-formali, ossia come l'insieme dei rapporti attivi e passivi, suscettibili di valutazione economica, facenti capo ad una persona fisica o giuridica: se l'espressione “patrimonio” fosse intesa in questo senso civilistico, conseguentemente, qualunque persona sarebbe titolare di un patrimonio, anche se avesse soltanto, o prevalentemente, debiti, dal momento che sarebbe, quanto meno, il soggetto passivo di uno o più rapporti giuridici⁵³.

Invece, ai fini del nostro lavoro si pensa che sia più opportuno accogliere una nozione appartenente al senso comune e sostanziale di patrimonio, derivante dall'osservazione della realtà economica, secondo la quale “*solo una persona che ha beni possiede un patrimonio*”⁵⁴.

⁴⁹ Art. 31 Cost.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² V. *supra* il precedente punto A) dove si dice che la famiglia e il matrimonio sono *unum et idem*.

⁵³ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 126.

⁵⁴ *Ibidem*.

Ciò troverebbe conferma nello stesso art. 31 Cost. che, riferendosi alle “*misure economiche*” e alle “*altre provvidenze*”, esprime una concezione sostanzialistica di patrimonio, quale rivelazione di una determinata ricchezza economica.

Pertanto, anche la stessa proprietà privata che, nella sfera del diritto astratto era la manifestazione dell’arbitrio del singolo individuo, chiuso nel suo isolamento egoistico⁵⁵, ora, nella famiglia, acquista una significativa valenza etica, poiché attesta la cura e l’attenzione rivolte ad un ambito che concerne l’interesse e il benessere generale dell’intera comunità domestica⁵⁶.

Ciò si deduce anche da una lettura logico-sistematica degli artt. 30-31 Cost., ai sensi dei quali sia le “*misure economiche*”, sia le “*altre provvidenze*” sono chiaramente finalizzate all’“*adempimento dei compiti relativi*”⁵⁷ della famiglia, tra i quali rientrano, con ogni evidenza, il mantenimento, l’istruzione e l’educazione dei figli, anche se questi ultimi siano nati fuori del matrimonio⁵⁸.

A tale proposito, con specifico riferimento alla problematica della tutela giuridica e sociale da riservare ai figli naturali, il dibattito assembleare sorto tra i costituenti si sviluppa intorno a due principali linee di politica costituzionale, che sono le seguenti.

Da una parte, come l’on. Ruini afferma, la tutela della famiglia legittima non deve impedire un riconoscimento dei diritti dei figli nati fuori del matrimonio, che in quanto tali

⁵⁵ V. *supra* dove si parla del diritto astratto in Hegel.

⁵⁶ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 318.

⁵⁷ Art. 31 Cost.

⁵⁸ Art. 30 Cost.; su questa tematica v. A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali* / a. XXI, n. 1, marzo 2001, p. 18, nota 16;

sono diritti della persona umana, non essendo giusto “<<*che le colpe dei padri ricadano sul capo dei figli*>>”⁵⁹.

Contemporaneamente, dall'altra, come l'on. Zotta rileva, è inammissibile una piena parità di diritti tra i figli legittimi e quelli naturali, dal momento che quest'ultima “<<*urta contro la coscienza etica e giuridica del popolo italiano*>>”⁶⁰; inoltre, egli sottolinea l'esigenza di integrare la disposizione normativa del primo comma dell'art. 30 Cost. con una specificazione, non essendo consentito “*superare la distinzione tra figli naturali, adulterini e incestuosi*”⁶¹.

Sempre con particolare attenzione alla disciplina costituzionale dedicata all'adempimento dei compiti familiari, la dottrina sostiene che uno degli elementi essenziali del principio di sussidiarietà orizzontale sia costituito dal fatto di essere una “*decisione di preferenza*”⁶² - cioè, una così detta *Vorrangentscheidung* - in favore dell'ambito più vicino a coloro che sono interessati alla soddisfazione di un certo bisogno.

Secondo questo criterio orientativo, nella logica del principio di sussidiarietà l'intervento da parte dell'autorità istituzionale pubblica si giustifica soltanto nel momento in

⁵⁹ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 69.

⁶⁰ *Idem*, p. 70.

⁶¹ *Ibidem*: giova osservare che, attualmente, nel nostro diritto vigente da molti anni vi è la totale parità tra i figli nati dentro e fuori dal matrimonio.

⁶² A. D'ATENA, *Costituzione e principio* cit., p. 17. Più in generale, per una concezione “valutativa” del principio di sussidiarietà, inteso come una “decisione di preferenza” in favore dell'ambito più vicino agli interessati e in favore dei privati, v. anche S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, p. 21, in *federalismi.it*, n. 5/2006.

cui la formazione sociale più vicina alla persona non sia in grado di rispondere in modo adeguato ad una determinata esigenza materiale o spirituale avvertita dall'individuo stesso⁶³.

Inoltre, il medesimo autore sostiene che, al fine di fornire una definizione unitaria del principio di sussidiarietà, quest'ultimo possa essere inteso anche come un principio relazionale avente ad oggetto i rapporti che si instaurano fra la sfera politica della statualità, complessivamente considerata nel suo insieme, e la società civile, nell'ambito dei quali si include il vasto tema dei contatti tra lo Stato e le istituzioni economiche del mercato⁶⁴.

All'interno di questa *Weltanschauung* universalistica, anche il patrimonio familiare sembra assumere, concettualmente, la forma giuridica di una comunione *pro indiviso*, caratterizzata da una contitolarità di diritti reali sulla medesima cosa, nella quale il diritto di ciascun comproprietario non ha per oggetto una parte fisicamente individuata della *res*, ma, al contrario, investe questa nella sua totalità.

Tuttavia, tale diritto non è illimitato e opponibile *erga omnes*, come sarebbe se il titolare del diritto di proprietà fosse una persona sola, ma, in questo diverso caso, incontra un limite nel corrispondente diritto dell'altro contitolare⁶⁵.

Questa concezione pubblicistica del patrimonio familiare affonda le sue radici proprio nella dottrina di Hegel, secondo il quale: "*Dieses [Das Familienvermögen] ist gemeinsames Eigentum, so daß kein Glied der Familie ein*

⁶³ A. D'ATENA, *Costituzione e principio* cit., p. 17.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 334: giova osservare, tuttavia, che nel nostro diritto vigente i coniugi possono optare anche per la divisione patrimoniale dei beni.

besonderes Eigentum, jedes aber sein Recht an das Gemeinsame hat” ⁶⁶.

Come si è visto, poiché la famiglia e il patrimonio sono strettamente legati tra loro, è plausibile pensare che dalle disposizioni costituzionali, sopra esaminate, possa derivare la legittimazione di un processo storico-politico che si diriga verso l’emancipazione sociale della società coniugale.

Probabilmente, ciò si giustificherebbe anche in relazione al compito, affidato alla Repubblica, consistente nella rimozione degli ostacoli di ordine materiale, che, di fatto, *“impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”* ⁶⁷.

Indirettamente, sembrerebbe che soltanto in una società coniugale fornita di adeguati cespiti patrimoniali, nonché di sostanze materiali, si possa realizzare una vita etica e dignitosa.

Quest’ultima concezione della famiglia è influenzata, seppur parzialmente e con alcune differenze, dalla dottrina hegeliana dell’eticità, la quale, considerando il patrimonio sia come un elemento costitutivo della famiglia, sia come un importante fattore rivelatore di una determinata capacità economico-reddituale della medesima, induce a far pensare che il vero consorzio familiare sia unicamente quello fornito

⁶⁶ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 320: “Il patrimonio familiare è proprietà comune, per cui nessun membro della famiglia ha una proprietà particolare, ma ciascuno ha un proprio diritto su ciò che è comune”.

⁶⁷ Art. 3, 2° c., Cost.

di cespiti e di sostanze materiali, i cui componenti appartengano, ovviamente, al così detto “terzo stato”⁶⁸.

Implicitamente, è come se la comunità domestica, i cui membri siano proletari o, comunque, nullatenenti, conducendo una vita segnata dagli stenti e dalla precarietà, non sia assimilabile concettualmente ad una vera e propria famiglia: pertanto, il diritto dell’eticità sarebbe inapplicabile ad essa⁶⁹.

Tuttavia, nonostante questa parziale assonanza con il sistema filosofico di Hegel, si ritiene che in esso sussistano anche notevoli differenziazioni rispetto ad alcuni valori fondamentali accolti dalla nostra Costituzione.

Mantenendosi lontano dall’auspicare l’avvento di una forma storicamente evoluta di Stato sociale, il pensiero di Hegel sulla condizione economica della famiglia non legittima il tentativo di attribuire a questo filosofo l’anelito ad una giustizia di tipo distributivo, finalizzata a scopi umanitari, la cui realizzazione sia affidata ai pubblici poteri. Coerentemente con la sua impostazione filosofico-giuridica che risolve la contrapposizione fra il livello del *Sollen* e quello del *Sein*, egli si limita a constatare la situazione della realtà sociale del proprio tempo.

⁶⁸ Sul concetto di “terzo stato”, protagonista della Rivoluzione francese, v. A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1990, *passim*, dove si dice che esso, contrapponendosi al clero (primo stato) e ai nobili (secondo stato), fosse un insieme eterogeneo nel quale prevaleva la borghesia finanziaria, commerciale-industriale e professionale, dalle idee liberali e moderate; ad esso non erano alieni, tuttavia, ambienti della piccola borghesia artigiana e della popolazione contadina ed urbana: questi ultimi, a differenza dei primi, erano più orientati verso forme di lotta politica più radicali e democratiche di ispirazione russoviana.

⁶⁹ M. ROSSI, op. cit., p. 640.

Quindi, egli ricusa l'adesione a qualsiasi prospettiva deontologico-prescrittiva la quale, rilevando che la porzione maggioritaria dei nuclei familiari è priva sia del patrimonio sia della conseguente sicurezza economica, imponga allo Stato il dovere di perseguire politiche sociali perequative in senso materiale, tendenzialmente influenzate dai principi egualitari di ascendenza democratico-russoviana⁷⁰.

Com'è noto, Rousseau non intende il principio di eguaglianza nel senso formale, cioè di uguaglianza di fronte alla legge - come, invece, lo concepisce la dottrina giuridica liberale - ma, prevalentemente, in un'accezione sostanziale⁷¹.

A proposito del principale esponente del liberalismo politico, ossia Locke, la dottrina sostiene che il sistema di questo giurista inglese non preveda la realizzazione dell'eguaglianza di fatto e materiale fra gli individui, la quale implicherebbe, necessariamente, un modello di Stato autoritario: essa è solo quella formale dinanzi alla legge⁷².

Questa fonte-atto del diritto non può stabilire privilegi a favore di alcuni, né discriminare altri: *“Tutti devono avere*

⁷⁰ *Idem*, p. 639; tuttavia, lo stesso autore, a p. 675 della medesima op. cit., scrive che in Hegel è “notevole la complementarità fra il fenomeno dell'accumulazione della ricchezza e il formarsi della <<plebe>>”. Infatti, si deve rilevare che Hegel, sia al § 244, sia al § 253 delle *Grundlinien der Philosophie* cit., è pienamente consapevole del generarsi della plebe nella società del suo tempo, insieme alla concentrazione di ricchezze sproporzionate in poche mani di alcuni privilegiati.

⁷¹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 28.

⁷² *Idem*, p. 36. Più in generale, per il contenuto garantistico della filosofia giuridica del liberalismo lockiano, contenuto strettamente dipendente dal principio di eguaglianza in senso formale di fronte alla legge, v., inoltre, CAVANNA, *Storia del diritto moderno* cit., pp. 336-337.

*pari possibilità legali. Ciascuno poi, secondo la sua energia e la sua capacità conseguirà o non conseguirà successo e ricchezze; ma questo è affare puramente individuale né la società ha da intervenire in proposito”*⁷³.

Contrariamente a Locke, il filosofo ginevrino, ritenendo che sia l'estrema povertà, sia l'eccessiva ricchezza siano condizioni tali che provocano l'immoralità nell'uomo, rappresenta idealmente uno Stato democratico, ma al tempo stesso autoritario⁷⁴, con funzioni redistributive al fine di ridurre fortemente le disuguaglianze presenti nella società civile, sino quasi ad annullarle⁷⁵.

Tornando con il discorso all'esame dell'ordinamento positivo, si osserva che l'art. 31 della Carta costituzionale, impiegando la locuzione semantica “*La Repubblica agevola*”, intende favorire e promuovere un processo di emancipazione economica all'interno della famiglia, anche in relazione al valore assunto dal principio di eguaglianza in senso sostanziale ai sensi dell'art. 3, cpv., Cost., differenziandosi, in questo modo, non solo dalla filosofia politica di Locke, ma anche da quella russoviana.

Come la dottrina sostiene attraverso argomentazioni condivisibili, il principio di eguaglianza in senso sostanziale non prescrive la trasformazione di un ordinamento fondato sull'uguaglianza formale dinnanzi alla legge, in uno ispirato all'egualitarismo materiale all'interno del quale le politiche economiche redistributive, che mirano a soddisfare i bisogni di ciascun consociato, finiscano per negare le molteplici

⁷³ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 36.

⁷⁴ Giova rilevare che Ballardore Pallieri, in relazione allo Stato concepito da Rousseau, parla espressamente di assolutismo democratico, in *Idem*, p. 31.

⁷⁵ *Idem*, pp. 28-29.

“differenziazioni basate sulle capacità personali o sulla volontà personale di affermazione sociale” ⁷⁶.

Secondo Berti, l’eguaglianza in senso sostanziale implica, piuttosto, la valorizzazione delle diversità e delle differenziazioni, imponendo l’adozione di una serie di criteri finalizzati a rendere obiettive queste forme di pluralità.

Anche un’altra dottrina sostiene che la pari dignità sociale non significa pari condizione sociale, come se si volesse instaurare una società utopica priva di distinzioni: il fatto che ciascuno sia libero dal bisogno, in grado di realizzare una vita libera e dignitosa per sé e per la propria famiglia, non significa affatto *“che ciascuno debba avere un analogo patrimonio”* ⁷⁷.

Accogliendo questo orientamento interpretativo, che è in sintonia con il significato partecipativo della sussidiarietà orizzontale, si deduce che la *ratio* dell’eguaglianza sostanziale non è quella di rendere tutti i consociati uguali in modo assoluto, bensì di mettere *“tutti nella condizione di poter svolgere la propria personalità, cioè di raggiungere condizioni sociali ed economiche adatte ad un confronto giusto con gli altri”* ⁷⁸.

Alla luce delle considerazioni formulate sino a questo punto del presente lavoro, si può concludere che da un punto di vista logico-concettuale la genesi della famiglia sia “duplice” e “bi-fasica”: essa ha, da un lato, il proprio

⁷⁶ G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 409.

⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Commento* cit., p. 16; in polemica contro l’astratto egualitarismo che si vorrebbe vedere introdotto nell’articolo 3, 2° c., v. anche C. ESPOSITO, *La Costituzione* cit., *passim*; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, II, Giuffrè, Milano, 1965, *passim*.

⁷⁸ G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 409.

fondamento giuridico-spirituale nel matrimonio; dall'altro, ha il proprio fondamento economico-materiale nel patrimonio, dal momento che, come si è visto, le “*misure economiche*” e le “*altre provvidenze*” sono destinate proprio alla “*formazione*” dell'unità familiare, anche sulla base dell'intervento della Repubblica con azioni positive secondo il principio di eguaglianza in senso sostanziale⁷⁹.

Inoltre, penetrando più a fondo nell'analisi di queste disposizioni normative⁸⁰, è possibile effettuare una particolare distinzione fra il fondamento giuridico-spirituale e quello economico-materiale: il primo, il matrimonio, sembrerebbe essere riferito solo all'*an*, cioè al momento costitutivo della famiglia (art. 29 Cost.), mentre il secondo, il patrimonio, sembrerebbe concernere non solo l'*an*, ma anche il *quomodo*, cioè il successivo sviluppo del rapporto familiare, incidendo sull'adempimento delle sue stesse finalità ideali (art. 31 Cost.), come, ad esempio, l'assolvimento dei doveri relativi al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli (art. 30 Cost.).

Come risulta anche dai lavori preparatori della redazione della Costituzione, l'art. 31, 1° c., Cost. impone un indirizzo di politica legislativa, per incoraggiare con aiuti economici e assistenziali i cittadini, affinché costituiscano una famiglia e siano nelle condizioni di adempiere i compiti derivanti da essa, soprattutto con particolare considerazione delle famiglie numerose⁸¹: sempre in base agli orientamenti dell'Assemblea Costituente, queste politiche sociali di promozione e di sostegno sarebbero in sintonia con altre

⁷⁹ Per le azioni positive v. F. POLACCHINI, *Il principio di eguaglianza*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 319-323.

⁸⁰ Cioè gli artt. 29-30-31 Cost.

⁸¹ P. PERLINGIERI, *Commento cit.*, p. 202.

disposizioni costituzionali dedicate a coloro che hanno un reddito proveniente unicamente dalla propria attività lavorativa, come risulta, ad esempio, dagli artt. 36-37 Cost.⁸²

Dall'esame dei lavori della Costituente emerge in modo palese che le preoccupazioni, che hanno determinato l'approvazione del primo comma dell'art. 31 Cost., corrispondono a quelle di una filosofia politica sussidiaria, finalizzate ad aiutare coloro che sono in una condizione di bisogno, affinché questi ultimi possano formare una famiglia, adempiendone i relativi obblighi⁸³.

Inoltre, nella prospettiva di una tensione ideale alla politicità, secondo il pensiero dei costituenti l'intervento sussidiario in favore della comunità familiare deve avvenire *“nell'interesse della Nazione, avendo di mira la sua saldezza morale e la sua prosperità”*⁸⁴.

C) Analizzando il terzo istituto del diritto familiare, ossia l'educazione dei figli impartita dai genitori, anch'essa è uno dei passaggi logico-dialettici attraverso i quali l'idea etica di libertà progredisce concettualmente.

Infatti, da un lato, l'esperienza educativa vissuta all'interno della famiglia assolve la funzione di emancipare i figli dall'iniziale condizionamento dovuto all'immediatezza degli istinti naturali, in cui essi si trovano sin dalla nascita, rendendoli autonomi e, una volta diventati uomini adulti, in

⁸² *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 70; v. anche P. PERLINGIERI, *Commento* cit., p. 201, dove si parla del collegamento dell'art. 31 Cost. con gli artt. 36-37 Cost. per quanto riguarda, rispettivamente, la formazione professionale e la protezione della donna e dei fanciulli in materia di rapporti di lavoro.

⁸³ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 70.

⁸⁴ *Ibidem*.

grado di uscire dall'originaria unità familiare per costituirne una nuova.

Dall'altro lato, essa ha lo scopo di infondere nel loro animo il sentimento iniziale dell'eticità: in questa prospettiva, la famiglia può essere intesa come un'istituzione essenziale per l'intera società, assimilabile ad un "*seminarium rei publicae*" ⁸⁵, dal momento che la prima forma di manifestazione concreta dell'universo etico è la vita vissuta nella dedizione, nella fiducia e nell'obbedienza incondizionata proprio nell'ambito della comunità domestica⁸⁶.

A proposito di questa dimensione pedagogico-civile della famiglia, Berti sostiene, in termini condivisibili, che la società domestica, pur non esercitando formalmente una pubblica funzione, ciononostante è alla base del processo formativo della società civile, dal momento che essa persegue obiettivi e finalità che scaturiscono dai vincoli naturali e giuridici dei genitori tra loro e dei genitori verso i figli⁸⁷.

Il costituzionalista prosegue, affermando che la famiglia è l'istituto fondamentale della società, dal momento che "*la prima e più motivata manifestazione della socialità della persona*" ⁸⁸ si rivela in modo specifico "*nell'insieme delle relazioni familiari*" ⁸⁹.

Il rapporto educativo che si sviluppa nell'ambiente domestico implica "*una relazione dialettica con l'intera società civile*" ⁹⁰, in particolare con quei corpi sociali

⁸⁵ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 806.

⁸⁶ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., pp. 323 e 325.

⁸⁷ G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 393.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ P. PERLINGIERI, *Commento* cit., p. 196.

intermedi, i quali contribuiscono insieme alla famiglia, in un'ottica sussidiaria, alla formazione della personalità morale del minore⁹¹: dunque, l'educazione familiare si inserisce in un più generale processo di “*formazione del cittadino*”⁹².

Sempre all'interno di questa prospettiva sussidiaria, anche un altro indirizzo dottrinale afferma che, da un lato, la Costituzione riserva ai genitori il diritto-dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, dall'altro, legittima l'intervento dell'autorità pubblica o statuale *ad adiuvandum*, qualora i medesimi, per incapacità, non siano in grado di esercitare in modo adeguato la loro funzione pedagogica e formativa nei riguardi della prole⁹³.

L'intervento sussidiario, riservato allo Stato in tema di rapporti familiari, troverebbe un'ulteriore conferma nella norma costituzionale che prescrive ai pubblici poteri di agevolare, attraverso misure economiche, la formazione della famiglia, nonché l'adempimento dei relativi compiti, ai sensi dell'art. 31 Cost.⁹⁴

Esaminando le dichiarazioni dei costituenti formulate durante i lavori preparatori, relative al dibattito sorto sull'interpretazione del secondo comma dell'art. 30, si evince che questa norma obbliga i genitori ad assolvere il loro dovere nei confronti dei figli, anche quando, pur potendolo, non intendano adempiervi⁹⁵.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² M. BESSONE, *Rapporti cit.*, p. 102.

⁹³ A. D'ATENA, *Costituzione e principio cit.*, p. 18.

⁹⁴ *Idem*, nota 16 a piè di p. 18. Su questo argomento, v. anche ESPOSITO, *La Costituzione italiana: saggi*, Cedam, Padova, 1954, pp. 144-145; inoltre, v. quanto è già stato scritto al punto B) proprio in relazione all'art. 31 Cost.

⁹⁵ *La Costituzione della Repubblica cit.*, p. 69.

In modo particolare, si afferma che l'intervento dello Stato in sostituzione dei genitori presuppone che questi ultimi non siano in grado di svolgere la loro missione educativa, né di esercitare il loro diritto di mantenere, istruire ed educare la prole: secondo i padri costituenti, nell'art. 30, cpv., la parola "capacità" deve essere interpretata in un senso assai esteso, che sia tale da comprendere tutti i casi nei quali anche uno solo dei tre doveri incombenti sui genitori verso i figli non sia adempiuto⁹⁶, con specifico riferimento ai casi "*di non volontà o cattiva volontà da parte dei genitori; di incapacità morale, economica, materiale, fisica*"⁹⁷.

Anche la dottrina assegna alla locuzione semantica "incapacità dei genitori" un significato ampio, che comprende tutte le variabili circostanze nelle quali l'esercizio della funzione genitoriale è, di fatto, impossibile per incapacità giuridica e psichica, inidoneità materiale, patrimoniale e morale, purché, evidentemente, tali condizioni siano debitamente provate, fino a comprendere i casi della totale mancanza dei genitori perché ignoti ovvero deceduti⁹⁸.

Fermo restando quanto sostenuto fino a questo punto del presente lavoro, nonostante dalle norme costituzionali esaminate la famiglia abbia un intrinseco valore etico e pubblico, tuttavia, essa è soltanto un momento iniziale e ancora imperfetto dello sviluppo della libertà, poiché la stessa idea di famiglia racchiude in sé anche alcuni istituti civilistici, presenti nella tradizione *de iure privatorum*, i quali hanno, oggettivamente, un significato dissolutore che infrange la stessa unità spirituale del consorzio familiare,

⁹⁶ Ossia, i doveri relativi al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli.

⁹⁷ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 69.

⁹⁸ P. PERLINGIERI, *Commento* cit., p. 197.

disgregando questa forma naturale di universalità nella differenziazione anorganica e destrutturata della particolarità individuale.

In relazione a tale problematica ora indicata, la dottrina, interpretando il pensiero di Hegel, afferma che la famiglia “*non è che una forma contingente ed il suo diritto non è qualcosa di assoluto, ma di relativo*” ⁹⁹.

Quindi, essa è soltanto “*un parziale raggiungimento di armonia e di universalità*” ¹⁰⁰, essendo la manifestazione fenomenica di una socialità ancora “*ingenua e rudimentale*” ¹⁰¹.

Questi istituti di diritto privato, che dissolvono concettualmente la famiglia, sono i seguenti: a) il divorzio, b) l'eredità, c) la maggiore età dei figli.

a) Il primo è lo scioglimento *de auctoritate* del legame coniugale, che si verifica quando, obiettivamente, da parte dello Stato siano state constatate la “*<<totale estraneità>>*” ¹⁰² dei coniugi e la loro incapacità di conservare l'armonia della convivenza familiare.

Aderendo alla dottrina hegeliana che nega la natura contrattuale del matrimonio, non è logicamente concepibile alcuna forma di divorzio di tipo consensuale, “*giustificato, cioè, esclusivamente dalla richiesta concorde dei coniugi*” ¹⁰³.

Il carattere indisponibile dei diritti coinvolti nello scioglimento del matrimonio - non interessando solamente i singoli coniugi, ma riguardando l'insieme

⁹⁹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 76.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² M. ROSSI, op. cit., p. 638.

¹⁰³ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 807.

della collettività, per l'importanza attribuita a livello generale alla composizione dei rapporti familiari¹⁰⁴ - impone l'obbligo dell'intervento di "*eine dritte sittliche Autorität*"¹⁰⁵ , ossia un'autorità giurisdizionale, la quale sia *super partes* ed accerti l'impossibilità assoluta di mantenere o ricostituire l'unità spirituale tra marito e moglie per la fine di ogni *adfectio maritalis*, autorizzando, in conseguenza di ciò, lo scioglimento definitivo del vincolo nuziale.

E' importante osservare che, in Assemblea Costituente, la discussione sul tema della costituzionalizzazione del principio dell'indissolubilità del matrimonio si sviluppa intorno a due principali posizioni di politica del diritto.

Da una parte, c'è una tesi minoritaria che auspica "*una dichiarazione in via generale di indissolubilità del matrimonio da porsi nella Costituzione a garanzia della stabilità dell'istituto della famiglia*"¹⁰⁶ , impedendo *a priori* la possibilità dell'introduzione del divorzio nell'ordinamento giuridico.

Dall'altra, prevale la tesi maggioritaria, secondo la quale non sussistono i presupposti politici "*per giustificare un errore di impostazione giuridica quale l'inserimento nella Costituzione del principio della indissolubilità matrimoniale che rientra nella materia legislativa*"¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sulla natura indisponibile degli interessi in gioco presenti al momento dello scioglimento del matrimonio, nonché sul carattere non consensuale del divorzio, v. *Idem*, pp. 807-808.

¹⁰⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 324: "una terza autorità etica".

¹⁰⁶ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 67.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

In base a quest'ultima concezione, non devono essere fissati vincoli che limitino la discrezionalità politica del legislatore ordinario, soprattutto in ponderazione delle eventuali eccezioni *“che il legislatore futuro potesse ritenere necessario introdurre al principio tradizionalmente italiano e cattolico della indissolubilità, per taluni casi meritevoli di particolare considerazione”*¹⁰⁸.

In sede dibattimentale, la consapevolezza che le questioni relative allo scioglimento del vincolo coniugale hanno la propria *sedes materiae* nel diritto privato, anziché nel diritto pubblico, sembra emergere, ad esempio, dalle dichiarazioni dell'on. Sardiello, il quale formula le seguenti domande, in termini retorici: *“<<Perché questo tentativo ... di spostare dalla legge ordinaria, dove ha la sua sede, alla Carta costituzionale l'affermazione del principio della indissolubilità matrimoniale? Perché questo privilegio a un principio privatistico?>>”*¹⁰⁹.

- b) Il secondo elemento, ossia lo *“<<scioglimento naturale>>”*¹¹⁰ della famiglia, dovuto alla morte di uno ovvero di entrambi i genitori, coincide con l'istituto privatistico dell'eredità, la cui *ratio* è l'accesso degli eredi al possesso particolare del patrimonio familiare che, come si è visto, è, in sé, comune, prima che si assista alla dissoluzione della comunità domestica¹¹¹.

Per poter attribuire alla successione *mortis causa* un significato concettuale, compatibile con una lettura

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ M. ROSSI, op. cit., p. 638.

¹¹¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 326.

giuspubblicistica di quest'istituto, si reputa che sia utile ricorrere al concetto di “*Besitz*”, presente in Hegel ¹¹², cioè “possesso”, parola che esprime l'esercizio *de facto* di un effettivo potere su una *res* (il così detto *factum possessionis* ¹¹³).

Questa nozione sostanzialistica di eredità riflette, in termini diametralmente speculari, quella medesima concezione economico-materiale emersa, precedentemente, in sede di analisi del patrimonio familiare.

- c) Il terzo istituto è quello che può essere definito come lo “<<*scioglimento etico*>>” ¹¹⁴ della famiglia, che avviene quando i figli, raggiunta un'adeguata maturità psichica generalmente coincidente con il compimento della maggiore età, acquistano la capacità di agire, ossia l'idoneità a compiere validamente atti giuridici che consentano loro di acquisire ed esercitare i diritti ovvero di assumere ed adempiere i doveri ¹¹⁵.

Dunque, i figli, diventati adulti, sono in grado di avere sia una loro libera proprietà, sia di formare, in modo autonomo, una propria famiglia, abbandonano quella d'origine per istituire una nuova ¹¹⁶, nella quale essi sono presenti, rispettivamente, in qualità di *boni patresfamilias*, per quanto riguarda gli uomini, e in qualità di mogli, per quanto concerne le donne, ferma restando, ovviamente, l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sulla quale è ordinato il

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., 340.

¹¹⁴ M. ROSSI, op. cit., p. 638.

¹¹⁵ Per la nozione civilistica di capacità di agire, v. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 73.

¹¹⁶ M. ROSSI, op. cit., p. 638.

matrimonio, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare, così come è prescritto dall'art. 29, 2° c., Cost.¹¹⁷

Dall'esame dei lavori preparatori della Costituzione, risulta che in quest'ultima norma la parola "*limiti*", riferita all'uguaglianza tra marito e moglie, sottolinea l'indefettibilità di una gerarchia all'interno dell'ordinamento familiare, per la quale il coniuge maschile deve essere considerato, rispetto a quello femminile, come un *primus inter pares* ¹¹⁸.

A tale proposito, l'on. Riccio, pur riconoscendo l'eguaglianza giuridica in relazione agli obblighi reciproci dell'assistenza, della fedeltà e della coabitazione, tuttavia, dubita che la proclamazione di tale principio egualitario possa alterare "<<*quel concetto di ordinamento gerarchico che è insito in ogni organismo e che, quindi, è proprio della famiglia*>>" ¹¹⁹.

Anche l'on. Tupini afferma che la previsione costituzionale dei limiti, sopra indicati, corrisponde alla preoccupazione, manifestata dai costituenti, "<<*circa il pericolo che non vi sia almeno un primus inter pares*>>" ¹²⁰.

Come si è potuto constatare sulla base di tutte le osservazioni formulate in questo paragrafo, da un lato, la

¹¹⁷ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 326, dove l'autore utilizza, rispettivamente, le locuzioni semantiche "*Häupter*", in relazione ai figli maschi che assumono la funzione di capi nella nuova famiglia, e "*Frauen*", in relazione alle figlie femmine che ricoprono il ruolo di mogli nella nuova famiglia.

¹¹⁸ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 68.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

famiglia, come primo momento di determinazione della libertà a livello sovra individuale, è formata, fondamentalmente, da tre istituti etici che sono: A) il matrimonio, B) il patrimonio comune, C) l'educazione dei figli.

Dall'altro lato, tuttavia, in essa lo sviluppo della libertà è ancora *in itinere*, non essendosi pienamente realizzato.

Ciò è dovuto al fatto che, come si è cercato di dimostrare, sussistono alcuni istituti romanistici, radicati nella sfera del diritto privato, i quali sono l'espressione dello scioglimento totale della famiglia, da un punto di vista concettuale.

Secondo quanto è stato indicato, essi sono: a) il divorzio, b) l'eredità, c) la maggiore età dei figli.

A tale proposito, è necessario effettuare la seguente precisazione per chiarire il senso del nostro discorso.

Certamente, dal punto di vista empirico dell'osservazione dei fenomeni sociali, gli ultimi due istituti indicati, l'eredità e la maggiore età dei figli, a differenza del divorzio, apparentemente sono la normale prosecuzione della famiglia, la quale è destinata, in termini naturalistici, ad evolversi: ovviamente, in tutte le comunità domestiche i genitori muoiono e i figli, ad un certo punto, si staccano dal nucleo familiare originario.

Tuttavia, come è stato scritto nella parte introduttiva del nostro lavoro, aderendo alla filosofia teoretica di Hegel, riteniamo che il pensiero libero non possa limitarsi ad una conoscenza statica e superficiale della realtà, restando fermo al dato empirico, ma debba evolversi, comprendendone profondamente la razionalità immanente, affinché il contenuto del concreto mondo etico, già di per sé razionale, possa tradursi anche in categorie logiche del pensiero stesso.

Dunque, pur nella consapevolezza che, il divorzio, l'eredità e la maggiore età si differenziano tra loro da un punto di

vista naturalistico, tuttavia, siamo dell'opinione che tutti e tre esprimano concettualmente, in ogni caso, l'idea di "scioglimento" della famiglia originaria, che Hegel indica con il profilo semantico "*Auflösung*" ¹²¹.

Infatti, in base alla nostra interpretazione del sistema giuridico di Hegel, ognuno di questi ultimi è, specularmente e rispettivamente, antitetico ad ognuno degli istituti etici sopra nominati¹²², in modo particolare:

α) nello scioglimento familiare d'autorità, il divorzio è in tensione dialettica con il matrimonio, poiché il primo dissolve, definitivamente, il vincolo coniugale;

β) nello scioglimento naturale, l'eredità è in tensione dialettica con il patrimonio, dal momento che essa dissolve, in maniera definitiva, la comunione ordinaria della proprietà familiare;

γ) infine, nello scioglimento etico, il raggiungimento della maggiore età è in tensione dialettica con l'educazione dei figli, in quanto essi, abbandonando per sempre la famiglia d'origine per crearne una nuova, non sono più sottoposti alla potestà educativa esercitata dai genitori, la quale, perciò, si estingue per sempre¹²³.

In altre parole, sia nel divorzio, sia nell'eredità, che nella maggiore età, la famiglia iniziale non c'è più: questo è ciò

¹²¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 322.

¹²² Ossia, il matrimonio, il patrimonio della famiglia, l'educazione dei figli.

¹²³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 322, dove, a proposito dell'educazione che i genitori impartiscono ai figli, l'autore scrive, espressamente, che: "(...) *bestimmt sich das Recht der Eltern über die Willkür der Kinder durch den Zweck, sie in Zucht zu halten und zu erziehen*" ("... il diritto dei genitori sopra l'arbitrio dei figli si determina mediante il fine di sottoporli a disciplina e di educarli").

che è rilevante sul piano speculativo per stigmatizzare che la comunità domestica è ancora una forma immediata e precaria di eticità, al di là dei differenti decorsi naturalistici attraverso i quali tale scioglimento può manifestarsi.

Per indicare che all'interno della famiglia l'idea di libertà non si è ancora realizzata pienamente, Hegel non si limita a parlare degli istituti privatistici sopra indicati, ma va oltre, formulando anche un'interpretazione filosofica dell'*Antigone* di Sofocle¹²⁴.

Le ragioni di una tale scelta, in relazione allo studio della famiglia all'interno dell'ordinamento costituzionale, si giustificano per il fatto che nel pensiero hegeliano quest'opera tragica assume proprio la funzione di raffigurare in modo emblematico la completa dissoluzione giuridico-concettuale della società coniugale, dissoluzione che coincide con la contrapposizione insanabile tra il diritto naturale radicato nei più profondi legami familiari, da un lato, e la legge positiva dello Stato, dall'altro¹²⁵.

Nella sua trama essenziale, quest'opera narra la storia della giovane Antigone - promessa sposa di Emone, figlio del re di Tebe Creonte - la quale, in nome della *pietas* familiare verso i defunti, decide di dare sepoltura al cadavere del fratello Polinice secondo quanto impone il diritto funerario,

¹²⁴ SOPHOCLES, *Antigone*, en. tr., Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

¹²⁵ In relazione alle tematiche filosofico-giuridiche derivanti dalla tragedia di Antigone, anche con particolare riferimento alla loro attualità all'interno delle sedi istituzionali destinate allo svolgimento dei dibattiti parlamentari nel nostro ordinamento costituzionale, giova osservare che il giorno 26 novembre 2015, alle ore 16,30, presso la Sala Aldo Moro di Palazzo Montecitorio, si è svolta la *Lectio Magistralis* di Gustavo Zagrebelsky, Presidente emerito della Corte Costituzionale, su "*Antigone e le leggi*", evento trasmesso in <http://webtv.camera.it/evento/8672>.

“fondamento di tutte le civiltà, dall’antichità più remota”
¹²⁶.

Questa sepoltura avviene contro la volontà del re di Tebe, il quale ha emesso un decreto che vieta di seppellire Polinice, ordinando di lasciarlo *“esposto al pubblico ludibrio”* ¹²⁷, poiché quest’ultimo è un traditore che ha combattuto contro la propria patria, sfidando il fratello Eteocle, il quale, invece, la stava difendendo: infatti, i due fratelli si sono affrontati in armi e si sono uccisi reciprocamente.

Si intende evidenziare che, poiché nella cultura antica la profanazione del corpo di un morto era considerata un oltraggio a quanto ci fosse di più sacro nell’identità di una famiglia¹²⁸, *“il defunto privo di onori funebri era destinato a vagare senza patria: non più quella dei vivi e non ancora quella dei morti”* ¹²⁹.

Scoperta, a causa del proprio atto la giovane Antigone viene condannata dal re a passare il resto dei suoi giorni murata all’interno di un sepolcro.

In seguito alle profezie dell’indovino Tiresia e alle suppliche provenienti dal Coro, alla fine Creonte decide di liberarla, ma, ormai, è troppo tardi, dal momento che Antigone nel frattempo si è tolta la vita, impiccandosi.

La notizia della sua morte porta al suicidio il figlio di Creonte, Emone e, successivamente, anche la moglie di Creonte, Euridice, lasciando il re di Tebe solo a dolersi tragicamente per le proprie colpe.

¹²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, p. 29, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, BUR Saggi, Milano, 2008.

¹²⁷ *Idem*, p. 28.

¹²⁸ *Idem*, p. 29.

¹²⁹ *Ibidem*.

Secondo l'interpretazione formulata da Hegel, l'*Antigone* di Sofocle è la più intensa espressione della forte tensione etica, che si scatena fra la legge di natura e la legge positiva dello Stato.

La prima è la legge eterna, “*von dem niemand weiß, von wannen es erschien*”¹³⁰.

Essendo riferita a una forma di eticità ancora naturale e immediata, quale è quella dell'unità spirituale che si realizza all'interno della comunità familiare, la *pietas* di Antigone è la legge dell'interiorità che “*noch nicht ihre vollkommene Verwirklichung erlangt*”¹³¹: in altre parole, secondo Hegel, essa è la legge “*der alten Götter, des Unterirdischen*”¹³².

Quest'ultima è in aperto contrasto con la legge positiva, ossia la legge di Creonte, la quale assicura la sostanziale unità dell'ordine etico-politico realizzato all'interno della *πόλις*: precisamente, Hegel usa il termine “*offenbare*”¹³³, per qualificare il carattere “manifesto” e “palese” della legge dello Stato, in contrapposizione al carattere “interiore” della legge naturale.

¹³⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 316: “di cui nessuno sa dire quando apparve”. Sullo stesso argomento, cfr. anche Id., *Phänomenologie des* cit., p. 584, dove l'autore traduce i vv. 456-457 dell'*Antigone* di Sofocle, che si riferiscono al diritto naturale ed eterno degli dei, con le seguenti parole:

“*nicht etwa jetzt und gestern, sondern immerdar lebt es, und keiner weiß, von wannen es erschien*” (“Non oggi né ieri, ma sempre il diritto degli dei vive, e nessuno sa quando sia apparso”).

¹³¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 316: “non consegue ancora la propria realizzazione perfetta”.

¹³² *Ibidem*: “degli dei antichi, del regno sotterraneo”.

¹³³ *Ibidem*.

Tuttavia, a differenza di quanto è affermato da Hegel, una recente dottrina sostiene che questa contrapposizione tra il diritto naturale e il diritto positivo, che emerge dall'*Antigone*, non sia insanabile, ma possa essere risolta in base ai criteri della ragione pratica, cioè ispirandosi ad una filosofia dell'azione di derivazione aristotelica, che interpreti la politica come quella dimensione della convivenza umana, nell'ambito della quale i conflitti fra i diversi interessi contrastanti, sempre latenti nel tessuto sociale, siano prudentemente e saggiamente ricomposti in unità¹³⁴.

Questo costituzionalista italiano definisce la propria interpretazione dell'opera sofoclea come quella di "*Antigone - il dialogo carente*" ¹³⁵, dal momento che egli ritiene che tanto Creonte, quanto Antigone, nonostante entrambi abbiano le proprie valide ragioni, "*risultano colpevoli di hybris, di orgoglio smisurato*" ¹³⁶.

Secondo questa tesi ermeneutica, da un lato, il re di Tebe dovrebbe assumere la piena consapevolezza dei motivi per i quali l'intera città difende la condotta della giovane, consistente nella sepoltura del fratello Polinice; pertanto, egli dovrebbe chiedersi fino a quale punto il doveroso esercizio del potere politico possa consentire il sacrificio di valori morali e antropologici assolutamente indefettibili, quali sono il sentimento e la pietà devozionale verso i defunti¹³⁷.

Dall'altro lato, anche Antigone dovrebbe realisticamente valutare le conseguenze, non solo per sé stessa, ma, soprattutto, per gli altri, che derivano dalla violazione della

¹³⁴ G. ZAGREBELSKY, op. cit., pp. 43-51.

¹³⁵ *Idem*, p. 43.

¹³⁶ *Idem*, p. 44.

¹³⁷ *Ibidem*.

legge statuale¹³⁸: come si evince dalla trama, esposta sopra nei suoi tratti essenziali, non ci si può esimere dall'osservare che il nobile atto della giovane, seppure sia stato motivato dall'amore fraterno nei confronti di Polinice, cioè dalla *φιλία*¹³⁹, è stato, tuttavia, causa della “morte di tanti innocenti”¹⁴⁰.

Conseguentemente, secondo la tesi dello studioso da noi seguito, sia Creonte, sia Antigone dovrebbero aprirsi l'uno nei confronti dell'altra, ascoltandosi reciprocamente¹⁴¹.

In base a quest'ultima lettura interpretativa, l'opera sofoclea costituirebbe un'evidente esortazione ad esercitare, nell'ambito politico, la virtù etica della *φρόνησις*, cioè la saggezza pratica.

Pertanto, la tragedia si concluderebbe, in senso aristotelico, con un'esaltazione della flessibilità, ossia della relazione dialogica tra gli esseri umani, coinvolti nelle diverse circostanze della propria esistenza, “tra le quali devono agire e districarsi con saggezza, senza peraltro dimenticarsi di se stessi”¹⁴².

Secondo quest'ultima tesi formulata, il rapporto antitetico fra il diritto di Antigone e la legge di Creonte potrebbe essere affrontato e risolto in una prospettiva deontologico-prescrittiva, ricorrendo a quei principi morali, come la

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ A proposito del sentimento della *φιλία*, che Antigone nutre verso il fratello Polinice, manifestando un profondo attaccamento agli affetti familiari, v. ancora *Idem*, pp. 41-42.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 34: in relazione all'epilogo tragico derivante dal sacrificio della vita di tanti innocenti, i quali nutrono i più profondi sentimenti materni, fraterni e coniugali, si pensi, rispettivamente, al suicidio di Euridice, a quello della giovane Antigone e, infine, a quello del promesso sposo Emone.

¹⁴¹ *Idem*, p. 44.

¹⁴² *Idem*, p. 49.

prudenza o la saggezza, che, nell'ambito della comunità civile, dovrebbero orientare l'agire pratico verso una definizione conciliativa dei diversi conflitti.

Sebbene quest'approccio ermeneutico abbia una sua notevole sostenibilità e una sua rilevante autorevolezza, tuttavia, si intende accogliere la diversa interpretazione formulata da Hegel, secondo il quale l'*Antigone* di Sofocle rappresenterebbe l'insanabile tensione dialettica presente fra la legge di natura, radicata nelle relazioni familiari, e la legge positiva dell'ordinamento statuale, com'è stato già accennato poco sopra.

Hegel ritiene che tanto la legge naturale della giovane Antigone, quanto quella positiva del re tebano abbiano una propria legittimità e ragione d'essere, poiché entrambe rivelano la duplicità dell'essere umano e della sua esperienza: due leggi “*che possono, entrambe, invocare i propri dèi, gli dèi dell'Ade* ¹⁴³ *e gli dèi della polis, rispettivamente*” ¹⁴⁴.

La prima legge è “*quella dei vincoli di sangue, totalmente legata ai ritmi della natura*” ¹⁴⁵; invece, la seconda è l'esito della rottura artificiale di quell'armonia originaria che caratterizza, sin dall'inizio, l'unità spirituale dell'umanità all'interno della famiglia.

Secondo il procedimento ermeneutico adottato da Hegel, la scissione traumatica della legge civile dalla spontaneità

¹⁴³ Ade, per gli antichi Greci, è il nome del dio regnante sulle regioni dell'oltretomba: per estensione, si chiama “Ade” il regno dei morti secondo la concezione pagana, in *Enciclopedia Treccani, La cultura italiana*, voce *Ade*, in www.treccani.it. V. *supra* dove si dice che, per Hegel, la *pietas* della giovane Antigone è la legge degli dei antichi che dimorano nel regno sotterraneo.

¹⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 39.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

della vita naturale spiega perché il diritto positivo assuma un profilo volontaristico, impositivo e artificioso, al punto tale da generare nell'animo umano una confusa situazione di insicurezza, che può anche culminare nel terrore e nella morte¹⁴⁶.

Pertanto, si assiste ad una forma di “*dualizzazione*”¹⁴⁷, come risulta dal fatto che anche lo stesso costituzionalista, sopra indicato, definisce la lettura hegeliana dell'opera sofoclea, mediante il profilo semantico “*Antigone, tragedia della realtà divisa*”¹⁴⁸.

Questa scissione all'interno dell'animo umano deriva dal fatto che, da un lato, l'individuo ha acquisito la consapevolezza delle proprie capacità di creare autonomamente le sue condizioni esistenziali attraverso l'organizzazione politica, diventando l'artefice del proprio destino, ma, dall'altro lato, questa presa di coscienza è anche la manifestazione palese di un processo evolutivo di “*apprendimento*”¹⁴⁹, il quale, paradossalmente, è “*altrettanto “naturale” dello spontaneo lasciarsi andare ai ritmi della natura*”¹⁵⁰.

In conseguenza di ciò, risulta evidente che l'insanabile tragicità dell'*Antigone* si radica nella circostanza che sia la legge naturale dell'interiorità, sia quella positiva dello Stato sono entrambe necessarie e, a causa del loro carattere indefettibile, sono ambedue, in un certo senso, “naturali”.

In termini antropologici, esse sono le autentiche espressioni di due profonde esigenze irrinunciabili e costitutive

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 37.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 39.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

dell'universo etico, ossia “la stabilità in ciò che è assoluto, e l'innovazione in ciò che è a disposizione dell'uomo” ¹⁵¹.

Nella prospettiva hegeliana, sia Antigone, che Creonte “per la loro parte, pur nel contrasto mortale, sono nel giusto” ¹⁵².

Infatti, la promessa sposa di Emone invoca le ragioni della *pietas* familiare, aderendo fedelmente a quel diritto eterno e naturale che prescrive l'inumazione dei corpi di coloro che sono defunti.

Contemporaneamente, il re Creonte difende le altrettanto valide ragioni dell'ordinamento giuridico della città, il quale impone a chi governa il dovere inderogabile non solo di essere, ma anche di apparire dedito totalmente al bene comune della πόλις.

A tale proposito, con peculiare riferimento al significato che la figura di Polinice assume nell'opera di Sofocle, si ritiene che, in questo preciso caso, si possano applicare parzialmente le categorie dogmatiche con le quali il giurista e filosofo Schmitt individua la sfera del “politico”, qualificandola e distinguendola concettualmente dalle altre dimensioni dell'esistenza umana.

Questo insigne costituzionalista tedesco afferma che: “*Die spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von Freund und Feind*” ¹⁵³.

Egli sostiene che, come la distinzione tra “buono” e “cattivo” definisce il campo della morale, quella tra “bello” e “brutto” l'ambito dell'estetica, quella tra “utile” e

¹⁵¹ *Idem*, p. 50.

¹⁵² *Idem*, p. 31.

¹⁵³ C. SCHMITT, *Der Begriff* cit., p. 26: “La specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di amico (Freund) e nemico (Feind)”.

“dannoso” ovvero “redditizio” e “non redditizio” la materia economica, altrettanto, la dicotomia “amico-nemico” caratterizza il campo della politica¹⁵⁴.

Da quest’ultima dottrina emerge la concezione secondo la quale dovunque vi sia politica c’è anche conflittualità e, perciò, dovunque esista conflittualità c’è anche la contrapposizione amico-nemico.

Pertanto, secondo questo pensiero, ripreso da Miglio, non è possibile fare politica senza accettare *“questo destino di esclusività di ogni aggregazione politica, di esclusione di una parte di umanità che viene considerata ‘il nemico’ in senso ‘pubblico’, combattendo il quale soltanto si può creare l’aggregazione tra gli ‘amici’ ”*¹⁵⁵.

Giova rilevare che con il termine “nemico” Schmitt non intende l’*inimicus* nel campo “privato” - come potrebbero essere il “concorrente” o l’“avversario” in generale che nutrono sentimenti di odio e di rivalità nei nostri confronti - piuttosto, egli si riferisce all’*hostis*, ossia al nemico nel campo “pubblico”, il quale rappresenta una grave minaccia per l’incolumità e l’esistenza stessa dell’intera comunità politica.

Precisamente, l’*hostis* è definito da Schmitt come un insieme di uomini che combatte, opponendosi ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere: in questa visione, il “nemico” è soltanto il nemico pubblico, dal momento che tutto ciò che è inerente ad un simile raggruppamento, e in modo specifico ad un intero popolo, diventa per ciò stesso “pubblico”¹⁵⁶.

Egli scrive che: *“Denn zum Begriff des Feindes gehört die im Bereich des Realen liegende Eventualität eines Kampfes.*

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ G. MIGLIO, op. cit., II. Scienza cit., p. 75.

¹⁵⁶ C. SCHMITT, op. cit., p. 29.

(...) *Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten*”¹⁵⁷.

Questi passi di Schmitt significano che, per questo filosofo, la contrapposizione tra *Freund* e *Feind* non va intesa in un mero senso figurato e metaforico, bensì, in un senso esistenziale che implica l'accettazione della possibilità reale della lotta tra le parti contendenti, fino ad implicare l'eventualità della stessa uccisione fisica di coloro che combattono.

Tuttavia, giova precisare che Schmitt non intende minimamente affermare che ogni trattativa politica debba necessariamente sfociare in uno scontro bellico, né che la scelta politica, la quale eviti la guerra, non sia una scelta corretta e opportuna¹⁵⁸.

Semplicemente, egli vuole dire soltanto che la guerra, pur non essendo il fine o il contenuto della politica, ne è, comunque, “*die als reale Möglichkeit immer vorhandene Voraussetzung*”¹⁵⁹.

Applicando il binomio “amico-nemico” al contesto “classico” di questa tragedia greca, si ritiene che possa essere abbastanza plausibile considerare la figura di Polinice come l'espressione simbolica di ciò che Schmitt intende quando parla di “nemico pubblico” (l'*hostis*).

¹⁵⁷ *Idem*, p. 33: “Nel concetto di nemico rientra l'eventualità, in termini reali, di una lotta. (...) I concetti di amico, nemico e lotta acquistano il loro significato reale dal fatto che si riferiscono in modo specifico alla possibilità reale dell'uccisione fisica”.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Idem*, pp. 34-35: “il presupposto sempre presente come possibilità reale”.

Sebbene con il concetto di “nemico pubblico” quest’autore si riferisca ad una pluralità di uomini, non ad un solo individuo, tuttavia, si ritiene che la figura di Polinice possa essere interpretata come un “simbolo”, cioè come l’espressione emblematica di un raggruppamento di persone che combattono contro una comunità politica.

In relazione a quest’ultima problematica, Miglio dimostra che la *polis* greca è proprio uno fra gli ordinamenti storici nei quali è possibile verificare, dalla prospettiva empirica della scienza della politica, la validità o, comunque, superare con successo la prova della non falsificazione e della regolarità dell’ipotesi schmittiana, incentrata sulla contrapposizione “*amicus-hostis*”.

Precisamente, a proposito dell’antico mondo ellenico, Miglio scrive che: “*se consideriamo le prime sintesi politiche che si formano in Occidente, le comunità urbano-catastali, le πόλεις della Grecia classica, vediamo come proprio la fase di aggregazione sia contemporanea e connessa strutturalmente all’ostilità esterna*” ¹⁶⁰.

Più avanti, il medesimo autore aggiunge che la genesi delle πόλεις è talmente legata alla dimensione della conflittualità, tanto che in esse “*la guerra è addirittura periodica, endemica*” ¹⁶¹.

Alla luce di queste riflessioni, applicando le categorie derivanti dal pensiero politico di Schmitt al nostro tema centrale, diventano comprensibili le ragioni che inducono il re di Tebe a proclamare un principio normativo di giustizia, posto a tutela del bene comune della πόλις minacciata, secondo cui colui che “*ha levato la mano contro la propria città e i suoi dei non può ricevere gli stessi onori di chi l’ha*

¹⁶⁰ G. MIGLIO, op. cit., II. *Scienza della politica*, p. 241.

¹⁶¹ *Idem*, p. 242.

difesa”¹⁶², sancendo, conseguentemente, “l’assoluta prevalenza degli interessi generali su quelli particolari (in termini attuali, ma impropri, diremmo la prevalenza del diritto pubblico su quello privato)”¹⁶³.

Data l’importanza assunta dalla vita politica nell’antichità ellenica¹⁶⁴, la gravità della condotta di Polinice è aumentata dal fatto che la guerra contro la πόλις non ha soltanto una valenza civile, ma acquista anche un forte significato religioso.

Secondo quanto scrive Balladore Pallieri, la πόλις greca è, contemporaneamente, “Stato e Chiesa”: essa è la fonte non solo della legge giuridica, ma anche di quella morale e religiosa, condizionando l’intera vita spirituale dei propri cittadini, i quali sono solo un riflesso della πόλις: “quanto più illustre e prospera la città, tanto migliori e più nobili i suoi cittadini”¹⁶⁵.

E’ evidente che i sentimenti e gli interessi dei singoli individui, che non siano in armonia con il bene comune della città, si trasformano in un male anche per loro stessi: come afferma la dottrina, il bene dei cittadini “non è che il riflesso del bene generale, rappresentato dalla polis”¹⁶⁶.

In base a queste considerazioni, non si aderisce all’interpretazione di “Antigone - il dialogo carente”, formulata dal costituzionalista italiano, dal momento che si pensa che l’assoluta necessità e perentorietà delle due leggi, quella naturale e quella positiva, a causa della loro insanabile tensione dialettica, non consentano una loro

¹⁶² G. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 38.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 9.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ G. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 38.

adeguata conciliazione attraverso i principi della ragione pratica.

Come si è cercato di dimostrare nel corso di questa esposizione, aderendo alla tesi hegeliana di “*Antigone, tragedia della realtà divisa*”, tanto il diritto di Antigone, quanto la legge di Creonte sono due imperativi categorici ed indefettibili.

Questi ultimi riflettono, rispettivamente, due irrinunciabili istanze etiche, le quali esigono di essere soddisfatte nella loro interezza, senza ammettere alcuna possibilità di deroga, fosse anche soltanto relativa e parziale.

Esse sono le seguenti:

a) la profonda devozione spirituale che deve essere avvertita nei riguardi dei defunti, riservando una dignitosa sepoltura ai loro corpi: è per questo motivo che Antigone celebra le esequie del fratello Polinice;

b) la totale tensione all’interesse generale dell’intera comunità politica, che impone il dovere di non concedere a chi è morto combattendo aspramente da “nemico pubblico” contro la propria città¹⁶⁷, gli stessi onori attribuiti a chi è caduto al fine di difenderla e di salvarla dalle aggressioni nemiche¹⁶⁸: è per questa ragione che Creonte ordina la reclusione perpetua della giovane Antigone.

Secondo la lettura ermeneutica di Hegel, nell’opera di Sofocle è la lacerante tensione dialettica esistente fra la *pietas* privata, da un lato, e la *salus populi*, dall’altro, ad attestare la loro assoluta inconciliabilità a livello pratico, a differenza di quanto il giurista italiano sostiene nella propria interpretazione della tragedia.

¹⁶⁷ E’ il caso di Polinice.

¹⁶⁸ E’, invece, il caso di Eteocle, il quale combatte per difendere la propria città dalle aggressioni nemiche inferte dal proprio fratello Polinice.

Proprio per questo, come scrive ancora Hegel, questa massima opposizione “etica” si trasforma nella suprema opposizione “tragica”¹⁶⁹, la quale determina, fatalmente, l’epilogo mortale dell’*Antigone*.

Conseguentemente, come è stato detto in precedenza, si ribadisce di accogliere l’interpretazione di Hegel poiché, secondo questa lettura dell’opera, la fine di Antigone è la “raffigurazione simbolica” della totale dissoluzione giuridico-concettuale della famiglia, nella quale il diritto naturale dei vincoli sentimentali si contrappone concettualmente alla legge dello Stato, escludendo pertanto alcuna forma di mediazione e di sintesi dialettica.

In conclusione, in relazione al valore fondamentale che la società coniugale assume nell’universo etico dell’ordinamento costituzionale vigente, si ritiene che questo confronto con l’*Antigone* consenta di sostenere, in modo evidente, il principio secondo il quale la comunità familiare è l’espressione manifesta di una forma di eticità naturale e immediata, in cui l’idea etica di libertà non ha ancora raggiunto la sua perfetta pienezza teoretica¹⁷⁰.

Conclusioni

In base a quanto è emerso dalle considerazioni sviluppate nel corso del presente paragrafo, all’interno del concetto di famiglia sussistono sia alcuni istituti etico-sociali, quali il matrimonio, il patrimonio e l’educazione dei figli, sia altri istituti di diritto privato, quali il divorzio, l’eredità e la maggiore età dei figli.

Come si è cercato di dimostrare attraverso le categorie dogmatiche della dottrina hegeliana dell’eticità, i primi,

¹⁶⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 316.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

ossia gli istituti etici, sono in palese tensione dialettica con i secondi, quelli più propriamente civilistici.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sviluppate in questo paragrafo, si può concludere che nella famiglia l'idea etica di libertà, intesa come l'elevazione di ciò che è particolare verso ciò che è universale, non si sia ancora realizzata compiutamente.

Conseguentemente, applicando gli schemi logico-dialettici della filosofia di Hegel, si ritiene che sia necessario affrontare lo studio di un altro istituto etico esistente nell'ordinamento costituzionale, cioè la società civile prevista dall'art. 2 della Costituzione.

Paragrafo II ***La “bürgerliche Gesellschaft”***

§ 1

Il fondamento sostanziale del principio di sussidiarietà

Nel precedente paragrafo del presente capitolo è stato concluso che l'eticità naturale e immediata della famiglia è sottoposta a un processo di dissolvimento, dal momento che in essa, accanto ad istituti etico-giuridici attraverso i quali il particolare si eleva all'universale (ossia il matrimonio, il patrimonio familiare e l'educazione dei figli), sussistono anche alcuni istituti di diritto privato (ossia il divorzio, l'eredità, la maggiore età dei figli) la cui *ratio* dimostra come nella società domestica lo sviluppo concettuale della libertà non abbia ancora raggiunto il proprio pieno compimento teoretico.

In conseguenza di ciò, l'armonia originaria dell'unità familiare si disgrega in una pluralità di famiglie e di

individui¹⁷¹, i quali affermano ognuno la loro autonomia e particolarità, vivendo, apparentemente, in una dimensione di estraneazione reciproca corrispondente a quella condizione che, in termini hegeliani, si potrebbe indicare espressamente con la locuzione semantica “*bürgerliche Gesellschaft*”¹⁷².

In verità, proprio la circostanza che la famiglia sia la prima formazione sovra individuale, all'interno della quale inizia a svilupparsi la personalità umana, fa sì che il consorzio domestico abbia una sua “*idoneità sociale dinamica*”¹⁷³, dal momento che esso, in una prospettiva autenticamente sussidiaria, assolve il compito di “*far generare naturalmente da sé altre associazioni sempre più larghe e specializzate, fino alla soglia della politicità*”¹⁷⁴.

Un'altra dottrina scrive che: “*La totalità delle persone (famiglie o individui), nel sistema dei loro interessi particolari, costituisce la società civile. La quale si realizza nel sistema dei bisogni e dei mezzi per soddisfarli, nell'amministrazione della giustizia e nella polizia: che sono i tratti fondamentali e comuni di ogni vivere civile*”¹⁷⁵.

¹⁷¹ V. *supra* dove, a proposito dello “scioglimento etico” della famiglia, si dice che quando i figli hanno raggiunto un'adeguata maturità psichica corrispondente al compimento della maggiore età, diventando adulti, sono in grado di formare autonomamente una propria famiglia, abbandonando quella d'origine per costituirne una nuova.

¹⁷² G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 332; su questo punto v. anche M. ROSSI, op. cit., pp. 640-641.

¹⁷³ G. BERTI, *Principi del diritto* cit., p. 390.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ N. ABBAGNANO, op. cit., Vol. II, Parte II, p. 93: si precisa che questo autore usa il termine “*polizia*”, riferendosi in modo specifico al pensiero di Hegel, il quale impiega questo vocabolo in un senso

Da quest'ultima affermazione si evince chiaramente che al di fuori del consorzio familiare, cioè nella società civile, non è presente una condizione di reciproca conflittualità fra gli individui, nella quale ognuno si concepisce isolato nel suo particolarismo, avulso da qualunque relazione intersoggettiva, pacifica ed eticamente commendevole, secondo l'immagine dello stato di natura hobbesiano caratterizzato da una condizione strutturale nella quale domina il *bellum omnium contra omnes*.

Anche un altro indirizzo dottrinale sostiene che, sebbene la società civile possa apparire come un “<<*sistema dell'atomistica*>>”¹⁷⁶, ciononostante essa non è determinata dal principio antagonistico dell'*homo homini lupus*, formulato dal pensiero giusnaturalistico di Hobbes. Passerin d'Entrèves prosegue la propria analisi, affermando che l'universale, che nella dissoluzione della famiglia “*aveva ceduto il posto al particolare*”¹⁷⁷, tende necessariamente a ricostituirsi in una nuova forma di eticità concettualmente più solida e progredita.

lato, in maniera tale da comprendere l'intera materia del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione. Su questo tema specifico, v. anche A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 83: “A intendere il significato che Hegel attribuiva alla Polizia, ci limitiamo a ricordare come gli antichi trattatisti tedeschi indicassero col nome di polizia ciò che oggi fa parte del Diritto amministrativo”; Passerin d'Entrèves, alle pp. 83-84 della medesima opera, continua scrivendo che proprio in Germania si sviluppò sin dai tempi più remoti una specie di ordinamento di polizia, che costituì il preludio “*della scienza del diritto amministrativo*”.

¹⁷⁶ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 78.

¹⁷⁷ *Idem*, pp. 78-79.

Pertanto, nella società civile la divisione individualistica, risultante dalla disgregazione della comunità primordiale e naturale costituita dalla famiglia, si ricompone in un principio di universalità.

Quest'ultimo deriva dalla presa di consapevolezza e dal riconoscimento, da parte dell'uomo, che la soddisfazione dei propri interessi particolari, egoistici ed arbitrari dipende, in ultima analisi, dalla soddisfazione di altrettanti interessi particolari, egoistici ed arbitrari di altri individui.

Il punto merita di essere approfondito iniziando con un esempio.

Prendendo in considerazione una fattispecie negoziale strutturalmente semplice, bilaterale, come un contratto di compravendita, innanzi tutto si osserva che: *“le attribuzioni patrimoniali rispettivamente a carico di ciascuna parte e a vantaggio della controparte sono legate dal cosiddetto nesso di reciprocità o sinallagma”* ¹⁷⁸.

In altre parole, ciò significa che in tanto la parte alienante trasferisce il diritto di proprietà alla parte acquirente, in quanto a sua volta quest'ultima effettua una controprestazione a favore della prima, pagando il corrispettivo di un prezzo consistente in denaro.

La comprensione adeguata del significato euristico di questo rapporto paritario ed egoistico - che realizza il risultato economico di uno scambio secondo il normale criterio del *do ut des* - esige di effettuare uno studio della *emptio-venditio*, il quale trascenda la dimensione formale del diritto astratto e inveri questo schema negoziale nella concretezza delle relazioni economico-sociali¹⁷⁹.

¹⁷⁸ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 456.

¹⁷⁹ V. *supra* dove la fattispecie negoziale di compravendita è analizzata attraverso i modelli individualistici che caratterizzano la fase “asociale” del diritto astratto, dicendo che, nonostante la

In questa nuova prospettiva di analisi emerge che il venditore, il quale aliena per esaudire un proprio desiderio particolare di denaro, acquisisce coscienza del fatto che, in modo analogo, anche il compratore acquista per rispondere ad un proprio bisogno particolare di accumulo di beni materiali.

Supponendo il caso in cui l'ipotetico acquirente non avvertisse il desiderio egoistico di comprare la *res* introdotta nella circolazione economica dall'eventuale controparte, quest'ultima, non riuscendo a venderla, non potrebbe realizzare, a sua volta, le proprie ambizioni altrettanto egoistiche, miranti all'incremento della propria ricchezza in moneta.

Naturalmente, il medesimo giudizio può essere formulato focalizzando l'attenzione sulla figura del potenziale compratore: egli non potrebbe appagare la propria aspirazione al possesso della cosa, qualora il venditore non si proponesse l'intento lucrativo di aumentare il proprio patrimonio monetario, decidendo di non alienarla e di non collocarla sul mercato.

Da ciò si deduce che, all'interno della società civile, la dimensione relazionale di reciproca interdipendenza degli interessi individuali coinvolti implica, inevitabilmente, che il contro-interesse altrui diventi la *condicio sine qua non* della concreta soddisfazione del proprio bisogno specifico. La dottrina sostiene che il riconoscimento del diritto altrui non sia altro che il necessario perfezionamento della

struttura funzionale del sinallagma sia simile ad un rapporto vincolante di scambio, tanto l'alienante, quanto l'acquirente restano indipendenti l'uno dall'altro e desiderano rimanere in questa situazione di estraneità reciproca.

coscienza del proprio diritto: su ciò, pertanto, si basa la solidarietà colta nella sua essenziale dimensione storica¹⁸⁰.

Da tali considerazioni deriva che ciascuno abbia interesse a che “*il diritto altrui sia vivo*”¹⁸¹, altrimenti a sua volta egli non sarebbe nelle condizioni di esercitare in modo vantaggioso la sua attività di impresa e, perciò, il suo diritto economico, come la produzione ovvero lo scambio.

Giova rilevare che questa parvenza di interesse non è antitetica alla solidarietà, ossia alla consapevolezza del bene altrui o al dovere etico di rispondere anche alle esigenze materiali e spirituali degli altri consociati¹⁸².

Ciò significa che, dal punto di vista della moralità sociale o sovra individuale, una “*partenza interessata*”¹⁸³ non sia di per sé inconciliabile con un arrivo o con un esito, che siano la manifestazione del “*principio della realizzazione del diritto proprio insieme con quella del diritto altrui*”¹⁸⁴.

In senso condivisibile, come ritiene questo orientamento dottrinale, la genesi della solidarietà non deve essere necessariamente la stessa in tutte le circostanze, che si presentano, di volta in volta, nel corso delle dinamiche relazionali fra i consociati: essa può avere anche “*molte origini*”¹⁸⁵, ma, ciononostante, l’importante è che, alla fine, si realizzi concretamente nel tessuto sociale, “*lasciando intatti i diritti e cioè il patrimonio di diritti che conformano o disvelano la personalità dell’uomo*”¹⁸⁶.

¹⁸⁰ G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 506.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

La presenza di uno scopo lucrativo non disattende di per sé il perseguimento di un interesse generale, come, viceversa, la mancanza di un profitto economico non è di per sé garanzia sufficiente della realizzazione dell'interesse pubblico medesimo¹⁸⁷.

Alla luce di queste considerazioni, si pensa che, per la sostenibilità della nostra tesi¹⁸⁸, sia utile effettuare una breve comparazione fra questa dimensione sociale dell'uomo, che qui emerge con evidenza, e l'idea di fondo della sistematica hegeliana dedicata al diritto astratto, esposta nel capitolo precedente con specifico riferimento all'istituto privatistico del contratto.

Com'è generalmente noto, quest'ultimo è un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo in cui la fattispecie acquisitiva determina la successione nello stesso diritto già appartenente ad un altro soggetto, tanto che, come è affermato in dottrina, gli eventuali vizi che inficiano il titolo di acquisto del precedente proprietario si riverberano anche sul successore, secondo il principio romanistico *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*¹⁸⁹.

Applicando queste categorie civilistiche al sistema giuridico del diritto astratto, anche un'altra dottrina scrive esplicitamente che: “cessano di aver luogo, o si presentano solo più accidentalmente, i modi di acquisto originari e

¹⁸⁷ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 28.

¹⁸⁸ V. l'introduzione del presente lavoro dove si enuncia la nostra tesi, la quale consiste nella dimostrazione scientifica, attraverso la dottrina giuridica di Hegel, dell'esistenza di una profonda relazione, di un'intrinseca coerenza logica, fra il principio di sussidiarietà “orizzontale” o “in senso sociale” - che ha il suo fondamento negli artt. 2-118, ult. c., Cost. - e il principio della rappresentanza politica, sancito dall'art. 67 Cost.

¹⁸⁹ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 302-303.

*immediati della proprietà, la quale dipende ora dal contratto”*¹⁹⁰.

Dal momento che la persona, in quanto individuo in relazione, non può vivere isolata ma, inevitabilmente, entra in contatto con altre individualità, dal rapporto con le quali sorge il contratto¹⁹¹, logicamente il patto negoziale, in termini concettuali, viene definito come “*l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”¹⁹².

In questo fenomeno successorio per atto *inter vivos* è valorizzato in modo palese l’elemento consensuale.

Quest’ultimo è l’espressione della mediazione derivante dall’incontro conciliativo di due diversi principi volitivi, che si compongono reciprocamente all’interno di un patto negoziale.

Infatti, da un lato, sussiste la volontà del dante causa, il quale dispone di cedere una determinata proprietà, e, dall’altro, c’è quella dell’avente causa, che, a sua volta, decide di acquistare una tale proprietà¹⁹³.

Inoltre, nella fattispecie contrattuale - collocata, ancora, in quella dimensione priva di ogni forma di socialità, che qualifica la sfera del diritto astratto - colui, che trasferisce il proprio diritto, non si priva soltanto materialmente della *res*,

¹⁹⁰ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 83: sebbene Passerin d’Entrèves formuli queste sue considerazioni sul significato del contratto, riferendosi in modo specifico al momento della società civile, tuttavia, si ritiene che esse siano applicabili anche alla precedente fase del sistema hegeliano, rappresentata dal diritto astratto.

¹⁹¹ *Idem*, p. 58.

¹⁹² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1.

¹⁹³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., pp. 176 e 178.

ma aliena, “spiritualmente”, anche la sua stessa “volontà” sulla cosa oggetto della compravendita¹⁹⁴.

Da quanto appena formulato sulla categoria della volontà negoziale, si ritiene che nel diritto civile la proprietà assuma rilevanza non tanto per la sua nozione economico-materiale di “cosa”, cioè in quanto “*res*” *propria*, ma, piuttosto, per il suo significato giuridico-concettuale di “diritto”, cioè in quanto “*ius*” *in re propria* ¹⁹⁵.

Questo profilo volontaristico, che emerge in modo evidente dalla teoria hegeliana del contratto, riflette l’idea tipicamente giusnaturalistica secondo la quale l’atto negoziale è la manifestazione della signoria della volontà individuale, che l’ordinamento giuridico deve garantire e tutelare nella sua interezza, ravvisandone il fondamento in un diritto naturale della persona a disporre liberamente sia delle proprie azioni, sia dei propri beni¹⁹⁶.

Quindi, al di là dei differenti motivi soggettivi e contingenti che possono indurre gli uomini a vincolarsi mediante un contratto¹⁹⁷, la sua stipulazione ha, comunque, un’intrinseca razionalità.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 176.

¹⁹⁵ V. *supra* dove, dicendo che in Hegel il diritto - essendo la concretizzazione speculativa della idea di libertà - indica l’intero movimento dello spirito oggettivo, indirettamente si evidenzia già l’intrinseca dimensione spirituale e concettuale del “giuridico”.

¹⁹⁶ Per la nozione di contratto quale espressione della volontà dell’individuo, secondo cui l’ordinamento giuridico deve limitarsi a garantire le condizioni che consentano a quest’ultimo l’esercizio delle sue libertà, tra le quali vi è la libertà di iniziativa economica, v. in dottrina C.M. BIANCA, op. cit., pp. 25-26.

¹⁹⁷ Motivi che, a titolo esemplificativo, Hegel individua nel bisogno generico ovvero nella benevolenza (come può essere nel caso di un contratto di donazione o, più in generale, in un atto di liberalità caratterizzato dall’*animus donandi*) ovvero nella ricerca del profitto:

Quest'ultima risiede nella circostanza che soltanto mediante la volontà la persona esercita la propria libertà negoziale, come presupposto indispensabile per la valida stipulazione di un accordo contrattuale¹⁹⁸.

Nella prospettiva teoretica del diritto privato, la centralità assegnata al dogma della volontà individuale, in materia negoziale, presuppone logicamente che le persone contraenti siano ambedue già *“giuridicamente complete”*¹⁹⁹, ossia ognuna di esse ignori *“del tutto gli altri individui in funzione d'una qualsiasi complementarità di bisogni”*²⁰⁰.

Come si sta cercando di dimostrare in questa parte del presente lavoro, nell'ambito individualistico del diritto privato l'istituto del contratto è la chiara manifestazione di una serie di *“rapporti intersoggettivi non ancora riassorbiti in un ente collettivo, quali si stabiliscono nello stato di natura inteso come stato prepolitico”*²⁰¹.

Pertanto, come afferma la dottrina, il diritto privato regola rapporti giuridici fra *“individui singoli astrattamente eguali (il diritto privato come diritto dei privati, o delle societates aequalium)”*²⁰².

Poiché il diritto civile è un diritto del quale i privati *“possono disporre liberamente secondo il loro arbitrio”*²⁰³, in esso l'individuo non è concepito come un membro di una comunità etica, ma, piuttosto, come una persona astratta

in tale senso, v. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 174.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ M. ROSSI, op. cit., p. 642.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 26.

²⁰² *Idem*, p. 102.

²⁰³ *Idem*, p. 103.

che instaura con le altre persone, anch'esse astratte al pari di lui, soltanto una relazione puramente formale di reciproca delimitazione della propria sfera privata nei confronti delle sfere private altrui, rapporto in cui consiste l'essenza stessa del diritto privato²⁰⁴.

Pertanto, qui la persona è intesa come un'individualità astratta, la quale “è prima e al di fuori di ogni forma storica di società”²⁰⁵.

Ciò è confermato dallo stesso pensiero di Hegel, il quale afferma che: “*Das Recht ist das Verhältnis der Menschen, insofern sie abstrakte Personen sind*”²⁰⁶.

In quest'ultima definizione ci si riferisce in maniera specifica ai rapporti contrattuali *de iure privatorum*, nei quali il soggetto titolare è la persona colta essenzialmente nella sua dimensione astratta, l'individuo avente soltanto la capacità negoziale, cioè in grado unicamente “di compiere atti giuridici e quindi di entrare in un rapporto giuridico di reciproca delimitazione del proprio arbitrio, con altre persone altrettanto astratte”²⁰⁷.

Questa persona è astratta dal momento che nella fattispecie contrattuale il singolo soggetto è considerato indipendentemente dalle sue peculiari caratteristiche individuali, dalle sue condizioni economico-sociali, cioè da quell'insieme di determinazioni che rendono “una persona

²⁰⁴ *Idem*, p. 50.

²⁰⁵ *Idem*, p. 54.

²⁰⁶ G.W.F. HEGEL, *Philosophische Propädeutik*, Dritter Kursus, Zweite Abteilung, § 182, erstmals 1840 durch K. Rosenkranz veröffentlicht, in www.marxists.org: “Il diritto è il rapporto tra gli uomini in quanto sono persone astratte”.

²⁰⁷ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 100.

astratta una persona concreta, quale è quella che fa la sua apparizione soltanto nella società civile” ²⁰⁸.

Come si evince da queste ultime riflessioni, mentre nel diritto astratto, attraverso il dogma della volontà, il contratto è l’attestazione della completezza giuridica dell’individuo, nonché del suo potere di signoria nella sfera del proprio dominio privato, al contrario, nella concretezza della società civile il rapporto negoziale diventa l’espressione tangibile di un bisogno materiale che rivela, a sua volta, un senso di incompiutezza spirituale radicato profondamente all’interno dell’animo umano.

Quindi, si condivide quanto sostiene la dottrina, secondo la quale quella medesima persona - che nella fase presociale del diritto astratto, nonostante il legame contrattuale, è concepita nella completezza della propria condizione di estraneità, distante da ogni vera e propria *relatio ad alterum* - dopo essersi ancora rinchiusa in se stessa nella pura interiorità del dovere morale ²⁰⁹, soltanto ora, nella *bürgerliche Gesellschaft*, “*si accorge di avere dei bisogni che senza gli altri non può soddisfare*” ²¹⁰.

Dunque, nello stadio della società civile, mediante il “sistema dei bisogni”, quei medesimi principi, che sono stati sviluppati logicamente partendo dal concetto della

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ V. *supra* dove si dice che, per Hegel, la libertà morale, concepita kantianamente come l’assoluta interiorità soggettiva, può manifestarsi indifferentemente tanto in aderenza alla volontà vera e razionale, realizzando di fatto il bene, quanto secondo gli impulsi dettati dall’arbitrio individuale, che possono essere in antitesi al contenuto oggettivo del bene e, perciò, essere diretti al compimento del male: dunque, nell’assoluta solitudine della pura intenzionalità la coscienza ammette anche la possibilità di tendere alla malvagità.

²¹⁰ M. ROSSI, op. cit., p. 642.

personalità astratta, acquistano concretezza e diventano norme di diritto positivo.

Si intende precisare che, nella dottrina di Hegel, il “sistema dei bisogni” corrisponde a quella condizione del vivere sociale nella quale i principi astratti, che caratterizzano l’ambito dei rapporti contrattuali, diventano concreti e positivi: in conseguenza di ciò, nella società civile il diritto positivo, attraverso la legge, assolve la funzione di proteggere un insieme di situazioni giuridiche soggettive, derivanti a loro volta dai molteplici bisogni individuali intrinsecamente connessi tra loro²¹¹.

Completata questa riflessione in cui si è cercato di stabilire un confronto fra la dimensione individualistica dei rapporti contrattuali, concepiti nella loro astrattezza, e la concretezza della società civile con i suoi bisogni, riallacciandoci ancora una volta allo studio del diritto positivo, da quanto è stato detto si comprende come dai valori etico-sociali, radicati nell’ordinamento costituzionale vigente, emerga l’idea di un ordine sociale fondato sulla pluralità dei diritti delle persone, all’interno del quale la stessa pluralità “*non può reggersi solo come una dinamica meccanicistica*”²¹², ma, piuttosto, deve essere alimentata dalla socialità e dalla fraternità reciproche tra i consociati²¹³. In caso contrario, qualora questi valori sovra individuali non si inverassero nelle relazioni *inter homines*, in mancanza di questa forte tensione etica alla solidarietà, gli stessi diritti non potrebbero sopravvivere a lungo e la loro consistenza

²¹¹ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., pp. 81-82.

²¹² G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 506.

²¹³ *Ibidem*.

diventerebbe nel corso del tempo sempre più labile e precaria²¹⁴.

Quanto fin qui sostenuto consente di ritenere che la società civile, cui si riconduce l'art. 2 della Carta costituzionale, si sviluppi intorno a un'idea di persona colta sia nella concretezza dei suoi bisogni, sia all'interno di una relazione etica di reciproca interdipendenza con le altre persone portatrici di altrettanti interessi particolari, a loro volta.

In altre parole, nella società civile la persona umana, da un lato, è fine a sé stessa dal momento che essa è una totalità di bisogni, un insieme di necessità naturale e di arbitrio, ma, tuttavia, dall'altro lato, la medesima persona è anche inserita in una dimensione di intrinseca "concretezza", poiché essa *"è in rapporto agli altri; ed i suoi bisogni sono bisogni concreti"*²¹⁵.

In questa *Weltanschauung* universalistica, che caratterizza il principio di sussidiarietà orizzontale, non c'è più l'individuo astratto, isolato e lontano dalla prospettiva di un'autentica socialità, ma al suo posto compare la persona umana concepita, *hic et nunc*, nell'effettività di una relazione dialogica e comunicativa con altri soggetti particolari.

Secondo quanto afferma la dottrina in proposito, si deduce che la società civile si regge su due principi costitutivi che sono essenzialmente: *"la persona concreta che è a sé come fine particolare, e la forma dell'universalità secondo cui essa [la persona concreta] è in rapporto con le altre [persone]"*²¹⁶.

Ciò significa che ciascuna persona è in grado di realizzare e appagare i propri desideri materiali e spirituali soltanto nella

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ M. ROSSI, op. cit., p. 643.

²¹⁶ *Idem*, op. cit., p. 646.

misura in cui essa instauri un legame sociale con gli altri soggetti della comunità civile, favorendo il sorgere di una relazionalità infra individuale che si sviluppi nella direzione dell'universalità²¹⁷.

Dunque, è possibile osservare che nell'ambito dei rapporti etico-sociali di mutua interdipendenza, che si diffondono all'interno della società civile, “*lo spirito compie un ulteriore passo nella conquista della sua libertà*”²¹⁸.

Come risulta da queste ultime considerazioni, il solo fatto che l'individuo si trova in un rapporto necessario con altre individualità genera una forma di universalità, alla quale egli è costretto ad elevarsi al fine di cercare in essa la propria consistenza umana e spirituale che lo riscatti dalla solitudine del proprio libito egoistico²¹⁹.

Dal momento che questo tipo di universalità è l'esito della stretta connessione esistente tra il benessere economico-giuridico del singolo e quello degli altri consociati, può essere plausibile definire questo sistema di dipendenza generale “*als den äußeren Staat*”²²⁰, o anche, sempre secondo la terminologia hegeliana, come “lo Stato del bisogno e dell'intelletto”²²¹, come lo stesso Hegel precisa

²¹⁷ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 336.

²¹⁸ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 80.

²¹⁹ *Idem*, p. 79.

²²⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 336: “come lo Stato esterno”.

²²¹ V. *supra* dove si dice che in Hegel la categoria mentale dell'intelletto rivela sempre un aspetto unilaterale e inadeguato del concetto di libertà, cioè la libertà in un'accezione implicita, negativa e non completamente evoluta, quella che egli chiama, appunto, “la libertà dell'intelletto”.

impiegando l'espressione semantica seguente: “*Not- und Verstandesstaat*”²²².

Quindi, come si è visto a proposito della famiglia, anche l'universo etico della società civile esprime una forma di politicità, sebbene quest'ultima sia ancora parziale e incompiuta, come si intende dimostrare nel corso di questo lavoro.

Secondo quanto emerge dalle osservazioni formulate sino a qui, questo tipo di relazionalità sostanziale e interpersonale, che si manifesta nell'ambito dei rapporti sociali, evita certamente la possibile regressione nella fase presociale rappresentata dal diritto astratto, impedendo *a fortiori* il ripristino di quella condizione di permanente conflittualità insita nello stato di natura hobbesiano, lacerato da un insanabile *bellum omnium contra omnes*.

Tuttavia, nonostante la sostenibilità di quest'ultima considerazione, non ci si può esimere dal rilevare che l'universo etico - che si realizza concettualmente nella *bürgerliche Gesellschaft* - assolve una funzione meramente strumentale rispetto al conseguimento di finalità le quali restano, pur sempre, finalità particolari, sebbene siano messe in relazione tra loro all'interno di un ordinamento sociale disciplinato dalla legge positiva dello Stato.

In conseguenza di ciò, si ritiene che nella società civile l'idea etica di libertà non si sia realizzata compiutamente nella sua assoluta universalità, da un punto di vista speculativo: perciò, essa non ha ancora raggiunto il proprio perfezionamento unitario in modo totale, che sia adeguato razionalmente.

²²² G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 336: “Stato del bisogno e dell'intelletto”.

Con particolare attenzione all'ordinamento costituzionale vigente, si intendono spiegare i motivi di questo sviluppo incompiuto della libertà nella *bürgerliche Gesellschaft*.

In primo luogo, come si è già constatato, il processo di elevazione del particolare all'universale è determinato unicamente dalla necessità derivante dalla presa di coscienza della interdipendenza reciproca degli interessi individuali degli uni, connessi con gli interessi altrettanto individuali degli altri consociati²²³.

Tale unità fra il particolare e l'universale non corrisponde ancora alla perfetta eticità, cioè alla realizzazione di quella che Hegel chiamerebbe "*die sittliche Identität*" ²²⁴, cioè "l'identità etica".

Questo è dovuto al fatto che l'idea di libertà in questo grado del suo processo evolutivo non è giunta al proprio perfezionamento teoretico, ma è come se si trovasse "scissa", concettualmente, fra il principio della persona singola e concreta, da un lato, e il principio universale sul quale si fonda la stessa stabilità dei vincoli relazionali fra gli uomini, dall'altro.

Conseguentemente, si può dedurre che tale forma di unità, che si realizza nella sfera della società civile, non è ancora uno stadio nel quale si attua veramente la libertà, ma, al contrario, può essere vista, soltanto, come la "*Notwendigkeit, daß das Besondere sich zur Form der*

²²³ V. *supra* dove si dice che nella società civile la divisione individualistica, che risulta concettualmente dalla disgregazione della comunità naturale costituita dalla famiglia, si ricompone in un principio di universalità: quest'ultimo deriva dalla consapevolezza che la soddisfazione dei propri interessi particolari dipende, in definitiva, dalla soddisfazione di altrettanti interessi particolari di altri individui.

²²⁴ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 340.

Allgemeinheit erhebe, in dieser Form sein Bestehen suche und habe” ²²⁵.

In secondo luogo, si intende ribadire quanto è già stato sottolineato, ossia che lo scopo principale della società civile è la soddisfazione degli interessi particolari, rispetto ai quali l'universale è solo un mezzo finalizzato al loro conseguimento.

Perciò, questa forma di eticità, che si realizza concettualmente nella *bürgerliche Gesellschaft*, è solo uno strumento per il raggiungimento di scopi i quali restano, comunque, finalità individuali.

Esaminando attentamente questa forma di politicità radicata nel principio personalista dell'art. 2 della Costituzione, si osserva che l'astrattezza giuridica dei rapporti negoziali, che è tipica del giusnaturalismo - il quale è sempre la rivelazione di una forma di contrattualismo - sembra essere qui superata dal momento che, come si è cercato di dimostrare, i rapporti contrattuali sono “calati” e “inverati” nella concretezza economica dei bisogni.

Questi ultimi, pertanto, sembrano riferirsi non all'individuo isolatamente considerato, ovvero al soggetto astratto dello schema sinallagmatico del diritto privato, ma alla persona in quanto *homme situé*, secondo quanto prescrive questa stessa disposizione costituzionale, che è oggetto della nostra analisi.

Nonostante queste ultime riflessioni, si ritiene, tuttavia, che il secondo articolo della Costituzione sia pur sempre la manifestazione di una filosofia sociale giusnaturalistica e contrattualistica, in nome della quale la società civile risulta

²²⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 340: “Necessità che il particolare si elevi alla forma dell'universalità, che cerchi e abbia in questa forma la propria sussistenza”.

essere, ancora, il riflesso di una politicità imperfetta, insufficiente per una piena realizzazione della libertà.

In modo particolare, si pensa che in questa norma esista una tensione dialettica, insita nell'idea di libertà che si realizza nella *bürgerliche Gesellschaft*, dal momento che è come se la stessa libertà fosse divisa - per così dire - fra i suoi due "estremi concettuali": infatti, da un lato, nella prima parte della disposizione, essa è intesa come una "*garanzia*" ²²⁶ dei diritti, mentre, dall'altro lato, nella sua seconda parte, è tradotta in un "*dovere*" ²²⁷ etico-sociale, il cui adempimento è prescritto all'indistinta generalità dei consociati.

Anche in sede di esame degli atti che precedono e accompagnano la stesura dell'art. 2 Cost., si osserva che l'aggiunta del concetto dei "doveri inderogabili", accanto a quello dei "diritti inviolabili", si giustifica proprio per il preciso scopo di mettere insieme, secondo le dichiarazioni dell'on. Ruini, "<<come lati inscindibili, come due aspetti dei quali uno non può sceverare dall'altro, i diritti e i doveri. Concetto tipicamente mazziniano, che si era già affacciato nella rivoluzione francese e ormai è accolto da tutti, è ormai assiomatico>>" ²²⁸.

E' sicuramente vero che "*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*" ²²⁹, attraverso cui il particolare si eleva all'universale, costituisce parzialmente la concretizzazione del concetto di libertà.

Tuttavia, si tratta di una realizzazione imperfetta da un punto di vista speculativo, poiché essa, paradossalmente, è

²²⁶ G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 398.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 23.

²²⁹ Art. 2 Cost.

determinata dal fatto che gli uomini sono giocoforza tra loro in una relazione intersoggettiva di reciproca dipendenza e di vicendevole bisogno.

Quindi, è possibile concludere che nella società civile l'adempimento del dovere etico sia ancora l'esito di una necessità, ossia la necessità che deriva dall'esigenza di coniugare e conciliare la libertà con l'uguaglianza.

Infatti, affinché la libertà possa congiungersi con l'eguaglianza, è essenziale che la prima sia convertita anche in un dovere, oltre che in una garanzia: se così non fosse, sarebbe inammissibile riuscire “*a concepire la coesistenza pur necessaria di libertà e di uguaglianza*”²³⁰ e, dunque, sarebbe impossibile contribuire in modo efficace e attivo allo sviluppo integrale della politicità all'interno dell'ordinamento²³¹.

In base a queste ultime considerazioni, risulta che nell'ambito della *bürgerliche Gesellschaft* l'adempimento dei doveri etici di solidarietà politica, economica e sociale abbia ancora un significato costrittivo.

Quest'ultima osservazione potrebbe essere suggerita anche da un'interpretazione semantica e dichiarativa della disposizione in esame, in applicazione del canone metodologico *in claris non fiat interpretatio*: infatti, non è un caso che tale norma accentui la valenza cogente di questi obblighi costituzionali di fraternità sociale, qualificandoli espressamente con l'aggettivo “*inderogabili*”²³².

Quindi, si ritiene che il loro assolvimento non assuma quel valore liberante e redimente in nome del quale il dovere e il diritto diventano *unum et idem*, arrivando a coincidere fra loro entro la prospettiva di una simbiosi armonica, come si

²³⁰ G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 398.

²³¹ *Ibidem*.

²³² Art. 2 Cost.

dimostrerà, invece, affrontando lo studio dello Stato, con particolare riferimento al principio della rappresentanza politica proclamato dall'art. 67 Cost.

Al contrario, nella società *pre*-statuale, disciplinata dall'art. 2, i diritti e i doveri, pur intersecandosi nell'ambito di una relazione dialettica di reciproca interdipendenza fra i bisogni dei consociati, tuttavia, restano due momenti della vita etica di certo non separati, ma comunque contrapposti e distinti.

Perciò, non sarebbe del tutto fuori luogo vedere nel compimento di questi doveri inderogabili di solidarietà la *condicio sine qua non* della garanzia dei diritti.

All'interno di questa dimensione definita, *lato sensu*, "contrattualistica", sussiste una perfetta relazione di simmetria fra la libertà intesa come un "dovere", da un lato, e la stessa libertà concepita come una "garanzia", dall'altro, proprio secondo la tipica logica sinallagmatica che realizza un *do ut des*.

Ciò è confermato dalla dottrina secondo la quale è necessario, infatti, "*sottolineare la rispondenza quasi simmetrica che giustappone, nel corso dello stesso art. 2 Cost., le situazioni di diritto e quelle di dovere*" ²³³.

Come risulta dall'art. 2 della Carta costituzionale, questo nesso di corrispondenza reciproca, che lega intrinsecamente la tutela dei diritti dell'uomo all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, è esplicitamente evidenziato dalla locuzione verbale

²³³ G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 12.

“*richiede*”²³⁴, che il legislatore costituente riferisce proprio alla “*Repubblica*”²³⁵.

Come emerge ancora dai lavori preparatori della seconda disposizione della Carta costituzionale, dal momento che l'uomo è, aristotelicamente, un animale sociale²³⁶, dovendo essere considerato in quanto tale anche da un punto di vista giuridico, “*ai diritti naturali fanno riscontro, nell'articolo, i correlativi doveri, senza il rispetto dei quali non è possibile l'umana convivenza*”²³⁷.

Secondo i costituenti, come i diritti inviolabili dell'uomo non sono solamente quelli riconosciuti in modo specifico dalla Costituzione, ma anche tutti gli altri diritti naturali, storicamente preesistenti alla formazione dello Stato, generalmente considerati insopprimibili, allo stesso modo anche i doveri inderogabili non sono unicamente quelli indicati nelle successive norme della Costituzione, ma tutti

²³⁴ Art. 2 Cost. Con la stessa logica “sinallagmatica e simmetrica” dell'art. 2 Cost., anche l'art. 4 Cost. da un lato riconosce e promuove il diritto al lavoro, ma, dall'altro lato, prescrive al cittadino il dovere di compiere, in base alle proprie condizioni e alle proprie inclinazioni, un'attività ovvero una funzione che contribuiscano al progresso materiale o spirituale della società.

²³⁵ Art. 2 Cost.

²³⁶ Il nostro riferimento ad Aristotele è in senso lato, poiché, in realtà, questo filosofo con l'espressione “animale sociale o politico” non intende affatto dire che qualunque forma di convivenza umana sia di per sé una relazione “politica”: piuttosto, con questa espressione egli intende riferirsi ad una realtà storica ben precisa, circostanziata nello spazio e nel tempo, cioè l'antica *polis* greca; su questo punto v. G. MIGLIO, op. cit., II. *Scienza della politica*, p. 139, nonché H. ARENDT, *Was cit.*, pp. 28-29.

²³⁷ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 23.

quelli il cui adempimento è indefettibile al fine di assicurare un'ordinata relazione fra i consociati²³⁸.

Concentrando ora la nostra analisi sull'esame delle formazioni sociali previste dall'articolo 2 della Costituzione, innanzitutto si intende effettuare una distinzione fra queste ultime e la libertà di associazione proclamata dal successivo art. 18 Cost.

Sebbene, come è sostenuto in dottrina, nella formazione sociale sia possibile scorgere “*anche l'azione o l'energia del sentimento associativo*”²³⁹, in nome dei quali la formazione apparirebbe anche come l'espressione della cosciente e responsabile adesione di un individuo ad un gruppo sociale, tuttavia, se ci si limitasse a considerarla come una semplice associazione, difficilmente si sarebbe in grado di coglierne la fondamentale funzione costruttiva per la società e per l'ordinamento giuridico, considerati nella loro interezza e multiformità²⁴⁰.

Pertanto, mentre nell'idea di associazione è centrale la libertà di associarsi, la quale è intesa come l'esito finale di un elaborato processo giuridico, invece, si pensa che la formazione sociale debba collocarsi “*all'inizio del ciclo giuridico inteso nella sua oggettività e nella sua complessità*”²⁴¹.

Detto in termini diversi, mentre la fattispecie dell'art. 18 Cost. presuppone un'idea di libertà nella quale si privilegia il momento della scelta individuale di fare parte o meno di una determinata organizzazione sociale - tanto che in dottrina si parla della così detta libertà negativa di associazione, consistente nella libertà di non aderirvi o

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ G. BERTI, *Manuale di interpretazione* cit., p. 394.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Idem*, p. 395.

anche di recedervi²⁴² - al contrario, le formazioni sociali previste dall'art. 2 Cost. esaltano la dimensione etico-partecipativa della libertà, dalla quale emergono gradualmente il momento dell'universale, nonché il superamento della singolarità considerata unilateralmente. Conseguentemente, la formazione sociale diventa l'espressione della vocazione umana alla tolleranza ed alla comprensione altrui, che si attuano *“attraverso la conoscenza dei rispettivi bisogni e aspirazioni”*²⁴³.

La valorizzazione di questa dimensione sociale dell'uomo scardina la rigida *“linea di demarcazione fra il pubblico e il privato”*²⁴⁴.

La concezione antropologica personalistica, sottesa al principio comunitario dell'art. 2 Cost., consente di aderire ad un approccio ermeneutico che vada al di là degli angusti confini, che segnano la netta separazione fra il profilo sociologico e il profilo giuridico, ma, anzi, tenda alla conciliazione di queste due forme di categorizzazione della realtà sociale, inaugurando un *iter* logico-interpretativo nel quale *“il fenomeno giuridico non è stabilizzato o consolidato, ma deve essere verificato o falsificato di volta in volta”*²⁴⁵.

Dunque, secondo questa interpretazione sembra aprirsi un orizzonte ideale, retto da principi solidaristici, che costituisce un *tertium genus*, distinto sia dall'individuo astratto dei rapporti di diritto privato *“(il soggetto in senso stretto)”*²⁴⁶, sia da un'idea di ordine statuale inteso, in

²⁴² L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 490.

²⁴³ G. BERTI, *Manuale di interpretazione cit.*, p. 397.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Idem*, p. 395.

²⁴⁶ *Idem*, p. 397.

termini autoritari, come una mera potenza “*che si sovrappone all’individuo*” ²⁴⁷.

Sulla base di queste riflessioni, si deduce che all’interno della società civile la formazione sociale assolve una funzione di mediazione, facendo sì che l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale non rappresenti utilitaristicamente la “contropartita” della necessità e del bisogno, ma acquisisca un’autentica valenza pedagogico-formativa per l’uomo, proprio secondo la teoria dei corpi intermedi invisibili allo Stato liberale.

In modo particolare, ciò potrebbe risultare dalla circostanza che la disposizione normativa in esame assegna alla formazione sociale il delicato compito di assicurare che lo sviluppo della personalità umana corrisponda ad una finalizzazione della medesima verso la prospettiva della politicità, scardinando la ferrea logica contrattualistica del “*do ut des*” ancora presente in alcuni aspetti della società civile, come si è potuto constatare nelle fasi precedenti del presente lavoro.

Anche dall’analisi dei lavori preparatori di questa norma, si evince che la sottocommissione, incaricata della sua formulazione, è unanime nell’attribuirle “*un significato più filosofico, storico e anche finalistico, che giuridico*” ²⁴⁸.

Ciò è confermato anche dalla circostanza che l’approvazione di tale articolo è avvenuta “*nella convinzione che i concetti contenutivi dovessero essere successivamente trasferiti in un preambolo alla Costituzione. Il preambolo non fu poi deliberato, e l’articolo rimase*” ²⁴⁹.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *La Costituzione della Repubblica cit.*, p. 23.

²⁴⁹ *Ibidem*.

Sulla base di quanto appena formulato, si evidenzia chiaramente che il principio di sussidiarietà in senso orizzontale deriva implicitamente dal principio personalista e comunitario, proclamato dall'art. 2 Cost., dall'analisi del quale emerge in modo palese che lo sviluppo della persona umana si realizza prevalentemente all'interno delle formazioni sociali.

Quindi, la dimensione associativa rappresenta un sussidio indispensabile per lo svolgimento integrale della personalità individuale all'interno della comunità civile, oltre, naturalmente, che per la maturazione della sua stessa coscienza etica, essendo finalizzata “*a dare immagine e senso all'essere uomo nella società*”²⁵⁰.

Il contributo della sussidiarietà per la costruzione della politicità all'interno dell'ordinamento statuale è sottolineato in modo incisivo da Berti, il quale prosegue il proprio ragionamento filosofico-giuridico, affermando che al punto apicale di una serie di associazioni si giunge, infine, allo Stato²⁵¹.

Quest'ultimo, in una visione organica e comunitaria della società civile, non è tanto un insieme di singoli individui atomisticamente considerati, secondo una concezione contrattualistica dei rapporti politici, quanto un vero e proprio “*insieme organizzato di associazioni o di formazioni sociali*”²⁵².

Conseguentemente, è evidente che la realtà politica dello Stato sia necessaria, a sua volta, per attribuire un senso, dare un'immagine, assegnare una collocazione certa e duratura al pluralismo delle formazioni sociali, nell'ambito delle quali l'uomo svolge la propria personalità, realizzandosi sia

²⁵⁰ G. BERTI, *Principi del diritto* cit., p. 390.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

da un punto di vista materiale, che da un punto di vista spirituale²⁵³.

§ 2

La formulazione del principio di sussidiarietà nell'art. 118, ult. c., Cost.

Alla luce delle riflessioni elaborate sin qui, si deduce che il fondamento giuridico-sostanziale del principio di sussidiarietà orizzontale, o in senso sociale, è essenzialmente l'art. 2 Cost., dal momento che il significato concettuale di questa norma è quello di attribuire un'assoluta centralità alla persona umana e alle formazioni sociali nelle quali essa conduce la propria esistenza, seppure in questo articolo l'enunciazione positiva di tale principio non sia espressa letteralmente.

Ciononostante, sebbene nell'art. 2 Cost. la sussidiarietà non sia nominata apertamente, la dottrina sostiene che ciò non impedisce che essa sia pur sempre desumibile in sede interpretativa²⁵⁴; anzi, si pensa che la potenzialità normativa di questo principio si sia accresciuta nel corso del processo storico, proprio *“in quel quantum di sussidiarietà orizzontale che si è affermato nella lunga fase in cui è mancata l'enunciazione positiva del principio [stesso]”*²⁵⁵.

²⁵³ *Ibidem.*

²⁵⁴ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 17, dove, a proposito del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autore parla della fase in cui esso *“poteva soltanto desumersi”* da un punto di vista interpretativo: egli si riferisce al momento della nostra storia politico-costituzionale che precede l'entrata in vigore della legge di revisione costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la quale ha riformulato l'art. 118 Cost., introducendo espressamente il principio di sussidiarietà orizzontale al suo ultimo comma.

²⁵⁵ *Ibidem.*

Successivamente, in seguito all'entrata in vigore della legge di revisione costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato il titolo V della Carta costituzionale, dedicato alle Regioni, alle Province e ai Comuni, l'art. 118 Cost., al suo ultimo comma, proclama esplicitamente il principio di sussidiarietà in senso orizzontale, riferendosi all'eventuale ripartizione dell'esercizio delle attività di interesse generale fra il settore dei pubblici poteri e il settore dell'iniziativa privata.

Pur escludendo che i soggetti privati abbiano la titolarità delle funzioni, che è riservata esclusivamente agli enti pubblici territoriali, quali sono lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province e i Comuni, la ragione d'essere di questa disposizione è, comunque, quella di favorire l'azione sociale dei cittadini, sia in quanto singoli, sia in quanto associati all'interno delle formazioni sociali, per il concreto esercizio di attività aventi finalità di rilevanza generale per la comunità civile²⁵⁶.

E' evidente che l'enunciazione positiva di questo principio, nell'art. 118, ult. c., Cost., non possa tendere all'esito paradossale di indebolire *“la capacità di orientamento del principio di sussidiarietà orizzontale [stesso]”*²⁵⁷.

Ciò è vero proprio in confronto con il precedente periodo della nostra storia costituzionale in cui la medesima sussidiarietà avrebbe potuto desumersi soltanto implicitamente, in via ermeneutica, *“eppure [essa, ciononostante,] mostrava crescente vitalità”*²⁵⁸.

Conseguentemente, è possibile effettuare un'operazione interpretativa logico-sistematica delle disposizioni degli artt. 2-118, ult. c., Cost., che sia idonea a costituire il

²⁵⁶ L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto cit.*, p. 337.

²⁵⁷ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale cit.*, p. 17.

²⁵⁸ *Ibidem*.

framework di politiche legislative finalizzate a potenziare o ad affermare più incisivamente l'effettività del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ambito del nostro ordinamento sociale²⁵⁹.

Quindi, se la sussidiarietà diventasse il principio fondamentale e centrale, che disciplinasse i rapporti di organizzazione fra la sfera pubblica e privata delle relazioni economico-sociali, certamente essa assumerebbe un “*carattere dirompente (...) dal punto di vista degli assetti giuridici*”²⁶⁰.

Tuttavia, una parte della dottrina giuspubblicistica non ritiene auspicabile “*la potenzialità dirompente*”²⁶¹ di questo principio, qualora esso fosse applicato in assenza di adeguati bilanciamenti non rinvenibili in altre previsioni normative della Costituzione²⁶².

Pertanto, quest'ultimo indirizzo cerca di individuare alcuni limiti logico-formali, insiti nell'idea stessa di sussidiarietà, tentando di elaborare “*un concetto puro di sussidiarietà, intrinsecamente conformativo per proprio statuto logico*”²⁶³.

Questa dottrina afferma che all'interno del principio di sussidiarietà orizzontale sia possibile distinguere, concettualmente, il soggetto che è sussidiato o sussidiabile, dal soggetto che sussidia, cioè il sussidiario.

In questa differenziazione è implicito, logicamente, che nella sussidiarietà vi sia una direzione privilegiata ed univoca secondo cui, se uno solo è il soggetto sussidiato o

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Idem*, p. 18.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 1/2002, pp. 5-50.

²⁶³ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 18.

sussidiabile, e uno solo il soggetto sussidiario, evidentemente non può esistere un'inversione di questo rapporto a senso unico.

Ciò significa che colui, che è stato prima "sussidiato", rimane tale, anche nel caso in cui egli fosse sostituito - in questa sua posizione giuridica di soggetto sussidiato o sussidiabile - da colui che lo ha sussidiato: in altre parole, chi è stato sussidiato non si trasforma, a sua volta, in sussidiario verso chi lo ha, precedentemente, sussidiato.

Naturalmente, per lo stesso criterio unidirezionale, questo ragionamento logico può essere sviluppato anche *a contrario*, cioè partendo dal soggetto che ha compiuto l'attività del subsidiare, il quale, una volta esercitata la propria funzione, non si converte, a sua volta, in un soggetto sussidiato o sussidiabile²⁶⁴.

Quest'ultimo giurista sostiene che il principio di sussidiarietà orizzontale dell'art. 118, ult. c., Cost. va interpretato come se dicesse che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni "*debbono favorire*"²⁶⁵ l'autonoma iniziativa dei cittadini, sia singoli che associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, "*attenendosi al principio di sussidiarietà*"²⁶⁶.

Con il preciso scopo di fissare alcuni limiti logico-formali immanenti nel concetto stesso di sussidiarietà, il significato di questa lettura è che lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali, sopra indicati, "*non debbono favorire sempre ed in ogni caso*"²⁶⁷ i privati, ma soltanto nel caso in cui, impiegando i criteri procedurali derivanti dallo stesso

²⁶⁴ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale* cit., p. 6.

²⁶⁵ *Idem*, p. 30.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*.

principio di sussidiarietà orizzontale, si dimostri che questi soggetti istituzionali non possano svolgere quelle medesime attività di interesse generale “*meglio di quanto siano in grado di fare i cittadini*” ²⁶⁸.

Con l'intento di chiarire maggiormente quanto si sta esponendo, giova precisare che questo costituzionalista, al fine di contenere la portata potenzialmente dirompente ed espansiva, che il principio di sussidiarietà orizzontale potrebbe assumere, ritiene che quest'ultimo sia soltanto un criterio modale e procedurale.

In particolare, egli sostiene che la disposizione dell'art. 118, ult. c., Cost. contenga un semplice richiamo al principio di sussidiarietà, ma non lo definisca, aggiungendo, inoltre, che sarebbe un errore concettuale pensare che la sussidiarietà consista nel favorire l'autonoma iniziativa dei consociati per lo svolgimento di attività di interesse generale²⁶⁹.

Piuttosto, la sussidiarietà è il principio formale in base al quale lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali osservano la disposizione dell'art. 118, ult. c., Cost.: pertanto, secondo questa interpretazione, la sussidiarietà non è “*il nome che designa il contenuto normativo della disposizione [costituzionale stessa]*” ²⁷⁰.

Con specifico riferimento a quest'ultimo orientamento dottrinale, si ritiene che possa esistere una certa affinità ideale fra questa visione “pura” della sussidiarietà, appena descritta, e la *reine Rechtslehre* teorizzata da Kelsen.

Secondo quest'ultimo filosofo del diritto, la scienza giuridica non può essere contaminata da elementi metagiuridici, quali quelli politici, sociologici o psicologici, ma, invece, essa deve risolvere in termini integralmente

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Idem*, p. 28.

²⁷⁰ *Ibidem*.

normativi tutto ciò che concerne il diritto, come, ad esempio, il diritto soggettivo, il soggetto giuridico e lo stesso Stato²⁷¹.

In conseguenza di tali premesse metodologiche, anche dal punto di vista gnoseologico dell'indagine euristica, Kelsen elimina radicalmente il lato storico-politico della teorizzazione statualistica, focalizzando completamente la propria attenzione conoscitiva soltanto sullo studio del profilo normativo di essa.

Egli rifiuta di considerare l'importanza degli elementi corporativi ed associativi, che esprimerebbero l'omogeneità etico-culturale di un popolo all'interno di una nazione, ma, al contrario, considera il momento sociale come se fosse un *posterius* rispetto alla struttura giuridico-normativa dello Stato, alla quale assegna il ruolo di fattore primario per l'elaborazione scientifica della realtà statuale.

Dunque, Kelsen individua il presupposto ideale del concetto di Stato *“soltanto in un concetto normativo, non in fattualità psicologiche, antropologiche e sociologiche”* ²⁷².

Pur riconoscendo la dignità teoretica della ricostruzione della nozione di sussidiarietà da un punto di vista puramente logico-normativo, ciononostante, si pensa che proprio l'interpretazione sistematica delle disposizioni degli artt. 2-118, ult. c., Cost. - sopra enunciata - non consenta minimamente di sottovalutare l'importanza della dimensione culturale e sociologica, affinché la stessa idea di sussidiarietà orizzontale possa giungere pienamente alla propria concretezza speculativa.

Pertanto, come è stato detto in precedenza, si ribadisce che il contenuto del comando normativo, desumibile *“dalla*

²⁷¹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 63.

²⁷² A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., p. 71.

formulazione del principio o dalla sua deduzione sistematica”²⁷³, consiste in una “*decisione di preferenza*”²⁷⁴, ossia in un giudizio di valore che privilegia l’ambito più vicino agli interessati, favorendo conseguentemente i soggetti privati²⁷⁵.

Per tutte queste ragioni si ritiene preferibile la dottrina che considera la “*concezione pervasiva*”²⁷⁶ quella più idonea ad ispirare la comprensione intellettuale del principio medesimo.

Continuando con l’esame dell’art. 118, ult. c., Cost., un’altra recente dottrina ritiene che lo sviluppo estensivo del principio di sussidiarietà assuma una “*portata dirompente*”²⁷⁷.

Interpretando in senso logico-sistematico gli artt. 5-118, ult. c., Cost., in base a quest’ultimo indirizzo di pensiero, la sussidiarietà orizzontale è considerata un principio prevalentemente relazionale, dal momento che essa disciplina i rapporti fra un insieme di soggetti istituzionali e privati, tutti dotati di autonomia, tra i quali vi sono i

²⁷³ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 21: si pensa che, quando in questo punto della propria opera l’autore parla di “*deduzione sistematica*”, egli faccia riferimento proprio a quell’interpretazione logico-sistematica degli artt. 2-118, ult. c., Cost., interpretazione che Staiano espone, poco prima, a p. 17 della medesima opera.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, dove l’autore afferma che le norme - che sanciscono il principio di sussidiarietà, sia in sede legislativa ordinaria, che in sede costituzionale - sono valutative, dal momento che non derivano da “*descrizioni*”, ma da “*giudizi di valore*”, i quali sono formulati come se fossero principi normativi.

²⁷⁶ *Idem*, p. 22.

²⁷⁷ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, p. 11, in www.astrid-online.it.

cittadini, singoli ovvero associati all'interno delle formazioni sociali, le pubbliche amministrazioni, nonché i vertici politici di queste ultime.

Questa concezione dell'autonomia troverebbe la propria *sedes materiae* nell'art. 5 della Carta costituzionale, il quale garantirebbe l'autonomia di ogni “*articolazione sociale*”²⁷⁸ sia dallo Stato, sia dalla pubblica amministrazione che è diretta emanazione dello Stato, nello stesso modo in cui “*è autonomo un ente locale territoriale nell'organizzazione dei rapporti con la propria comunità di riferimento*”²⁷⁹.

Secondo tale interpretazione, quest'ultima disposizione normativa non si limiterebbe a tutelare l'autonomia intesa, tradizionalmente, come un semplice mezzo di difesa degli enti territoriali, rappresentativi delle comunità locali, nei riguardi del potere centrale - come prescriverebbe nella sua prima parte²⁸⁰ - ma, inoltre, nella sua seconda parte²⁸¹, concepirebbe un'idea di autonomia intesa “*come principio organizzativo generale, come regola dei rapporti fra tutti i poteri pubblici e fra questi e la società nelle sue varie articolazioni*”²⁸².

In conseguenza di ciò, in base a questa lettura ermeneutica degli artt. 5-118, ult. c., Cost., all'interno di una società pluralista si instaurerebbe una varietà di rapporti paritari fra i diversi centri di riferimento di interessi, sia pubblici che

²⁷⁸ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 22.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Art. 5 Cost., dove si afferma che: “*La Repubblica (...) riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; (...)*”.

²⁸¹ *Idem*, dove si afferma che: “*La Repubblica (...) adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*”.

²⁸² G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., p. 12.

privati²⁸³: pertanto, deriverebbe che la sussidiarietà in senso orizzontale, da un lato, e l'autonomia relazionale dei corpi intermedi, dall'altro, siano “*concetti complementari e mutuamente rafforzantesi*” ²⁸⁴.

In questo articolato “*sistema reticolare*” ²⁸⁵, le formazioni sociali diventerebbero il punto di riferimento principale intorno al quale si svilupperebbero le relazioni istituzionali che si instaurano fra il singolo cittadino e lo Stato, dal momento che, come è facile immaginare, i corpi intermedi sarebbero maggiormente preparati e attrezzati a sostenere una proficua e feconda collaborazione con l'autorità politico-amministrativa, rispetto all'individuo isolatamente considerato.

Fermo restando quanto detto fino a questo momento, tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare che, qualora si configurasse questa circostanza appena indicata, sussiste il serio rischio, “*nient'affatto privo di concretezza*” ²⁸⁶, che alcuni corpi intermedi, precisamente quelli dotati di un più forte potere contrattuale a livello sia politico che economico, possano sopraffare le sedi istituzionali della stessa rappresentanza politica, condizionandole pesantemente e, in un certo senso, anche “*efficacemente*”: ciò avverrebbe proprio “*in forza di un'autonomia garantita da un patto quasi sinallagmatico con lo Stato o con i soggetti politici locali: autonomia e risorse verso collaborazione*” ²⁸⁷.

²⁸³ *Ibidem*. Su questa tematica, v. anche G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Cedam, Padova, 1994, p. 275.

²⁸⁴ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale* cit., p. 14.

²⁸⁵ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 23.

²⁸⁶ *Idem*, p. 24.

²⁸⁷ *Ibidem*.

Nella misura in cui quest'ipotesi, tutt'altro che priva di plausibilità, si verificasse concretamente nella vita istituzionale, è ragionevole ritenere che l'effettività del principio costituzionale di sussidiarietà in senso orizzontale possa essere esposta a pericolose deviazioni, nonché a vere e proprie derive verso forme palesi di corporativismo, anche se più o meno occulte e dissimulate in relazione alle diverse circostanze pratiche che si presenterebbero di volta in volta, ma, comunque, pur sempre manifeste all'indagine attenta dell'interprete²⁸⁸.

Nell'intento di sostenere questa nostra posizione critica rispetto a un'interpretazione eccessivamente estensiva del principio di sussidiarietà orizzontale, soprattutto per quanto concerne la possibilità che essa incida negativamente sul carattere democratico e pluralistico della rappresentanza politica, giova ricordare che anche quelle dottrine certamente meno convenzionali, più innovatrici - che interpretano l'amministrazione come l'espressione della società civile, anziché del potere statale, secondo l'originale schema di un'“*amministrazione capovolta*”²⁸⁹ - paaventano il pericolo reale di una “*società corporatista*”²⁹⁰, nella quale il libero gioco del pluralismo delle formazioni sociali possa subire alterazioni patologiche e

²⁸⁸ *Ibidem*. In questo senso, con particolare riferimento alla strumentalizzazione in senso corporativo e autoritario alla quale il principio di sussidiarietà potrebbe essere “piegato”, v. anche C. MILLON-DELSOL, *L'Etat subsidiaire: ingérence* cit., *passim*.

²⁸⁹ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 24; sul concetto di “amministrazione capovolta”, v. anche U. ALLEGRETTI, *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, p. 1, relazione al Club dei Giuristi e Centro Bachelet - Giornata in onore di Giorgio Berti, Roma, 11 novembre 2005, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

²⁹⁰ U. ALLEGRETTI, *Il pensiero amministrativistico* cit., p. 14.

macroscopiche, proprio a causa di realtà corporative miranti essenzialmente al conseguimento del profitto, “*forti nel mondo economico e tali da soverchiare le sedi dell’autogoverno e le forme di autonomia sociale ispirate al principio di solidarietà*” ²⁹¹.

Dunque, poiché il corporativismo minaccia di indebolire il pluralismo dei corpi intermedi, vanificandolo di fatto, sorge la necessità che la libertà della società debba essere coordinata “*con una funzione dell’ordinamento complessivo che ne corregga la rotta*” ²⁹².

Alla luce delle considerazioni sviluppate sino a questo punto, si tratta di individuare alcuni risultati conclusivi delle nostre analisi sulla società civile e, in modo specifico, sul principio di sussidiarietà orizzontale regolato dagli artt. 2-118, ult. c., Cost.

Come si è potuto osservare, le formazioni sociali costituiscono il tentativo di transcendere gli aspetti contingenti della particolarità, sublimandoli in una nuova forma di universalità rispetto a quella originaria e primordiale della famiglia.

Ciò è proprio in sintonia con la teoria hegeliana delle corporazioni, la quale, distaccandosi dal modello liberale originario che presuppone un rapporto diretto fra l’individuo e lo Stato, sembra in certi momenti delineare la moderna comunità intermedia che favorisce l’integrazione e la partecipazione politica dei cittadini²⁹³.

Pertanto, l’individuo, prendendo parte alla vita della formazione sociale, “*non limita la sua originaria libertà*”

²⁹¹ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale* cit., p. 24.

²⁹² G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986, p. 31.

²⁹³ P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1987, *passim*.

²⁹⁴, ma, piuttosto, egli la integra dal momento che *“oltre a trovare in essa garanzia e appagamento ai suoi bisogni, ha una attività consapevole per uno scopo relativamente universale”* ²⁹⁵.

Sebbene, con queste parole, Passerin d'Entrèves si riferisca in modo specifico alla “corporazione” di Hegel, tuttavia, riteniamo che il significato concettuale di quest'ultima formula associativa consista in quella funzione di mediazione fra il singolo individuo, astrattamente considerato, e lo Stato, inteso come un organismo etico-spirituale, funzione che nel nostro ordinamento costituzionale è assolta proprio dalle “formazioni sociali”, nonché “dai corpi intermedi”, in conformità al principio di sussidiarietà orizzontale prescritto dagli artt. 2-118, ult. c., Cost.

Peraltro, giova osservare che, in sede di redazione dell'art. 2 Cost., nella Prima sottocommissione l'on. La Pira propone di inserire, dopo il secondo articolo della Costituzione, una successiva norma che attesterebbe come, storicamente e concettualmente, la stessa formazione sociale affonda le sue radici nella realtà corporativa delle professioni.

Questa proposta, sebbene mai entrata a far parte del nostro ordinamento costituzionale, è la seguente: *“<<In vista dell'attuazione della struttura sociale indicata nell'articolo precedente [l'attuale art. 2 Cost.], verrà disposta per legge l'iscrizione di tutti gli italiani nel libro delle professioni e verrà attribuito a ciascuno, nei modi che la legge stabilirà, un adeguato stato professionale>>”* ²⁹⁶.

²⁹⁴ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 84.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ *La Costituzione della Repubblica* cit., p. 23.

Si precisa che tale progetto incontra la forte obiezione dell'on. Togliatti, il quale, invocando la libertà dei cittadini di scegliere il proprio lavoro in base alle loro aspirazioni e capacità, si domanda in modo polemico: “<<*Quando dovrebbe avvenire questa iscrizione? Quando il cittadino nasce, quando diventa maggiorenne, quando sceglie una professione? (...) Perché stabilire questo registro in cui tutti gli italiani sarebbero incasellati, catalogati e in cui forse si darebbe loro anche un numero?*>>”²⁹⁷.

Alla luce di quanto si è detto in questo paragrafo, tuttavia, si deve stigmatizzare che questa tensione al bene comune è incompiuta, non avendo raggiunto il proprio perfezionamento speculativo.

Ciò deriva dal fatto che la stessa formazione sociale racchiude, in sé, ancora il particolare, seppure quest'ultimo sia “mediato” parzialmente da una forma di universalità costituita dall'interdipendenza reciproca tra bisogni dei singoli individui.

In altre parole, la formazione sociale è certamente liberante rispetto all'arido individualismo, ma nello stesso tempo è, paradossalmente, anche protettiva di questi medesimi interessi particolari, dal momento che essa è, pur sempre, la manifestazione evidente dell'esistenza di un bisogno, sebbene nella fattispecie concreta della singola realtà associativa si tratti di un bisogno che si presenta come qualcosa che è “comune” ai diversi soggetti aderenti ad essa.

²⁹⁷ *Ibidem*. Giova osservare che questa idea della libera scelta del lavoro, secondo le proprie capacità e aspirazioni, formulata da Togliatti, è in sintonia con l'inciso “*secondo le proprie possibilità e la propria scelta*”, presente nell'art. 4, cpv., Cost., dove è prescritto ad ogni cittadino il dovere di svolgere “*un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*”.

Ancora una volta, quest'ultima osservazione sul nostro ordinamento positivo sembra trovarsi in una certa sintonia con la riflessione che Hegel sviluppa sulla teoria dei corpi intermedi, presenti storicamente nella società civile.

Egli sostiene che il fine individualistico - che, in quanto tale, non può che essere orientato sul "particolare" - nella formazione sociale si presenta e si afferma, allo stesso tempo, come un fine "universale"; ma, tuttavia - egli aggiunge - questa sublimazione *ad bonum commune* si verifica unicamente perché nell'associazione gli interessi particolari dei diversi associati sono fra loro uguali ed identici²⁹⁸.

Come sostiene anche la dottrina costituzionalistica, in Hegel il formarsi delle corporazioni esprime l'esigenza di creare un vincolo solidaristico fra i suoi componenti, attribuendo loro una più incisiva soggettività esterna, finalizzata essenzialmente "*al perseguimento di obiettivi di natura economica*"²⁹⁹.

Per questo motivo, tale tipo di universalità, che si realizza concettualmente all'interno della formazione sociale, è soltanto l'esito speculativo derivante dalla comunanza di una pluralità di interessi individuali, i quali sono sempre riferiti, in ultima analisi, ai singoli consociati.

Quanto si è appena spiegato sembra convergere con le stesse parole di Hegel, il quale afferma espressamente che: "*Indem solches an sich Gleiche der Besonderheit als Gemeinsames in der Genossenschaft zur Existenz kommt, faßt und betätigt der auf sein Besonderes gerichtete,*

²⁹⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 408.

²⁹⁹ E. ROSSI, *Le formazioni sociali* cit., p. 12.

selbstsüchtige Zweck zugleich sich als allgemeinen (...)”
300.

Questa proposizione significa che, nel momento in cui l'eguaglianza delle particolarità prende forma all'interno dell'associazione, essendo un elemento comune che lega tra loro gli interessi specifici dei diversi membri della corporazione, contemporaneamente anche lo stesso fine egoistico dei singoli individui, che di per sé sarebbe proiettato sul proprio particolare, si afferma e si coglie come un qualcosa di universale.

A tale proposito, si pensa che non sia del tutto fuori luogo istituire una breve comparazione fra questa nozione di “comunanza” degli scopi particolari, presente nella *Korporation* hegeliana, e un altro tipo di “comunanza” che, invece, sembra emergere dall'idea russoviana di *volonté générale*.

Si ritiene che fra le due forme di “comunanza” esista la seguente differenziazione.

In Rousseau, ciò che è comune è riferito direttamente alla volontà generale, la quale è “*una volontà depurata, avulsa dagli interessi particolari e contrastanti dei votanti, i quali interessi si elidono reciprocamente, proprio per il loro contrasto*”³⁰¹: pertanto, “*resta ciò che vi è di comune, di generale, di valido per tutti*”³⁰².

Nel filosofo ginevrino ciò, che è comune, è finalizzato a trascendere gli interessi individuali, per sostituire le

³⁰⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit.: “Quando tale uguaglianza-in-sé della particolarità, in quanto è elemento comune, accede all'esistenza nell'associazione, allora il fine egoistico orientato sul particolare si coglie e si afferma a un tempo come universale”.

³⁰¹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 26.

³⁰² *Ibidem*.

“singole volontà individuali dominate dalle passioni, dall’istinto, dall’egoismo” ³⁰³, con una volontà generale, la quale *“costituisce una volontà obiettiva, razionale, morale”* ³⁰⁴, dal momento che essa è il *“frutto del sottostante fondo comune”* ³⁰⁵.

Diversamente da ciò che avviene in Rousseau, si pensa che in Hegel la “comunanza”, insita nella formazione sociale, sia limitata a realizzare la convergenza di *“una molteplicità d’individui attorno ad interessi comuni”* ³⁰⁶.

Pertanto, quest’ultimo genere di “comunanza” non assume la valenza di un’universalità razionale e oggettiva - com’è, invece, in Rousseau - ma, al contrario, è soltanto una *“generalità empirica”* ³⁰⁷, mirante a proteggere gli interessi particolari dei consociati secondo l’intento di un autentico spirito corporativo: non è un caso, infatti, che Hegel qualifichi la realtà associativa dei corpi intermedi proprio con il termine di “corporazione” (*“Korporation”* ³⁰⁸).

Terminato questo breve raffronto fra ciò che è considerato “comune” nella filosofia del diritto russoviana, rispetto a quella hegeliana, dall’insieme di tutte le considerazioni formulate si può concludere che la sola formazione sociale, così come è disciplinata dagli artt. 2-118, ult. c., Cost., non è, in sé, in grado di esprimere compiutamente ogni significanza etica di politicità.

Pertanto, lo sviluppo dialettico dell’idea di libertà, nell’universo etico dell’ordinamento costituzionale vigente, non può prescindere da un rapporto necessario con l’ambito

³⁰³ *Ibidem.*

³⁰⁴ *Ibidem.*

³⁰⁵ *Ibidem.*

³⁰⁶ M. ROSSI, op. cit., p. 679.

³⁰⁷ *Ibidem.*

³⁰⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 408.

della realtà politico-statuale, nonché con la sfera della stessa rappresentanza politica che si attua all'interno delle istituzioni democratiche, secondo quanto è prescritto dall'art. 67 della Costituzione.

Conclusioni

Come si è visto per la famiglia, anche il concetto di società civile esprime un processo nel quale l'idea di libertà non si è realizzata compiutamente, dal momento che sussiste una relazione di contraddizione dialettica fra l'elevazione del particolare all'universale, da un lato, e la presenza di elementi privatistico-contrattualistici, dall'altro.

Ciò si è riscontrato sia nella società civile, considerata in senso generale come l'ambito nel quale la persona assume la consapevolezza dell'interdipendenza dei propri bisogni materiali e spirituali da quelli altrui, sia studiando la singola formazione sociale, intesa come la protezione consociativa di un insieme di interessi particolari.

Dunque, da un punto di vista logico-dialettico, è necessario passare ad un'altra sfera dell'ordinamento costituzionale, nella quale gli elementi negoziali siano rimossi definitivamente e, pertanto, l'idea di libertà si possa realizzare nella sua pienezza speculativa: si tratta, ora, di affrontare lo studio dell'istituto giuspubblicistico della "rappresentanza politica", con peculiare riferimento al principio del "mandato libero", così come è prescritto dall'art. 67 Cost.

Paragrafo III

Lo Stato e la rappresentanza politica

§ 1

La concezione organica dello Stato

Nel precedente paragrafo del presente capitolo si è concluso che anche nella società civile, come si è visto a proposito

della famiglia, l'idea etica di libertà non raggiunge il proprio compimento speculativo, poiché la *bürgerliche Gesellschaft* è ancora il “regno della necessità”, nel quale i diritti inviolabili dell'uomo, da un lato, e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, dall'altro, pur relazionandosi all'interno di un rapporto dialettico di mutua interdipendenza fra i bisogni dei consociati, ciononostante, rimangono due momenti della vita etica certamente non del tutto separati, ma, comunque, distinti e contrapposti, secondo la tipica logica sinallagmatica della libertà intesa una volta come “dovere” e una volta come “garanzia”.

Pertanto, in questa fase del suo processo evolutivo, lo sviluppo dialettico della libertà non è ancora arrivato definitivamente al proprio perfezionamento unitario, ma, piuttosto, è come se la stessa libertà fosse “scissa” idealmente in due principi estremi, fra loro antitetici, determinando una vera e propria dicotomia, da un punto di vista concettuale.

Come è stato specificato in precedenza, questi due estremi sono, rispettivamente, la persona concreta con i suoi scopi individuali, da un lato, e il principio universale sul quale si fonda la stessa stabilità dei vincoli *inter homines*, dall'altro. Benché dalle considerazioni conclusive del secondo paragrafo possa risultare un epilogo tendenzialmente problematico intorno al ruolo sussidiario esercitato dalle formazioni sociali, soprattutto in relazione alla loro possibile interferenza nella vita politica delle istituzioni rappresentative nazionali, ciononostante, in questo punto del presente lavoro si intende dimostrare la necessaria rilevanza dei corpi intermedi per la corretta comprensione del sistema del diritto pubblico dello Stato moderno, focalizzando, pertanto, l'attenzione sul primo dei due principi sopra indicati, cioè sulla persona concepita nella sua concretezza e particolarità.

Nel tentativo di fornire una spiegazione adeguata che giustifichi la funzione indefettibile assunta dalla sussidiarietà orizzontale nella moderna società economica, si ritiene di accogliere la tesi di Hegel, secondo il quale all'individuo è riconosciuto il diritto di esprimersi e affermarsi liberamente in ogni ambito della società civile³⁰⁹, cioè, di evolversi in piena autonomia “*nella sfera di quella libertà che il pensiero borghese aveva rivendicato appunto all'iniziativa dell'individuo*”³¹⁰.

Con peculiare riferimento a quest'ultimo aspetto, Hegel sostiene che il principio della personalità autonoma del singolo, nonché della sua inviolabile libertà soggettiva, emerga, in tutta la sua intensità e ampiezza, in un momento storico successivo a quello dell'antica Grecia, deducendo che anche la riflessione filosofica derivante dal concetto di libertà individuale sia cronologicamente posteriore alla formulazione dello stesso pensiero ellenico sull'eticità³¹¹.

Secondo Hegel, la dottrina politica della classicità greca, che trova in Platone uno dei suoi massimi esponenti, non avrebbe mai potuto conferire alcuna valenza di dignità morale al principio proclamante il valore infinito dell'autonomia del singolo individuo: anzi, nel modo più categorico, quest'ultimo filosofo avrebbe escluso “*il principio della <<particolarità autonoma>> (proprietà privata e famiglia) che [, malgrado tutto, aggiungiamo noi,] aveva <<fatto irruzione nell'eticità greca>>*”³¹² ,

³⁰⁹ *Idem*, p. 336.

³¹⁰ M. ROSSI, op. cit., p. 647.

³¹¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., pp. 338 e 340; su questo punto v. anche A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 78.

³¹² M. ROSSI, op. cit., p. 649; su questo punto v. anche G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 338; Hegel ritiene che

attribuendo ad esso un significato negativo, potenzialmente dissolutore dell'ordine politico della *polis* ³¹³.

Nell'esposizione della propria dottrina, Hegel dimostra che l'idea di libertà personale si è affermata, storicamente, molto più tardi rispetto al mondo greco.

Precisamente, egli ritiene che nel corso del processo storico, che segna il cammino di civilizzazione dell'umanità, questa forma di libertà sia stata legittimata dall'avvento del cristianesimo, da un punto di vista interiore e religioso, ottenendo, invece, il proprio riconoscimento giuridico attraverso le istituzioni del diritto romano, da un punto di vista esteriore e sociale³¹⁴.

Bobbio scrive che tra il mondo greco e quello moderno c'è stato il mondo cristiano “*con la scoperta della soggettività, con l'entrata nella storia del principio della libera e infinita personalità*” ³¹⁵.

A tale proposito, giova osservare che anche un'altra dottrina sostiene che, con la diffusione della religione cristiana,

una primissima forma di manifestazione della riflessione autocosciente, rivolta all'ascolto della propria interiorità personale, possa trovarsi già nella filosofia di Socrate e, successivamente, nello stoicismo: a tale proposito, v. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., pp. 264 e 482, nonché M. ROSSI, op. cit., p. 628, dove si dice che il principio socratico e stoico dell'interiorità nascerebbe proprio “<<*in epoche in cui ciò che ha vigore di diritto e di bene, nella realtà e nell'ethos, non può soddisfare la buona volontà*>>”, cioè in quelle epoche nelle quali inizia a emergere una dicotomia fra l'ordine etico esterno e le aspirazioni più profonde della coscienza individuale .

³¹³ PLATONE, *Repubblica*, tr. it., Bompiani, Milano, 2009, *passim*.

³¹⁴ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 338; su questo punto v. anche A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 78.

³¹⁵ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 183.

l'individuo non dipenda più integralmente dalla sola comunità politica per poter realizzare in modo più autentico la propria vocazione umana alla libertà³¹⁶.

Infatti, egli è “*uomo per nascita, per la sua qualità di essere umano*”³¹⁷, a prescindere dalla sua appartenenza all'uno o all'altro gruppo politico di riferimento.

Ancora, nell'interpretazione hegeliana della storia “*la categoria del <<privato>> passa (...) dalla religione (cristiana) al diritto (romano)*”³¹⁸.

Secondo quest'ultima lettura di Bobbio, Hegel dimostrerebbe che sussiste uno stretto legame fra l'“*espansione del diritto romano (che è il diritto privato per eccellenza)*”³¹⁹, da un lato, e il “*sorgere della religione cristiana (che è la religione privata per eccellenza)*”³²⁰, dall'altro.

Com'è stato già anticipato nel corso del presente lavoro³²¹, si vuole ribadire che la visione politica greca nega la stessa possibilità di concepire la sussistenza di un dissidio fra la comunità civile e il singolo individuo, differenziandosi radicalmente dalla quella cristiana.

³¹⁶ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 10.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 88.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ V. *supra* il paragrafo primo dove, in relazione all'importanza assunta dalla vita politica nell'antico mondo ellenico, si dice che la *polis* greca è, al tempo stesso, “Stato” e “Chiesa”. Essa è la fonte non solo della legge giuridica, ma anche di quella morale e religiosa, determinando l'intera vita spirituale dei suoi abitanti, i quali sono solo un riflesso della *polis* e del suo sviluppo. Pertanto, i sentimenti e gli interessi dei singoli individui, che non siano in sintonia con il bene della comunità, si convertono in un male anche per loro stessi.

Per questa concezione pagana l'uomo è, semplicemente, una parte o un elemento della totalità etica costituita dalla *polis*, assumendo la posizione sociale “*che gli è assegnata per la armonia e il buon funzionamento del tutto a cui appartiene*” ³²².

In questa *Weltanschauung* universalistica assai totalizzante nei confronti dell'autonomia individuale, nella quale l'ordinamento politico della *πόλις* è “*per adoperar parole nostre, ad un tempo Stato e Chiesa*” ³²³, un'altra dottrina scrive che, in tale contesto classico, persino la visione scenica di un'opera tragica non sia assolutamente paragonabile e assimilabile “*con il nostro “andare a teatro”*” ³²⁴, come lo percepiremmo noi moderni, ma, innanzi tutto, sia il mezzo adottato dal potere politico-religioso per alimentare una coesione sempre più compatta fra lo Stato e i suoi cittadini.

Per quest'ultimo studioso da noi seguito, nella tragedia greca la poesia, la filosofia e la morale civica si fondono tra loro all'interno di una sacra rappresentazione, organizzata dalla stessa *polis*, alla quale tutta la cittadinanza è invitata ad assistere, come se si partecipasse ad un vero e proprio rituale³²⁵.

Egli continua la propria analisi sostenendo che, all'interno della *polis*, questo genere di rappresentazione spettacolare sia finalizzato a mettere “*a nudo nel modo più crudo i nodi irrisolti, le paure ancestrali e le passioni distruttive che agitano lo spirito pubblico, per rinnovarlo attraverso la visione del male*” ³²⁶.

³²² G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., pp. 9-10.

³²³ *Idem*, p. 9.

³²⁴ G. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 23.

³²⁵ *Idem*, p. 22

³²⁶ *Ibidem*.

Dunque, si tratta di una forma artificiosa di “*pedagogia politica*” ³²⁷, di uno strumento impiegato per suscitare e incentivare lo spirito pubblico, “*cioè la sintesi fra potenza della polis e autonomia del cittadino*” ³²⁸.

Non è uno spettacolo “*per blandire il piacere individuale, come possiamo intenderlo noi*” ³²⁹, ma è un vero e proprio rito dai toni forti e cruenti, organizzato dalla comunità civile con il preciso scopo di “*ottenere effetti catartici e di redenzione dagli incubi collettivi, attraverso pietà e paura indotte negli animi dei cittadini, riuniti a festa nel teatro della città*” ³³⁰.

Alla luce di tali ultime considerazioni, è ammissibile concludere che l’abitante della *πόλις* non abbia tanto consapevolezza della sua peculiare singolarità, che lo distingue dagli altri suoi concittadini, quanto, piuttosto, della sua appartenenza alla comunità politica dalla quale egli riceve quanto di meglio possiede non solo in senso materiale, ma, soprattutto, in senso spirituale³³¹.

In conseguenza di ciò, Hegel si rende conto che l’ideale classico “*des schoenen Sittlichen*” ³³², che si è affermato nel mondo greco, ha sempre considerato lo sviluppo autonomo della particolarità individuale in un’accezione deteriore, come se fosse un pericoloso fattore di corruzione degli antichi costumi morali, tale da indebolire la solidità etico-spirituale dei rapporti civili stabiliti all’interno dell’organizzazione politica.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ *Idem*, p. 23.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 10.

³³² A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 77: “della bella eticità”.

Da quanto è stato appena detto, risulta evidente che il mondo ellenico non abbia mai assegnato un valore eminente e eticamente edificante al principio personalistico della libertà di coscienza.

A causa di questo mancato riconoscimento, Hegel deduce che, nell'antica Atene, l'equilibrio armonico della vita comunitaria sia stato una realizzazione della quale, tuttavia, gli stessi individui non erano interiormente consapevoli, nonostante, nell'orizzonte ideale della grecità, la loro appartenenza alla *πόλις* fosse un'esperienza totalizzante che esaudisse oggettivamente ogni istanza di significanza etica nascente dall'animo umano: tuttavia, per Hegel, si è trattato di una realizzazione incompiuta concettualmente, "*appunto perché inconscia*" ³³³.

Coerentemente con il proprio pensiero filosofico, egli ritiene che la vera eticità possa essere soltanto quella nella quale "*l'individuo abbia coscienza della realizzazione avvenuta*" ³³⁴, cioè assuma pienamente la consapevolezza morale dell'esistenza di un intrinseco legame fra la singola persona umana e la totalità dell'ordinamento etico-politico. Secondo Hegel, l'esperienza storica ha dimostrato che l'ideale greco della *πόλις* - per il quale la comunità politica è l'autentica "*artefice e creatrice dell'uomo, nel significato spirituale della parola, in ciò che l'uomo ha di più proprio e di caratteristico, e in ciò che l'uomo contraddistingue dagli esseri inferiori*" ³³⁵ - si è rivelato insufficiente per la comprensione adeguata della complessità che caratterizza il mondo moderno³³⁶.

³³³ *Ibidem.*

³³⁴ *Ibidem.*

³³⁵ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 9.

³³⁶ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 78.

Conseguentemente, nel sistema giuspubblicistico hegeliano il momento sussidiario della società civile, che si sviluppa attraverso la mediazione dei corpi intermedi, vuole appunto rappresentare “*il riconoscimento pratico della necessità della assoluta particolarizzazione*”³³⁷, coordinato con una consapevole adesione dell’individuo alle finalità superiori della comunità politica.

Per questo motivo, Hegel non riduce l’ideale classico dell’eticità a una dimensione meramente estetizzante, avulsa da ogni relazione con la contemporaneità dell’esistenza umana, come se fosse “*un ideale puramente letterario*”³³⁸ ed astratto, ma, al contrario, cerca di radicarlo profondamente “*nella realtà della vita moderna (fuori di essa lo Stato, dice Hegel, [con un’espressione enfatica, ma efficace,] <<starebbe per così dire buttato in aria>>)*”³³⁹.

Il filosofo tedesco avverte l’esigenza intellettuale di coniugare i principi etici dell’antica *polis* con la realtà dei moderni rapporti economico-sociali, giustificando, in tal modo, l’indefettibilità della funzione sussidiaria assolta dalla società civile: giova rilevare che egli fa ciò, anche a costo di ammettere l’eventualità, tutt’altro che infondata, nella quale “*in questa realtà brutale [dell’ordinamento economico sia] dato di assistere alle forze scatenate dei puri interessi egoistici*”³⁴⁰.

³³⁷ *Ibidem.*

³³⁸ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto* cit., p. 114: l’autore utilizza queste parole riferendosi proprio alla comunità politica dell’antica Grecia, idealizzata da Hegel.

³³⁹ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 78.

³⁴⁰ *Ibidem.*

Quindi, da quanto argomentato, si può concludere che la società civile sia un momento necessario, poiché da essa deriva il principio dell'autocoscienza individuale senza il quale non può realizzarsi pienamente l'equilibrio armonico della vita comunitaria, cioè la sintesi fra il particolare e l'universale.

Dopo aver spiegato che la sussidiarietà orizzontale della *bürgerliche Gesellschaft* è fondamentale per la comprensione adeguata della complessità dello Stato moderno, è necessario commentare la definizione che Hegel dà di quest'ultimo, nella quale egli afferma che: "*Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee*" ³⁴¹.

Tenendo presente quanto è stato appena scritto sull'importanza attribuita alla libertà di coscienza dalla civiltà moderna, quest'ultima proposizione di Hegel significa che l'essenza dello Stato non si riduce a una realtà giuridico-normativa, quasi fosse soltanto un ordinamento statico di norme, ma, piuttosto, è l'*ethos* vivente di un popolo, il quale esprime consapevolmente sé stesso attraverso lo svolgimento dinamico della propria identità vitale: esso si configura come un vero e proprio organismo etico-spirituale che in ogni caso, giova precisare, trova sempre nelle istituzioni politico-statuali il suo principio di razionalizzazione e di composizione unitaria ³⁴².

³⁴¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 416: "Lo Stato è la realtà dell'Idea etica".

³⁴² A proposito della concezione organica dello Stato, v. A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., p. 56, dove si dice che questa filosofia politica, che si afferma principalmente con le *Grundlinien der Philosophie* cit. di Hegel, viene recepita dalla scuola storica di Savigny, ricevendo nell'ambito statualistico una compiuta elaborazione nella dottrina di Bluntschli e di Gierke. Da quanto emerge dal nostro lavoro, è evidente che questa visione dello Stato

Egli definisce lo Stato moderno anche come “*die selbstbewußte sittliche Substanz*” ³⁴³, ossia “*die Vereinigung des Prinzips der Familie und der bürgerlichen Gesellschaft*” ³⁴⁴.

Con queste ultime definizioni, Hegel vuole affermare che l'ordine politico-statuale della modernità è un ordine che non elimina l'eticità della famiglia, delle formazioni sociali, dei corpi intermedi presenti nella società civile, ma, piuttosto, li trasfigura, sublimandoli all'interno di una sintesi speculativa che ha il suo perfezionamento teoretico proprio nella struttura organica dello Stato.

Infatti, per un verso, l'ordinamento giuspubblicistico della statualità conserva il valore intrinseco della famiglia e della *bürgerliche Gesellschaft*, le quali rappresentano le fasi iniziali dello sviluppo dialettico della libertà, accogliendole all'interno del proprio sistema concettuale e portandole a compimento.

Per un altro verso, nel medesimo tempo, l'ordine politico dello Stato rimuove gli aspetti privatistico-negoziali di questi primi due stadi dell'universo etico, che inficiano e rallentano il processo speculativo attraverso il quale il particolare si innalza all'universale.

Come risulta dallo studio della società familiare, in essa l'eticità emerge ancora in una forma naturale, primordiale e inconsistente, la cui debolezza deriva dal fatto di fondarsi

si distingue sensibilmente dal monismo metodologico del normativismo kelseniano, con riferimento al quale v. ancora A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., pp. 68-73.

³⁴³ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 535: “la Sostanza etica autocosciente”.

³⁴⁴ *Ibidem*: “l'unificazione del principio della famiglia e di quello della società civile”.

sull'intuizione emotiva che scaturisce dal sentimento devozionale della *pietas* familiare³⁴⁵.

Al contrario, nello Stato l'eticità si struttura nelle istituzioni politiche del diritto positivo, come quelle della rappresentanza nazionale, diventando l'espressione emblematica di ciò che Hegel ritiene essere “*die politische Tugend*”³⁴⁶, cioè “la virtù politica”.

Giova specificare che nella dottrina hegeliana il passaggio logico-dialettico, che segna la transizione dalla “devozione privata” della famiglia alla “virtù pubblica” dello Stato, si realizza nella misura in cui l'universo politico-statuale divenga il contenuto di una precisa conoscenza, nonché di una responsabile assunzione di consapevolezza da parte del singolo individuo.

Secondo Hegel, è proprio grazie alla funzione svolta dall'autocoscienza personale che la sostanza etica dello Stato si incardina razionalmente nella schema concettuale di “un'universalità, che è un'universalità saputa e conosciuta dall'uomo”: si tratta, cioè, di una forma di universalità che egli definisce espressamente con la locuzione semantica seguente: “*die Form gewußter Allgemeinheit*”³⁴⁷.

Spiegato in altri termini, Hegel sta affermando che non può aversi un comportamento politicamente virtuoso, indirizzato all'assolvimento dei doveri prescritti dai pubblici uffici, se, nello stesso tempo, esso non sia sostenuto dalla coscienza di essere parte integrante di una totalità politico-statuale, appartenendo alla quale un popolo libero

³⁴⁵ V. la storia di Antigone nel paragrafo primo, a proposito del diritto naturale della famiglia.

³⁴⁶ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 416.

³⁴⁷ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 535: “la forma di un'universalità saputa”.

realizza il proprio destino lungo l'evolversi del processo storico.

Poiché condividiamo quest'ultima interpretazione dello Stato moderno, riteniamo che sia necessaria la mediazione dei corpi intermedi per la formazione della coscienza soggettiva, nell'ambito dei quali il singolo uomo, con il proprio patrimonio di conoscenze, di esperienze, nonché con la propria attività concreta, finalizza lo svolgimento della propria personalità verso una forma di politicità che ha il proprio compimento definitivo nelle istituzioni statuali previste dal diritto positivo³⁴⁸.

Per questa ragione, la virtù politica è la manifestazione simbolica di una volontà oggettiva finalizzata al perseguimento dell'interesse generale della comunità, differenziandosi dalla società civile nella quale, invece, il bene comune, più che lo scopo principale dell'organizzazione economica, è piuttosto l'esito di una mediazione risultante dalla necessaria interdipendenza fra i diversi bisogni particolari dei consociati, la soddisfazione dei quali costituisce il fine principale della *bürgerliche Gesellschaft*.

A tale proposito, in relazione a quanto appena indicato, è essenziale sottolineare che la realizzazione concettuale della *salus populi* implica che quest'ultima sia uno scopo al quale la volontà debba rivolgersi per poter esercitare validamente la virtù politica, tanto che Hegel scrive, testualmente, che

³⁴⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 416, dove Hegel dice che lo Stato, se ha la propria esistenza "immediata" nell'*ethos* del popolo, tuttavia, ha la propria esistenza "mediata" nell'autocoscienza, nel sapere e nell'attività del singolo individuo.

“die politische Tugend [ist] das Wollen des an und für sich seienden gedachten Zweckes” ³⁴⁹.

Con queste parole, egli intende affermare che la virtù politica corrisponde a una volontà indirizzata a un fine “pubblico”, il quale, proprio perché è tale, deve essere innanzitutto “un fine pensato”, cioè deve essere assunto dall’autocoscienza come un proprio fine etico verso il quale tendere; evidentemente, è superfluo rilevare che qui non si sta parlando del conseguimento di uno tra i tanti fini particolari della *bürgerliche Gesellschaft*, bensì dello scopo razionale e oggettivo che si realizza soltanto nello Stato, scopo che Hegel qualifica espressamente con il profilo semantico seguente: “il fine essente-in-sé-e-per-sé”.

Dunque, nella dottrina hegeliana la ragione, cioè lo Spirito oggettivo, “*si concretizza nell’ordine degli scopi e l’ordine degli scopi nell’organismo statale che è appunto lo <<spirito nella sua realtà sostanziale>>, <<la realtà dell’idea etica>>*” ³⁵⁰; in questo modo, la legge morale, che sino a Kant è ancora l’orizzonte esterno dell’attività statale e delle relazioni internazionali, “*diventa etica di una nazione e si ritira tutta nella realtà statale*” ³⁵¹.

Da questa serie di considerazioni risulta evidente che nello Stato si completa lo sviluppo dialettico dell’idea di libertà, quel livello di libertà che, come scrive la dottrina, l’uomo non raggiunge “*se non vivendo nel concreto mondo etico*” ³⁵².

³⁴⁹ *Ibidem*: “la virtù politica è il volere rivolto al fine pensato, al fine essente-in-sé-e-per-sé”.

³⁵⁰ A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., p. 255.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 85.

Si tratta della libertà “*in quanto universale concreto*”³⁵³, dove avviene il compimento definitivo della vera unità fra ciò che è universale e ciò che è particolare, tanto che Passerin d’Entrèves prosegue affermando che come “*un tempo le leggi e gli ordinamenti delle città e delle nazioni si chiamavano le libertà, così è oggi dello Stato*”³⁵⁴.

Dalla nostra interpretazione di Hegel sembra emergere che il processo itinerante della libertà giunga al suo apice speculativo soltanto nel momento in cui la volontà sostanziale del *Volksgeist* si evolva al punto tale da divenire, essa stessa, l’espressione manifesta di una vera e propria forma di autocoscienza, la quale, proprio perché è consapevolezza di sé, non può che essere auto-evidente a sé medesima: in un certo senso, parafrasando lo stesso Hegel, l’autocoscienza può essere considerata una forma progredita di “volontà, che si pensa e si sa” (“*Wille, der sich denkt und weiß*”³⁵⁵), portando a compimento “ciò che sa e nella misura in cui lo sa” (“*das, was er weiß, und insofern er es weiß*”³⁵⁶).

Pertanto, l’eticità sentimentale della *pietas* familiare si converte nella virtù politica dell’universo statuale, nella misura in cui quest’ultimo sia un’universalità “pensata”. Ciò implica l’importanza dell’autocoscienza dell’individuo, il quale deve assumere consapevolezza di essere parte costitutiva di una totalità organica che si concretizza nelle istituzioni politiche dello Stato moderno, fra le quali vi sono

³⁵³ *Ibidem.*

³⁵⁴ *Ibidem.*

³⁵⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 416.

³⁵⁶ *Ibidem.* V. *supra* il presente paragrafo dove si dice che, in Hegel, lo Stato è l’*ethos* vivente di un popolo, che esprime consapevolmente sé stesso, configurandosi come un vero e proprio organismo etico-spirituale.

quelle della rappresentanza parlamentare, come si vedrà in seguito nel corso di questo lavoro.

Sostanzialmente, Hegel sta ripetendo che nella modernità il senso di appartenenza alla comunità etica di un popolo presuppone che l'uomo assuma, prima di tutto, coscienza di sé: ma, affinché quest'ultima condizione si verifichi effettivamente, è necessario, a sua volta, che l'armonia sentimentale della famiglia si disgreghi in una pluralità di individui, i quali affermino ognuno la loro autonomia e particolarità.

Ciò giustifica l'esistenza della *bürgerliche Gesellschaft* come l'ambito in cui l'uomo, separandosi dall'*ethos* naturale della comunità domestica, acquisisce per la prima volta la consapevolezza del valore intrinseco della propria personalità, nonché della sua irripetibile unicità.

Alla luce delle riflessioni formulate nella presente fase di questo lavoro, si può giungere al seguente risultato conclusivo.

Da un lato, come è emerso dalle analisi precedenti, è evidente che la volontà individuale non possa costituire il principio fondatore della volontà statuale, dal momento che la filosofia politica giusnaturalistica sull'origine dello Stato, confutata decisamente e costantemente da Hegel, è razionalmente inconsistente a causa della sua concezione contrattualistica.

Dall'altro lato, tuttavia, non ci si può esimere dall'osservare che nella modernità la stessa volontà dello Stato non è pensabile, da un punto di vista teoretico, “*se non passa attraverso la volontà del singolo*”³⁵⁷, ossia se quest'ultimo

³⁵⁷ G. DUSO, *La rappresentanza politica e la sua struttura speculativa nel pensiero hegeliano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 1989, 18, p. 63.

non partecipi alla formazione di quella medesima volontà e non abbia coscienza del contributo fondamentale di questa sua partecipazione.

Dunque, la consapevolezza di ciascuno del suo apporto partecipativo alla volontà universale è proprio ciò che consente la compenetrazione degli interessi particolari dei singoli con l'interesse generale della comunità politica³⁵⁸.

In conclusione, si ritiene che la volontà soggettiva, pur non essendo costitutiva dell'ordinamento statuale, è, tuttavia, una condizione essenziale della sua esistenza, dal momento che lo Stato moderno, a differenza della comunità politica dell'antica *πόλις*, esige che la realizzazione dell'armonia della vita etica, per essere compiuta, sia l'oggetto di una matura assunzione di consapevolezza da parte dell'individuo, attraverso la quale egli riconosca coscientemente di essere componente attiva e integrante di questa totalità universale.

In base a queste considerazioni, in un certo senso si potrebbe dire che la negazione organicistica della priorità assiologica della volontà individuale - considerandola un *posterius* rispetto allo Stato, a differenza di quanto sostiene il contrattualismo giusnaturalistico - finisca per esaltarne, paradossalmente, la sua stessa indefettibilità per la comprensione adeguata della complessità che contraddistingue l'organizzazione politica moderna.

Il senso profondo di questa dinamica relazionale fra l'universale e il particolare è riassunto emblematicamente da questa importante affermazione di Hegel, secondo il quale: *“Das Prinzip der modernen Staaten hat diese ungeheure Stärke und Tiefe, das Prinzip der Subjektivität sich zum selbständigen Extreme der persönlichen*

³⁵⁸ In tale senso, v. ancora *Idem*, p. 60.

Besonderheit vollenden zu lassen, und zugleich es in die substantielle Einheit zurückzuführen und so in ihm selbst diese zu erhalten” ³⁵⁹.

Con quest’ultima frase, Hegel vuole evidenziare la razionalità intrinseca dello Stato moderno, in virtù della quale l’idea etica di libertà raggiunge, definitivamente, il proprio perfezionamento speculativo.

Precisamente, da un lato Hegel sta affermando che l’immane forza e profondità dell’ordine statale consiste nel rispetto assoluto del principio di soggettività, lasciando che quest’ultimo si compia fino al culmine della particolarità personale attraverso i momenti etici della famiglia e della società civile: in tale modo, lo Stato moderno si distingue dallo Stato dell’antichità greca, “*nel quale l’universalità era tutto*” ³⁶⁰.

Dall’altro lato, nello stesso tempo egli afferma che lo Stato moderno è potente proprio perché è in grado di ricondurre quel medesimo principio individualistico all’universalità concreta delle istituzioni politiche previste dal diritto positivo, coordinando tra loro il particolare e l’universale all’interno di una sintesi dialettica nella quale l’idea etica di libertà raggiunge il proprio perfezionamento speculativo.

Giova osservare che, per Hegel, lo Stato moderno realizza questa unità fra il particolare e l’universale soltanto mediante la garanzia positiva dei diritti individuali, sia

³⁵⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 428: “Il principio degli Stati moderni ha questa immane forza e profondità: esso fa sì che il principio della soggettività si compia fino all’estremo autonomo della particolarità personale, e, a un tempo, lo riconduce nell’unità sostanziale, conservando così quest’ultima in quel principio stesso”.

³⁶⁰ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 85.

nell'ambito della società coniugale, sia, soprattutto, nell'ambito della *bürgerliche Gesellschaft*, dove l'uomo inizia a sviluppare, gradualmente, la propria personalità e ad acquisire una coscienza sempre più profonda della propria autonomia e particolarità, presupposti indispensabili, come si già visto, affinché l'individuo consideri se stesso come una parte autocosciente di un più vasto organismo etico-spirituale, quale è lo Stato³⁶¹.

Condividendo quanto la dottrina sostiene, siamo d'innanzi all'espressione più eminente dell'organicismo hegeliano, consistente nel “*rendere l'individualità ed i sistemi di essa (famiglia e società civile) membri dell'organismo, o Intero, statuale*”³⁶², attraverso il riconoscimento e la giustificazione del loro valore nel concreto mondo politico. Poiché nella modernità l'eticità, per potersi realizzare perfettamente, esige di essere “riconosciuta” dai singoli individui, diventando il contenuto specifico di un'autentica assunzione di consapevolezza, allora, in conseguenza di ciò, gli stessi individui, consapevoli del valore incommensurabile della propria personalità, non vivono più in modo meccanicistico, come se fossero soggetti privati tesi unicamente al conseguimento dei propri interessi particolari, come accade ancora nella *bürgerliche Gesellschaft*, ma, al contrario, finalizzano volontariamente la loro attività etica in funzione dell'interesse universale, sentendosi parte essenziale di una più vasta totalità organica³⁶³.

A differenza del liberalismo contrattualistico, nella dottrina hegeliana il bene comune dell'ordine politico non è più percepito come un sacrificio e un ostacolo all'esercizio della

³⁶¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 428.

³⁶² M. ROSSI, op. cit., p. 693.

³⁶³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 428.

libertà, ma, piuttosto, diventa un fine voluto e perseguito dall'individuo, dal momento che egli si rende conto di avere “oggettività, verità ed eticità” ³⁶⁴, soltanto nella misura in cui sia membro dello Stato.

Poiché nel mondo moderno l'uomo “è <<onorato nella sua interiorità>>, cioè in quanto razionale” ³⁶⁵, si deduce, quindi, che “diritto e dovere si identificano, e ciò che lo Stato esige come dovere è anche immediatamente il diritto della individualità” ³⁶⁶.

Alla luce di queste considerazioni, si può concludere che lo Stato è “*die Wirklichkeit der konkreten Freiheit*” ³⁶⁷, ossia la realizzazione in termini concettuali dell'idea etica di libertà, che si attua sia nell'individuo, a livello interiore, sia nelle istituzioni politiche del diritto positivo, a livello esteriore³⁶⁸.

Dal momento che aderiamo alla dottrina organica dell'ordinamento statuale, elaborata da Hegel, conseguentemente riteniamo che sia razionalmente inadeguata una concezione atomistica e individualistica di ascendenza russoviana, secondo cui il fondamento della società politica sarebbe un contratto associativo aderendo al quale “*tout participant est souverain pro partibus indivisis, c'est-à-dire pour la fraction qu'il représente*” ³⁶⁹.

³⁶⁴ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 86.

³⁶⁵ *Idem*, p. 85.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 428: “la realtà della Libertà concreta”.

³⁶⁸ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 85.

³⁶⁹ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique de la représentation politique*, p. 17, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Chevalier-Marescq et C., Paris, 1895, in

Riteniamo che la nostra *Weltanschauung* universalistica implichi un'accezione comunitaria di "popolo", nella quale esso non sia visto, in senso contrattualistico, come la semplice somma di tante capacità individuali, considerate singolarmente, avulse da ogni rapporto con la concretezza della vita etica, ma sia concepito come il raggruppamento organico dei cittadini nell'ambito di uno Stato nazionale, distinto secondo criteri eterogenei di classificazione interna di tipo economico, civile, professionale, biologico-naturale, che "*s'affirme comme une unité nationale vis-à-vis des autres peuples*" ³⁷⁰.

Da quest'ultima definizione risulta chiaramente che in questa filosofia politica organicistica esiste una profonda relazione di corrispondenza reciproca fra il concetto di "popolo" e quello di "Stato".

Precisamente, da un lato, il popolo trova nello Stato la propria personalità giuridica, che lo distingue da una semplice *multitudo* priva di una sua dimensione politico-istituzionale: nello stesso tempo, dall'altro lato, lo Stato rinviene nel popolo l'elemento sostanziale che lo costituisce materialmente, in modo tale che il proprio diritto divenga diritto positivo, ossia diritto realmente vigente, nonché effettivamente osservato dagli attori presenti sulla scena sociale³⁷¹.

gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, ripubblicato tradotto con il titolo *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 417-456.

³⁷⁰ *Idem*, p. 20.

³⁷¹ In tale senso, v. *Ibidem*, dove l'autore, con particolare riferimento allo stretto rapporto esistente fra i concetti di "Stato" e di "popolo", scrive espressamente che: "*Ce point est si connu dans notre science, qu'il n'est pas nécessaire d'y insister*".

Siamo d'accordo con il pensiero di Orlando, secondo il quale, nella modernità, il modo giuridicamente più appropriato di intendere i concetti di "popolo" e di "Nazione" consiste nel considerarli, dal punto di vista della loro area di significanza semantica, come le espressioni equivalenti della parola "Stato", dal momento che è proprio nell'ordinamento politico-statuale "*que le peuple trouve sa véritable expression comme unité juridique*" ³⁷².

In questa visione organicistica nella quale popolo e Stato sono *unum et idem*, non sembra sussistere alcuna soluzione di continuità tra la dottrina di Orlando, ora indicata, e quella di Hegel, sopra spiegata.

Anche quest'ultimo filosofo nega categoricamente che il popolo in quanto tale, inteso cioè come una massa anonima composta da singoli individui legati unicamente da vincoli di natura negoziale, possa essere il titolare della sovranità, tanto che egli afferma: "*gehört die Volkssouveränität zu den verworrenen Gedanken, denen die wüste Vorstellung des Volkes zugrunde liegt*" ³⁷³.

Come si è già osservato in relazione alla posizione di Orlando, pure Hegel ritiene, in modo condivisibile, che il popolo esista in quanto tale soltanto nel momento in cui esso si organizza costituzionalmente, articolandosi strutturalmente nella totalità organica della realtà dello Stato, attraverso gli istituti etici previsti dal diritto positivo, quali sono il potere d'imperio, il governo nazionale, le diverse autorità civili presenti nei vari ambiti dell'ordinamento politico-istituzionale, i corpi intermedi che compongono la società civile, cessando, così, di essere

³⁷² *Idem*, p. 23.

³⁷³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 478: "la sovranità popolare appartiene a quei pensieri confusi che hanno per fondamento una rappresentazione "rozza" del popolo".

quell'astrazione vaga, indeterminata e atomistica, che secondo il senso comune viene, erroneamente, denominata con il termine di "popolo".

Con particolare riferimento a questa visione organicistica della comunità popolare, giova rilevare che, come sostiene Bobbio, essa influisce notevolmente anche sullo stesso modo di intendere l'idea di Costituzione, distinguendosi radicalmente dal costituzionalismo liberale di Constant.

Quest'ultimo intellettuale francese, "*per il quale la teoria della costituzione è prima di tutto una teoria della libertà*"

³⁷⁴, interpreta la Costituzione essenzialmente come la garanzia delle libertà individuali, tanto che pensiamo che il dato di diritto positivo, che esprime la relazione fra questa forma di costituzionalismo e la tutela dei diritti civili, sia certamente rinvenibile nell'*Article 16 della Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, ai sensi del quale: "*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée (...) n'a point de Constitution*" ³⁷⁵.

Riteniamo invece che il costituzionalismo conservatore di Hegel sia, piuttosto, "*una teoria della costituzione come fondamento dell'unità statale*" ³⁷⁶: in altre parole, per questo filosofo il problema costituzionale è "*un problema*

³⁷⁴ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 83; per quanto concerne la dottrina del costituzionalismo liberale, v. B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes: discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819*, tr. it., Einaudi, Torino, 2005, *passim*; nonché J.S. MILL, *On liberty*, tr. it., Est, Milano, 1999, *passim*; nonché F.A. VON HAYEK, *The constitution of liberty: the definitive edition*, University of Chicago press, Chicago-London, 2011, *passim*.

³⁷⁵ www.legifrance.gouv.fr.

³⁷⁶ N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto cit.*, p. 83.

*non di libertà ma, prima di tutto, di unità [all'interno dello Stato]"*³⁷⁷.

Secondo questa interpretazione di Bobbio, la Costituzione diventa il principio dialettico attraverso il quale la frammentazione della *bürgerliche Gesellschaft*, divisa in gruppi portatori di interessi differenti, spesso antitetici e in conflitto tra loro, ritrova la propria ricomposizione unitaria all'interno di una totalità organica: essendo un criterio di unificazione che realizza una sintesi speculativa, la Costituzione “è il *medium* attraverso cui il momento della società civile viene superato nel momento successivo e superiore dello stato”³⁷⁸.

Quindi, il concetto hegeliano di Costituzione, al quale noi ci ispiriamo in questo nostro lavoro, non si riduce alla generica *Konstitution*, cioè all'idea liberale e ottocentesca della Carta costituzionale che si limita a garantire i diritti dei consociati nei confronti del titolare del potere politico, bensì assume il significato più pregnante di *Verfassung*, indicando specificatamente “la reale e complessa organizzazione di un intero, l'insieme articolato delle sue strutture sociali e politiche”³⁷⁹.

Alla luce di tali considerazioni, si è dell'opinione che, sebbene l'aggregato di soggetti privati sia spesso chiamato “popolo”, in verità, esso, in quanto è un aggregato, è soltanto un *vulgus*, che esprime una situazione caratterizzata dall'assenza di giuridicità, eticità e razionalità, nella quale il così detto “popolo” è percepito soltanto come “*eine unförmliche, wüste, blinde Gewalt*”³⁸⁰.

³⁷⁷ *Idem*, p. 82.

³⁷⁸ *Idem*, p. 74.

³⁷⁹ G. DUSO, *La rappresentanza politica* cit., p. 73.

³⁸⁰ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 544: “un potere informe, sregolato, cieco”.

Hegel censura quell'impostazione contrattualistica che, anziché identificare correttamente il popolo in una totalità etica organizzata politicamente all'interno di uno Stato, lo confonde con i "molti", cioè con i "singoli", i quali, come egli ammonisce, sono certamente un insieme, ma inteso soltanto come una moltitudine amorfa, priva di organicità e di unitarietà³⁸¹.

Da un punto di vista teoretico, quest'ultima concezione particolaristica non può costituire il fondamento stabile e legittimo della comunità politica, poiché, se così fosse, lo Stato si ridurrebbe ad essere nient'altro che "*un derivato convenzionale*"³⁸², tipicamente giusnaturalistico e, quindi, la vita civile sarebbe influenzata prevalentemente dall'arbitrio, dall'opinione e dall'accidentalità del singolo individuo³⁸³.

In altri termini, ciò significa che all'interno dello Stato una potenza politica, com'è lo spirito del popolo, agisce come tale unicamente nella misura in cui essa sia già una totalità organica sin dall'inizio, non potendo manifestarsi in modo informe e disarticolato, secondo il principio contrattualistico della pluralità della massa e della moltitudine indiscriminata³⁸⁴.

Come nelle sfere precedenti della famiglia e della società civile si assiste al superamento di quella visione astratta e atomistica basata su tanti singoli individui collocati gli uni accanto agli altri, tanto che in esse "*der einzelne nur als*

³⁸¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 508, dove il filosofo afferma che l'espressione "i Molti" ("*die Vielen*") si riferisce sempre a un'universalità empirica, concettualmente indeterminata.

³⁸² M. ROSSI, op. cit., p. 644.

³⁸³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 514.

³⁸⁴ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 544.

Mitglied eines Allgemeinen zur Erscheinung kommt”³⁸⁵, così, in modo ancora più considerevole, lo Stato è, essenzialmente, una realtà organica di cerchie comunitarie, al di fuori della quale il popolo “*ist die formlose Masse, die kein Staat mehr ist*”³⁸⁶.

Questa lettura ermeneutica del pensiero hegeliano è accolta anche da un'altra dottrina più recente, secondo la quale “*ove le comunità si risolvessero, nelle cerchie del campo politico, in una moltitudine d'individui, si separerebbero l'una dall'altra la vita civile e politica, e si ridurrebbe quest'ultima all'accidentalità, all'arbitrio ed all'opinione*”³⁸⁷: perciò, anche per quest'ultimo indirizzo, “*Hegel, dunque, si oppone alla <<separazione>> di società civile e Stato politico*”³⁸⁸.

Quest'interpretazione è seguita anche da un altro autore, il quale afferma che, sebbene Hegel distingua concettualmente la *bürgerliche Gesellschaft* dallo *Staat*, tuttavia non li separa, a differenza della contrapposizione liberale che attraversa tutto l'Ottocento, ma, al contrario, li concepisce strettamente legati tra loro, tanto da assimilare lo Stato hegeliano a una “*cerchie di cerchie, che comprende in sé gli altri momenti, senza dei quali non sarebbe a sua volta concepibile*”³⁸⁹.

³⁸⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 514: “il singolo giunge a manifestarsi soltanto come membro di un universale”.

³⁸⁶ *Idem*, p. 478: “è la massa amorfa che non costituisce più nessuno Stato”.

³⁸⁷ M. ROSSI, op. cit., pp. 745-746.

³⁸⁸ *Idem*, p. 746.

³⁸⁹ G. DUSO, *La rappresentanza politica* cit., p. 62.

§ 2

Il libero mandato parlamentare

Giunti a questo punto del nostro lavoro, riteniamo che da questa concezione organica dello Stato discendano alcune conseguenze rilevanti in tema di rappresentanza politica, che consentono di formulare una lettura interpretativa del principio del divieto del vincolo di mandato, sancito dall'art. 67 della Carta costituzionale, in relazione al principio di sussidiarietà orizzontale previsto dagli artt. 2-118, ult. c., Cost.

Precisamente, studiando il diritto costituzionale vigente, intendiamo stigmatizzare quanto sia razionalmente inadeguata la teoria contrattualistica che assegnerebbe alla rappresentanza politica dello Stato moderno un fondamento privatistico, confondendola con la rappresentanza volontaria disciplinata dal diritto civile.

La dottrina dei filosofi giusnaturalisti applica le categorie dogmatiche del diritto privato alla sfera della “statualità”, con particolare riferimento alle istituzioni politiche di diritto positivo nelle quali si radica la rappresentanza politica: pertanto, quest'ultima è costruita secondo gli schemi concettuali della rappresentanza diretta, legata alla tradizione romanistica *de iure civili*.

Come scrive Miglio, “*teoria contrattualistica (...) e dottrina della rappresentanza vanno di pari passo. La rappresentanza è una conseguenza del tentativo di interpretare il rapporto di obbligazione politica come un contratto*”³⁹⁰.

Ai fini della presente indagine euristica, quest'ultima tecnica rappresentativa di derivazione romanistica può essere definita, nei suoi tratti essenziali, come un istituto

³⁹⁰ G. MIGLIO, op. cit., II. *Scienza della politica*, p. 216.

mediante il quale ad un soggetto, detto rappresentante, è attribuito dall'interessato un apposito potere di sostituirsi ad un altro soggetto, detto rappresentato, nel compimento di un'attività giuridica per conto di quest'ultimo e con effetti diretti nella sua sfera giuridica³⁹¹.

Ovviamente, l'immediatezza degli effetti giuridici della rappresentanza volontaria presuppone la sussistenza di una procura o di una delega, cioè di un negozio unilaterale, per la cui efficacia non occorre l'accettazione del procuratore, con il quale una persona attribuisce ad un'altra il potere di rappresentarla al fine di rendere noto ai terzi, con i quali il rappresentante entrerà in contatto per assolvere l'incarico ricevuto, che egli è autorizzato dal rappresentato ad agire in suo nome³⁹².

Il funzionamento di questa forma di rappresentanza implica, necessariamente, la stipulazione di un contratto di mandato tra rappresentato e rappresentante, cioè di un accordo con il quale una parte, il mandatario, assume l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte, il mandante³⁹³.

Com'è validamente sostenuto dalla dottrina, sia in ambito giuspubblicistico che politologico³⁹⁴, l'applicazione pratica

³⁹¹ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., p. 200, dove, secondo questi autori, se ad un soggetto è attribuito il potere di ricevere atti o prestazioni in nome del rappresentato, si parla, invece, di rappresentanza "passiva"; per una maggiore completezza della nostra esposizione, a mero titolo informativo, giova rilevare che, accanto alla rappresentanza volontaria, c'è quella legale in cui il potere di agire in nome altrui deriva dalla legge, anziché dall'interessato: *Idem*, p. 203.

³⁹² *Idem*, p. 204.

³⁹³ *Idem*, p. 541.

³⁹⁴ Sul tema dell'applicazione della rappresentanza privatistica alle istituzioni politico-statuali, si vedano: 1) per il diritto pubblico, V.E.

della rappresentanza negoziale ai sistemi politici risale all'età medievale, culminando nei secoli XIV-XV, nel corso dei quali il monarca, sebbene sia ancora il fulcro attorno al quale si concentra il potere assoluto, si avvale di organi di rappresentanza denominati "stati", "(*Stände*)" ³⁹⁵.

Si tratta della convocazione, da parte del sovrano, di assemblee divise per grandi ceti, nelle quali sono presenti i rappresentanti del clero, della nobiltà e della borghesia, al fine di interrogarli ascoltando il loro parere su determinate questioni, "*dunque per meglio pilotare l'azione di governo*" ³⁹⁶.

Concettualmente, la rappresentanza *de iure privatorum* configura un'assemblea parlamentare costituita da numerosi mandatarî o delegati rappresentanti delle classi economiche, nonché dei diversi gruppi diffusi nella società civile, dando origine a una vera e propria rappresentanza cetuale, che identifica il così detto *Ständestaat*, ossia lo "*Stato organizzato per ceti*" ³⁹⁷.

Benché inizialmente lo scopo principale di queste assemblee rappresentative non fosse tanto quello di discutere problemi tributari, bensì questioni di politica militare ³⁹⁸, successivamente, nel tardo Medioevo "*l'<auxilium>> chiesto nelle assemblee diventò*

ORLANDO, *Du fondment juridique* cit., pp. 1-39; nonché, 2) per la scienza della politica, G. MIGLIO, op. cit., II. *Scienza della politica*, pp. 215-239.

³⁹⁵ G. MIGLIO, op. cit., II. *Scienza della politica*, p. 219.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ G. MIGLIO, *Le trasformazioni del concetto di rappresentanza*, in Id., *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, II, Giuffrè, Milano, 1988, p. 981.

principalmente aiuto finanziario, nel senso pecuniario”³⁹⁹, convertendosi nel dibattito per determinare la misura relativa dei sussidi economici richiesti dal sovrano, controllandone la destinazione, “*de manière que le préjudice souffert par ceux qui le devaient fût aussi faible que possible*”⁴⁰⁰.

In conseguenza di questo rapporto sinallagmatico articolato in base a un *do ut des*, secondo la tipica relazione di uno scambio contrattuale, il deputato è un vero e proprio rappresentante che agisce in qualità di mandatario in nome e per conto della classe o della corporazione rappresentata, la quale, a sua volta, agisce in qualità di parte mandante e rappresentata.

Strutturalmente, il carattere privatistico di questo tipo di rappresentanza emerge dalla natura cogente del mandato, la cui imperatività si traduce sia nella presenza di un documento scritto, detto *cahier*⁴⁰¹, sia nella pattuizione di una retribuzione pecuniaria da parte dei mandanti nei confronti dei mandatari⁴⁰².

Questa delega vincolante giuridicamente è tale per cui, da un lato, essa erige i corpi intermedi rappresentati a veri e propri *domini*, e, dall'altro, considera i rappresentanti come se fossero esecutori di direttive provenienti *aliunde*, con un potere assai ridotto di valutazione discrezionale, se non

³⁹⁹ *Idem*, p. 982.

⁴⁰⁰ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique* cit., p. 5.

⁴⁰¹ A tale proposito, G. MIGLIO sostiene che in alcuni paesi, come, ad esempio, la Francia pre-rivoluzionaria della monarchia amministrativa, il mandato imperativo si concretizzi in un vero e proprio documento scritto, cioè in un *cahier*: *Id.*, op. cit., *II. Scienza della politica*, pp. 219-220.

⁴⁰² *Idem*, p. 220; inoltre, sempre sul carattere oneroso del mandato imperativo, v. anche *Id.*, *Le trasformazioni del concetto* cit., p. 986.

addirittura inesistente, tanto da trasformarli, in alcuni casi, in autentici *nuntii*, cioè in commissari la cui funzione è limitata alla trasmissione materiale a terzi delle dichiarazioni provenienti da un altro soggetto.

Dunque, la rappresentanza politica nasce storicamente come un mandato, poiché prima dell'avvento della Rivoluzione francese - a seguito della quale "*le pouvoir souverain apparaît dans le rapport direct et immédiat avec le <<sujet>> individuellement considéré dans ses droits et dans ses devoirs*" ⁴⁰³ - il fondamento costitutivo dell'organizzazione della società politica non è ancora una comunità di individui considerati uguali di fronte alla legge ⁴⁰⁴, ma è un insieme di formazioni sociali minori, corrispondenti ad una determinata classe come, per esempio, il clero, l'aristocrazia alta e bassa, la borghesia, le corporazioni professionali, industriali, commerciali e artigiane ⁴⁰⁵.

Con peculiare riferimento alla Francia prerivoluzionaria, questi organismi cetuali dell'Antico Regime non solo si differenziano in base alla divergente origine economico-sociale, ma, inoltre, le stessa normativa della loro disciplina si presenta diversa nelle varie zone territoriali del Regno ⁴⁰⁶.

⁴⁰³ V.E. ORLANDO, *Du fondment juridique* cit., p. 6.

⁴⁰⁴ F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in S. ROGARI (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze University Press, Firenze, 2006, p. 11, dove l'autore dice che la Rivoluzione francese stabilisce un'eguaglianza formale dei cittadini per quanto riguarda il loro diritto al voto, sebbene rimangano ancora alcune differenziazioni basate sulla capacità censitaria.

⁴⁰⁵ V.E. ORLANDO, *Du fondment juridique* cit., p. 5.

⁴⁰⁶ F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza* cit., p. 11.

Dal momento che il deputato ha l'obbligo giuridico di rappresentare soltanto interessi "particolari", vigilando sulla loro tutela da parte del monarca, è gioco forza che i poteri di questi mandatarî siano giuridicamente limitati dallo scopo stesso per il quale è conferito loro tale incarico dai propri deleganti: come scrive ancora Orlando, "*cette limitation apparaît d'une façon manifeste dans les fameux cahiers des députés français, cahiers qui ont leur équivalent chez d'autres peuples*" ⁴⁰⁷.

Da parte sua il monarca dispone della così detta *plena potestas*, ossia della capacità di vincolare giuridicamente i terzi, conferita dal sovrano ai delegati delle comunità rappresentate, i quali sono incaricati dai propri mandanti di stipulare con lui un vero e proprio contratto di diritto privato, per stabilire l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* delle imposte, nonché delle contribuzioni finanziarie⁴⁰⁸.

Mediante l'istituto della plenipotenza, il sovrano ha la sicurezza che le sue decisioni, che i rappresentanti dei diversi ceti sociali hanno accettato, formulando il loro consenso in un accordo negoziale, verranno rispettate ed eseguite dalle comunità rappresentate⁴⁰⁹.

Essenzialmente, il Parlamento dello *Ständestaat* è la sede della rappresentanza di interessi particolari, conformemente alla logica privatistica della rappresentanza negoziale: in conseguenza di ciò, esso non può che essere ontologicamente estraneo alle istituzioni politiche dello Stato assoluto, non appartenendovi in alcun modo.

⁴⁰⁷ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique* cit., p. 6.

⁴⁰⁸ G. MIGLIO, *Le trasformazioni del concetto* cit., p. 985.

⁴⁰⁹ *Ibidem*. Questa funzione della *plena potestas* è evidenziata anche da D. FISICHELLA, *Sul concetto di rappresentanza politica*, in Id. (a cura di), *La rappresentanza politica. Antologia*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 3-51.

Come Miglio evidenzia molto bene, seppure le rappresentanze di ceto siano strutture sociali e istituzionali attraverso le quali i governati cercano di influire sui governanti per tentare di determinarne le decisioni e i comportamenti conseguenti, ciononostante, “*i governanti erano pur sempre il re, i suoi segretari di Stato, i suoi maîtres, i suoi intendenti, la sua cancelleria, il suo Consiglio: quella era la classe politica e quello era il centro di potere*”⁴¹⁰.

Così configurato, è palese che l’istituzione parlamentare dell’*Ancien Régime* si contrapponga al potere sovrano impersonato da un unico organo monocratico, costituito dal monarca assoluto, la cui legittimità politica coincide con la tradizionale legittimità regia: queste ultime sono *unum et idem*, derivando dal diritto divino il loro presupposto giuridico-filosofico di legittimazione attraverso l’immagine dell’immediata elevazione del potere regale a Dio⁴¹¹.

Giova, però, osservare che l’esclusività della titolarità sovrana al monarca non significa affatto che egli eserciti “da solo” o “isolatamente” il proprio potere politico.

Sebbene il sovrano si ponga all’apice di un apparato amministrativo-statuale, unitario e stabile, quale unico organo titolare del potere decisionale che, secondo la tipica concezione dello Stato assoluto, “*ripete direttamente dalle vicende storiche e dalla divinità la legittimazione al suo esercizio*”⁴¹², tuttavia, nello Stato d’Antico Regime colui che esercita la potestà sovrana è affiancato dal suo

⁴¹⁰ G. MIGLIO, op. cit., *II. Scienza della politica*, p. 220.

⁴¹¹ A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., p. 108. Su questo punto, v. anche L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto cit.*, pp. 14-15, nonché P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, G. Giappichelli, Torino, 2008, p. 36.

⁴¹² P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, p. 36.

entourage formato da un insieme di organi istituzionali, come “il *Consilium principis*, i grandi consigli dell’età della monarchia assoluta, così funzionali, così tecnici, così mirabili per il loro funzionamento (...)” ⁴¹³.

Quest’ultima osservazione è formulata anche da Orlando secondo il quale, poiché il monarca non è in grado di occuparsi personalmente e direttamente di ogni problematica relativa all’organizzazione dello Stato, si fa assistere non soltanto da semplici funzionari, ma da veri e propri organi collegiali, come i *consilia regis* medievali, che, soprattutto in Inghilterra, sono una forma embrionale delle assemblee legislative moderne⁴¹⁴.

Apparentemente, questi organi ausiliari sembrano fornire al sovrano soltanto alcuni semplici consigli e indicazioni, ma, in verità, “*exercent en son nom les plus hautes attributions souveraines*” ⁴¹⁵.

Pur trattandosi di una struttura istituzionale di tipo piramidale caratterizzata da un’enorme concentrazione di potere politico nelle mani del monarca, ciononostante, proprio per un esercizio sempre più efficace di questo potere all’interno dello Stato, a tale monopolio della potestà sovrana si accompagna un progressivo incremento dell’organizzazione statuale, tanto che il sovrano avverte l’esigenza di dotarsi di un organo esecutivo sussidiario, “*che oggi chiameremmo Governo*” ⁴¹⁶, oltre ai collegi rappresentativi dei ceti sociali con una funzione consultiva del Re, come gli Stati generali della Francia prerivoluzionaria⁴¹⁷.

⁴¹³ G. MIGLIO, op. cit., II. *Scienza della politica*, p. 218.

⁴¹⁴ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique* cit., p. 28.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni* cit., p. 36.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

Dunque, nell'ordinamento istituzionale dell'*Ancien Régime*, mentre i membri del Parlamento sono semplici mandatarî, i quali rappresentano gli interessi particolari e frazionari delle comunità locali, a sua volta il sovrano incarna una diversa forma di rappresentanza intesa come la "raffigurazione" generale dell'intera comunità politica, considerata unitariamente nel suo complesso e nella sua totalità⁴¹⁸.

Come abbiamo anticipato, riteniamo che questo schema contrattualistico d'interpretazione della realtà statuale, storicamente applicabile all'assolutismo monarchico dell'*Ancien Régime*, sia razionalmente inadeguato per comprendere il senso profondo che assume la rappresentanza politica nello Stato moderno e contemporaneo, dal momento che tale schema presuppone che il rapporto giuridico tra gli elettori e l'eletto appaia chiaramente "*comme une délégation de pouvoirs*" ⁴¹⁹, a causa della quale "*l'élû apparaît comme le vrai représentant juridique de ses électeurs; il est (...) le <<mandataire>> de ses électeurs*" ⁴²⁰.

Pertanto, siamo dell'opinione che questo tipo di rappresentanza negoziale di interessi particolari,

⁴¹⁸ G. MIGLIO, *Le trasformazioni del concetto* cit., p. 979, dove, a proposito dell'Antico Regime, l'autore contrappone la rappresentanza degli interessi frazionari presenti in Parlamento alla rappresentanza intesa come la "raffigurazione" dell'intera comunità politica colta nella sua totalità, impersonata dal Re: a p. 987, Miglio scrive che in origine il verbo "<<repraesentare>>" non significava "rappresentare" nel senso giuridico del termine, ma, semplicemente, voleva dire "<<dipingere>>, <<raffigurare>>, rappresentare nel senso con il quale diciamo <<rappresentare un dramma>>, raffigurare qualche cosa".

⁴¹⁹ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique* cit., p. 4.

⁴²⁰ *Ibidem*.

corrispondente alla nozione civilistica di *Vertretung*, si contrapponga alla forma moderna della rappresentanza politica di diritto pubblico, cioè alla *Repräsentation*⁴²¹, fondata, invece, sul libero mandato parlamentare, che scaturisce dal costituzionalismo *post-rivoluzionario* dei secoli XVII e XVIII⁴²² e che presuppone, storicamente, la transizione dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale.

Quest'ultima si caratterizza per una forma “duale” di legittimazione del potere sovrano, in cui a fianco della tradizionale legittimità “regia” si colloca quella “politica” del Parlamento, “*legata tramite le forme di rappresentanza*

⁴²¹ G. DUSO, *La rappresentanza politica* cit., p. 70. Sulla differenziazione fra rappresentanza privata (*Vertretung*) e rappresentanza politica o di diritto pubblico (*Repräsentation*), v. anche F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza* cit., p. 23.

⁴²² N. ZANON, *La seconda giovinezza dell'art. 67 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali* / a. XXXIV, n. 2, giugno 2014, p. 385: “(...) *rappresentanza nazionale e libero mandato sono quasi costretti a rivivere l'epoca pionieristica della loro nascita europeo-continentale, quel seminario perenne di Diritto costituzionale che furono, in Francia, gli anni tra il 1789 e 1793*”. Ancora v. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 323, dove l'autore, dopo aver detto alle pp. 211-212 che in Assemblea costituente il dibattito sul rapporto fra parlamentari e partiti politici è estremamente ridotto, afferma che gli accadimenti rivoluzionari e le discussioni del periodo della Rivoluzione francese potrebbero essere considerati “*i veri <<lavori preparatori>> dell'art. 67 Cost.*” A tale proposito, v. anche F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza* cit., p. 10, dove l'autore dice che le concezioni che giustificano la rappresentanza in campo politico dell'ottocento e del primo novecento hanno per base le tre rivoluzioni: inglese, americana e francese.

alla volontà della nazione, espressa mediante procedimenti elettorali” ⁴²³.

A tale proposito, alcuni costituzionalisti evidenziano che la nascita dello Stato liberale avviene in Inghilterra con un anticipo di quasi un secolo rispetto alla Francia, un anticipo “*non casuale, ma determinato dalla presenza di condizioni che favoriscono tale mutamento*” ⁴²⁴, tra le quali sono da annoverare, principalmente, la resistenza che i tentativi assolutistici dei sovrani inglesi incontrano presso la classe nobiliare, alleata con la nuova borghesia emergente, nonché l’emancipazione verso il riconoscimento delle libertà politiche, che per il popolo britannico assume la forma della lotta per l’affermazione della libertà religiosa contro ogni imposizione autoritaria di una religione di Stato⁴²⁵.

Successivamente, sempre in riferimento all’esperienza inglese, si assiste al passaggio dalla monarchia costituzionale a quella parlamentare.

A poco a poco il monarca perde i suoi poteri reali, riducendosi all’esercizio di funzioni istituzionali meramente simboliche e tradizionali.

Contemporaneamente, si sviluppa sempre più intensamente la relazione fiduciaria fra il Primo Ministro del *Cabinet* (il consiglio ristretto dei collaboratori del Re) e l’assemblea

⁴²³ L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto cit.*, p. 15. Sul superamento dell’autolegittimazione di origine trascendente (cioè, fondata sulla natura divina del potere) e sulla conseguente affermazione della volontà popolare come nuovo principio di legittimazione della potestà sovrana, v. anche P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, p. 28.

⁴²⁴ P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, pp. 28-29.

⁴²⁵ *Idem*, p. 29.

parlamentare, con particolare riferimento alla Camera dei Comuni⁴²⁶.

Per gli stessi meccanismi politico-costituzionali con i quali il legislativo e l'esecutivo si relazionano reciprocamente, una forma di governo che presenta alcune analogie con quella britannica è la repubblica parlamentare, con la differenza che in quest'ultima il capo dello Stato, pur essendo anch'esso privo di poteri di indirizzo politico, non è ereditario, ma è eletto dal Parlamento in seduta comune integrato da una forma limitata di partecipazione territoriale, come è previsto dall'ordinamento italiano⁴²⁷, ovvero è eletto a suffragio universale diretto, come avviene nella *Republik Österreich* ⁴²⁸.

Questo rapporto di similitudine fra la monarchia parlamentare e la repubblica parlamentare consente di considerarle appartenenti ad un'unica "*forma di governo parlamentare*" ⁴²⁹, pur con la differenziazione che la presenza del Presidente della Repubblica al posto del Re

⁴²⁶ L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto cit.*, p. 15. Per il caso inglese, v. anche G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 103-109; P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, p. 41, dove gli autori parlano del c.d. "*regime di Gabinetto o del Primo Ministro*"; E. CROSA, *Il principio della sovranità popolare dal Medioevo alla rivoluzione francese*, F.lli Bocca, Torino, 1915, *passim*; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le forme di Stato e le forme di governo, le costituzioni moderne*, Giuffrè, Milano, 1980, *passim*, dove l'autore sostiene che alcuni principi fondamentali garantistici dell'attuale diritto pubblico inglese, tra i quali quelli in materia fiscale e di procedura penale, discendono dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215.

⁴²⁷ Art. 83, 1°- 2° c., Cost.

⁴²⁸ L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto cit.*, p. 16.

⁴²⁹ P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, p. 40.

implica, inevitabilmente, che l'autorità al vertice dello Stato, pur mantenendosi distante dalle dispute politiche contingenti, svolga la propria funzione di garanzia delle regole costituzionali in modo più attivo, assumendo anche un ruolo spesso determinante nell'*iter* formativo dei governi, rispetto a quanto si riscontra negli ordinamenti monarchici, dove il sovrano, più che essere un arbitro *super partes*, assomiglia più a un "notaio" che si limita all'esercizio di una semplice funzione di "certificazione" dei processi politici che avvengono a livello istituzionale⁴³⁰. Distinguendosi dalla figura del monarca, il Presidente della Repubblica è dotato di una serie di poteri che possono incidere in modo rilevante, dal momento che sono finalizzati alla rimozione delle cause che impediscono il regolare funzionamento del sistema politico-istituzionale, con specifico riferimento al potere di scioglimento anticipato delle Camere sancito nel nostro ordinamento dall'art. 88, 1° c., della Carta costituzionale⁴³¹.

Giova osservare che un altro elemento differenziatore della repubblica parlamentare rispetto alla monarchia è che mentre nella prima il legame fiduciario è razionalizzato attraverso l'istituto della fiducia, con il quale l'esecutivo ottiene dal legislativo un sostegno preventivo al programma di attività che intende svolgere durante la propria permanenza in carica, vincolandosi alle forze politiche maggioritarie presenti in Parlamento, invece, nella seconda il rapporto fiduciario è presunto in base ad una serie di consuetudini costituzionali, dal momento che il Primo Ministro, coincidendo con il *leader* del partito risultante vincitore delle elezioni politiche, può contare su una sicura

⁴³⁰ L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto cit.*, p. 16.

⁴³¹ P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, p. 40.

maggioranza parlamentare, senza bisogno di un voto di fiducia iniziale⁴³².

Per questo motivo, il Governo del Primo Ministro è, tendenzialmente, un “<<*governo di legislatura*>>”⁴³³ avente una durata quinquennale coincidente con quella stabilita dalla legge per la Camera dei Comuni, salvo scioglimento anticipato deciso dal Primo Ministro ovvero sfiducia da parte della stessa Camera obbligando costituzionalmente il capo del Governo alle dimissioni⁴³⁴, ma, in questo secondo caso, con conseguente scioglimento anticipato della medesima assemblea parlamentare e ricorso immediato a nuove consultazioni elettorali⁴³⁵.

Come risulta da questa breve analisi dell’evoluzione storica delle forme di governo moderne e contemporanee, sia nella monarchia costituzionale fondata sul principio della doppia legittimazione (quella regia del sovrano e quella politica del Parlamento), sia in quella parlamentare dove da una fase basata sull’equilibrio fra la Corona e l’assemblea legislativa si passa ad una fase in cui “*al centro del sistema si colloca saldamente un solo organo (il Parlamento)*”⁴³⁶, si assiste in entrambi i casi ad un mutamento radicale della concezione della rappresentanza politica, dal momento che ora il Parlamento opera come un organo unitario che rappresenta l’intera Nazione considerata nella sua totalità, come già il costituzionalista inglese Burke scriveva agli elettori di Bristol nella sua lettera del 1774⁴³⁷.

⁴³² L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto cit.*, p. 15; P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, pp. 39 e 41.

⁴³³ G. BOGNETTI, *La divisione cit.*, p. 104.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni cit.*, p. 41.

⁴³⁶ *Idem*, p. 39.

⁴³⁷ G. MIGLIO, *op. cit.*, II. *Scienza della politica*, p. 221.

Poiché in questa nuova visione il Parlamento non è più un'adunanza di delegati incaricati di difendere gli interessi particolari delle comunità locali rappresentate⁴³⁸, cessa l'efficacia di qualsiasi mandato vincolante, tanto che la dottrina contrappone il moderno mandato "libero" di diritto pubblico al preesistente mandato "imperativo" di diritto privato del Medioevo e dell'Antico Regime⁴³⁹, pur con la piena consapevolezza che l'impiego del profilo semantico "mandato libero" possa costituire un ossimoro da un punto di vista linguistico.

Infatti, come Triepel dimostra analizzando approfonditamente l'uso del termine "mandato" nell'ambito della scienza politica e giuspubblicistica, nel concetto stesso di mandato è implicita la sua imperatività, perciò la delega rappresentativa non potrebbe che essere vincolante⁴⁴⁰.

Anche Orlando è consapevole di quanto il carattere cogente sia insito ed essenziale nell'idea di mandato, quando afferma chiaramente che esso "*est nécessairement impératif*"⁴⁴¹, dato che il mandatario ha l'obbligo giuridico

⁴³⁸ F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza* cit., p. 11, dove l'autore dice che in Inghilterra, a differenza dell'Europa continentale, per tutto il Medioevo la rappresentanza aveva conservato il suo carattere territoriale.

⁴³⁹ G. MIGLIO, op. cit., II. *Scienza della politica*, pp. 215-239: l'autore, ispirandosi a Burke, contrappone il mandato fiduciario o politico al mandato imperativo; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2012, pp. 475-477: quest'altro autore contrappone il mandato rappresentativo o politico al mandato imperativo.

⁴⁴⁰ G. MIGLIO, *Le trasformazioni del concetto* cit., pp. 975-976; H. TRIEPEL, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine kritische Studie*, Verlag Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1942, *passim*.

⁴⁴¹ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique* cit., p. 12.

di adempiere il proprio incarico secondo determinati limiti e condizioni che possono essere stati indicati esplicitamente ovvero presupposti implicitamente al momento della stipulazione del contratto⁴⁴².

Ciò significa che, come scrive ancora Orlando in modo condivisibile, *“le prétendu mandat législatif n’est pas un mandat, mais bien autre chose”*⁴⁴³.

Confutando la tesi contrattualistica basata sul mandato imperativo, reputiamo che il mandato legislativo o politico assuma un valore diverso, sancito espressamente nelle Costituzioni moderne e contemporanee, o inteso tacitamente secondo il diritto consuetudinario.

Il senso del mandato politico è il seguente: il deputato non rappresenta soltanto il collegio elettorale nel quale è stato eletto, bensì tutta la Nazione ovvero il popolo intero⁴⁴⁴, come proclama, ad esempio, l’art. 67 della Carta costituzionale.

Per quanto concerne la problematica interpretativa di quest’ultima disposizione normativa, una parte della dottrina sostiene la tesi secondo la quale l’ordinamento costituzionale vigente non considererebbe illecito di per sé l’accordo “in quanto tale”, avvenuto tra il deputato e gli elettori o il partito politico, bensì si limiterebbe a prescrivere soltanto l’irrelevanza giuridica delle istruzioni che “vincolassero” le parti contraenti.

Ispirandosi a questa tesi, Mortati afferma che l’accordo negoziale possa costituire lecitamente il contenuto di un’obbligazione naturale, valida cioè nella misura in cui fosse spontaneamente adempiuta e garantita da una sanzione politica indiretta, come potrebbe essere la mancata

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ *Idem*, p. 9.

⁴⁴⁴ *Idem*, p. 11.

riproposizione del parlamentare dissenziente nella lista dei candidati per le future consultazioni elettorali⁴⁴⁵.

L'obbligazione naturale, categoria dogmatica derivante dal diritto privato, è un rapporto caratterizzato dalla presenza di un dovere morale o sociale, in base al quale un determinato soggetto è tenuto, secondo particolari circostanze, non sufficienti, però, a far sorgere un obbligo giuridico, ad eseguire un'attribuzione patrimoniale a favore di un altro soggetto altrettanto determinato⁴⁴⁶.

A differenza dell'obbligazione in senso tecnico o "civile", fornita di coercibilità e di azionabilità, che assegna al creditore il potere di agire in giudizio per ottenere l'adempimento della prestazione concordata, in questo diverso caso il debitore naturale non ha l'obbligo giuridico di adempiere, ma vi sarebbe tenuto unicamente in virtù di doveri considerati come vincolanti esclusivamente da un punto di vista morale o sociale, quali possono essere, a titolo esemplificativo, il debito prescritto, il debito di gioco e la così detta disposizione fiduciaria, in cui le disposizioni fatte a favore di una determinata persona dichiarata nel testamento sono solo apparenti e, in realtà, riguardano un'altra persona, poiché il testatore, confidando nella coscienza di colui che è indicato come erede o legatario nell'atto di ultima volontà, gli ha conferito l'incarico di trasmettere a terzi tutti o parte dei beni lasciatiagli.⁴⁴⁷

Dunque, l'unico effetto giuridico prodotto dall'obbligazione naturale è il diritto alla così detta *soluti retentio*, ossia all'irripetibilità di ciò che è stato pagato in

⁴⁴⁵ C. MORTATI, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s.l., 1949, con *Nota introduttiva* di F. LANCHESTER, p. 16, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

⁴⁴⁶ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, op. cit., pp. 368-369.

⁴⁴⁷ *Idem*, pp. 368-369 e 918-919.

assolvimento del dovere morale: ciò significa che il creditore naturale è titolare del diritto di trattenere la prestazione che sia stata spontaneamente adempiuta dal debitore, il quale, dunque, non può ottenerne la restituzione⁴⁴⁸.

Riallacciandoci con il discorso all'esame ermeneutico della disposizione costituzionale dell'art.67, anche secondo Crisafulli gli eventuali vincoli che il deputato instaura con i suoi elettori o con il proprio partito di appartenenza rientrerebbero nello schema dell'obbligazione naturale.

Questo costituzionalista afferma che non sia possibile ignorare il dato di fatto che tale accordo negoziale ricorre in qualsiasi forma di rappresentanza politica, nonostante le critiche mosse all'idea di mandato dai giuristi e dai politologi⁴⁴⁹.

Egli ritiene che in un sistema democratico caratterizzato dalla presenza di partiti popolari di massa, la scelta degli elettori non si riduca "*alla semplice scelta di una schiera di valentuomini*" ⁴⁵⁰, considerati i più idonei e i meglio in grado di legiferare e governare in assoluta libertà di valutazione, ma, piuttosto, tale designazione ricada su personalità che hanno contratto l'impegno a regolarsi in determinati modi e in base a certi orientamenti ideologici, attivandosi per far prevalere alcune soluzioni politiche stabilite preventivamente, rispetto ad altre comunque praticabili.

A sostegno della sua tesi, Crisafulli osserva che nelle democrazie contemporanee il suffragio degli elettori è

⁴⁴⁸ *Idem*, p. 369.

⁴⁴⁹ V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, in *Id. Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 213-214.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

rivolto innanzi tutto ai partiti politici, prima ancora che agli uomini, “*o comunque e quanto meno agli uomini, perché esponenti dell’uno o dell’altro partito*”⁴⁵¹.

Decisamente, questa posizione dottrinale ha una sua considerevole fondatezza e dignità scientifica.

Infatti, la graduale estensione del suffragio elettorale fino al culmine della sua universalità, con l’eliminazione di ogni barriera sia censitaria, sia relativa alla capacità, attraverso la rimozione di discriminazioni normative di tipo razziale o religioso, ha fatto sì che gli schieramenti politici abbiano dato progressivamente origine alla formazione di partiti di massa, diretti da una *leadership* carismatica, come risulta evidente dall’esperienza costituzionale inglese, dove i conservatori di Disraeli iniziarono a contrapporsi ai liberali di Gladstone.

Entrambe queste correnti ideologiche si resero conto del bisogno del popolo di avere alcuni strumenti di canalizzazione, che articolassero e razionalizzassero la domanda politica, comprendendo che ciò fosse il solo modo per rendere efficiente la democrazia, evitando che essa degenerasse verso derive anarchiche o plebiscitarie⁴⁵².

Seguendo il medesimo indirizzo di pensiero, anche Sandulli ritiene che il divieto del mandato imperativo sancito dall’ordinamento costituzionale vigente, a differenza dell’art. 41 dello Statuto albertino⁴⁵³, non impedisca in modo categorico agli elettori di conferire agli eletti un vero e proprio mandato, né tanto meno vieti la sua libera

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza* cit., p. 19.

⁴⁵³ Art. 41 Statuto albertino: “*I Deputati rappresentano la Nazione in generale, e non le sole provincie in cui furono eletti. Nessun mandato imperativo può loro darsi dagli Elettori*”.

osservanza da parte del parlamentare, ma, semplicemente, non lo consideri giuridicamente vincolante⁴⁵⁴.

Questo orientamento interpretativo è accolto anche da un autore più recente, secondo il quale nell'art. 67 il legislatore costituente direbbe solo che ogni membro del Parlamento esercita la propria funzione "senza vincolo di mandato", non anche "senza mandato": ciò consentirebbe un incarico cogente "politicamente"⁴⁵⁵.

Sebbene la tesi, che assimila il divieto di vincolo di mandato a un'obbligazione naturale, sia fornita di una sua autorevolezza interpretativa, tuttavia, non la condividiamo poiché riteniamo che essa, comminando con la semplice irrilevanza giuridica gli accordi intervenuti tra l'eletto e gli elettori o il partito, finisca per ridurre il valore politico-costituzionale della funzione rappresentativa svolta dal parlamentare, considerandolo semplicemente "*come [uno] strumento istituzionale di collegamento tra le esigenze sociali e l'apparato statale*"⁴⁵⁶.

Se tale dottrina fosse accolta, legittimerebbe una rappresentanza parlamentare di interessi settoriali e categoriali, non più fondata su ideologie o programmi politici generali, introducendo in modo surrettizio e dissimulato il carattere vincolante del mandato, sebbene quest'ultimo sia esplicitamente vietato dallo stesso art. 67 Cost.

In questo modo, l'idea di rappresentanza politica ritornerebbe ad essere quella forma privatistica,

⁴⁵⁴ A.M. SANDULLI, *Società pluralista e rinnovamento dello Stato*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Jovene, Napoli, 1990, pp. 71-72.

⁴⁵⁵ A. SPADARO, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, Edistudio, Roma, n. 67 - Anno 1985 Trimestre 1, pp. 21-54.

⁴⁵⁶ N. ZANON, *Il libero mandato* cit., p. 291.

razionalmente poco evoluta, risalente al Medioevo e all'*Ancien Régime*, che è stata analizzata in precedenza.

Come sostiene un costituzionalista, in relazione alla preoccupante tendenza dei sistemi politici attuali a recepire istanze rappresentative squisitamente neo corporative e individualistiche, non ci si può esimere dall'osservare che un'ermeneutica teleologicamente orientata al rispetto dei valori costituzionali non debba adattarsi sempre e in ogni caso alle evoluzioni della società civile, qualunque esse siano, ma, al contrario, in certi momenti critici l'interprete deve assolvere la missione indefettibile di resistere tenacemente a quelle manifestazioni più lontane da un comune spirito etico, proprio in nome di quei supremi principi inderogabili fissati nella Carta costituzionale⁴⁵⁷.

In conclusione, siamo dell'idea che la teoria dell'obbligazione naturale, applicata all'art. 67 Cost., sacrifichi eccessivamente il principio della rappresentanza politico-nazionale, a favore di un'interpretazione frammentaria e disarticolata della sussidiarietà orizzontale.

In antitesi a questa tesi, c'è un'altra corrente di pensiero secondo cui l'art. 67 Cost. prescrive un vero e proprio divieto del mandato in quanto tale, sanzionando, come sostiene Virga, la nullità, l'illiceità, o comunque l'invalidità assoluta, degli accordi pattuiti fra l'eletto e i suoi elettori o il proprio partito⁴⁵⁸.

Sempre in ambito giuspubblicistico, anche Biscaretti di Ruffia ritiene che l'art. 67 Cost. stabilisca il divieto perentorio di stipulare alcun negozio giuridico, sia scritto

⁴⁵⁷ In questo senso v. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari: natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Einaudi, Torino, 1979, p. 76.

⁴⁵⁸ P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 170.

che orale, con cui il deputato o il senatore assumano l'obbligo di appoggiare in Parlamento l'approvazione di un preciso provvedimento legislativo anticipatamente stabilito tra le parti contraenti⁴⁵⁹.

Rispetto alla tesi dell'irrelevanza giuridica della vincolatività del mandato, reputiamo che questo secondo criterio interpretativo della disposizione costituzionale in esame attribuisca un valore eminente alla funzione politica esercitata dal membro dell'assemblea legislativa, tanto che *“lo stesso carattere rappresentativo del parlamentare deve coincidere con la sua natura di organo statale ed esaurirsi in essa”*⁴⁶⁰.

In questa *Weltanschauung* certamente più aderente alle esigenze sistematiche del diritto pubblico, la nullità del mandato diventa l'espressione emblematica dell'assoluta equidistanza del deputato o del senatore da ogni suo potenziale coinvolgimento con la sfera economica degli interessi privati e frazionari sempre presenti nella società civile⁴⁶¹.

Inserendo la problematica interpretativa dell'art. 67 Cost. nel più ampio orizzonte della dottrina statualistica, secondo il pensiero di Jellinek gli eletti alla Camera sono organi dello Stato, membri di un collegio statale: perciò, essi assumono le funzioni di quest'ultimo non come se esercitassero un loro diritto individuale, bensì in quanto

⁴⁵⁹ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale: istituzioni di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1989, *passim*.

⁴⁶⁰ N. ZANON, *Il libero mandato* cit., p. 291.

⁴⁶¹ *Ibidem*; v. anche M. PACELLI, *La posizione giuridica di membro del Parlamento*, Libreria scientifica, Napoli, 1969, p. 543.

svolgono un'attività finalizzata obiettivamente all'interesse generale dello Stato⁴⁶².

Secondo questa concezione organica, anche per quanto riguarda l'istituto dell'elettorato attivo la stessa capacità di partecipare alle votazioni politiche non è configurabile nei termini di un diritto "naturale" di cui l'individuo in quanto tale sarebbe titolare, ma è un diritto "politico" derivante dallo Stato, che gli elettori non esercitano semplicemente come uomini, bensì in qualità di cittadini della comunità civile⁴⁶³.

È evidente come alla base di questa visione "totalizzante" della capacità elettorale non vi sia *"il singolo individuo, ma un'entità astratta che può concretarsi nella Nazione o nello Stato e che assume in sé il potere originario di suprema decisione"* ⁴⁶⁴.

Dunque, lo stesso diritto elettorale è una pubblica funzione esercitata nell'interesse della collettività, proprio perché anche l'elettore agisce come un organo dello Stato⁴⁶⁵.

Ispirandosi a quest'interpretazione organica della consultazione elettorale, anche il costituzionalista francese Carré de Malberg scrive che: *"Dans le système de la souveraineté nationale, le citoyen n'a donc, ni un droit inné*

⁴⁶² G. JELLINEK, *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, tr. it., Società editrice libraria, Milano, 1912, pp. 185-186. La dottrina, secondo cui i parlamentari non esercitano poteri propri, ma dello Stato, agendo in qualità di suoi organi, è ripresa anche da S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, in Id., *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 34.

⁴⁶³ J.K. BLUNTSCHLI, *Politik als Wissenschaft*, in Id., *Lehre von modernen Staats*, tr. it., Vallardi, Napoli, 1879, p. 346.

⁴⁶⁴ F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza* cit., p. 13.

⁴⁶⁵ G. JELLINEK, *System der Subjektiven* cit., *passim*.

de souveraineté individuelle, ni davantage un droit primitif à l'exercice de la souveraineté nationale" ⁴⁶⁶.

Dunque, quando le Costituzioni moderne dichiarano che i deputati rappresentano la Nazione, esse escludono logicamente l'ipotesi del conferimento di un mandato all'eletto da parte degli elettori, quasi che la rappresentanza politica fosse assimilabile ad un delegazione di poteri fra un soggetto delegante e un soggetto delegato, come avviene nei normali rapporti contrattuali di diritto privato.

Piuttosto, il significato di tali dichiarazioni è che l'insieme dei deputati è concepito come un corpo collettivo che rappresenta lo Stato: in altre parole, si può concludere che la Camera elettiva è "*un organe de la souveraineté de l'État*" ⁴⁶⁷.

Sulla scia delle dottrine tedesche e francesi indicate, anche la teoria della rappresentanza politica elaborata da Orlando nega in modo assoluto la liceità del mandato in quanto tale: perciò, egli afferma che il parlamentare è un organo dello Stato.

Questo suo pensiero organicistico emerge in modo evidente nel momento in cui Orlando formula la sottile distinzione fra l'idea di elezione come "scelta" e l'idea di elezione come "rappresentanza" ⁴⁶⁸.

Mentre quest'ultima esprime la concezione civilistica della rappresentanza dell'Antico Regime, nella quale l'eletto rappresenta contrattualmente coloro che gli hanno conferito un mandato vincolante per tutelare i loro interessi privati, diversamente, l'accezione di elezione intesa come "scelta" implica, semplicemente, una designazione di capacità

⁴⁶⁶ R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, II, Sirey, Paris, 1922, p. 434.

⁴⁶⁷ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique* cit., p. 24.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 25.

politica nei confronti di qualcuno valutato in grado di esercitare un pubblico ufficio finalizzato al bene comune⁴⁶⁹. Per illustrare la propria posizione concettuale, Orlando afferma di ispirarsi a un postulato fondamentale della filosofia politica, che trova la sua enunciazione precisa nella teoria sociale di Spencer⁴⁷⁰.

Secondo l'interpretazione di Orlando, questo filosofo britannico avrebbe dimostrato che in tutti gli Stati, sia antichi che moderni, senza eccezione alcuna, è presente un principio *lato sensu* "aristocratico", che è la manifestazione della legge sociologica in base alla quale "*le gouvernement de l'État doit être confié aux meilleurs, en d'autres termes, aux plus capables*"⁴⁷¹.

In base a tale teoria, rispetto alle altre forme di governo che si sono alternate nel corso della storia, ciò che distinguerebbe la democrazia rappresentativa è soltanto il diverso criterio modale con cui si determina tale capacità politica.

Precisamente, a differenza delle forme di Stato premoderne o di quelle dispotiche, nella contemporaneità il più capace non è più considerato colui che è il più forte fisicamente, o il più anziano, o chi è privilegiato per nascita, per casta o a seguito di nomina da parte del sovrano, poiché tutti questi criteri sono incompatibili con lo spirito democratico degli attuali ordinamenti politici.

In conseguenza di ciò, si presume che i più valenti, i *meliores terrae* - secondo un'antica espressione

⁴⁶⁹ *Idem*, p. 26.

⁴⁷⁰ H. SPENCER, *Political forms and forces*, in *Id.*, *The principles of sociology*, Williams & Norgate, London, 1893. Sullo stesso tema, cfr. anche V.E. ORLANDO, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, in *Id.*, *Diritto pubblico cit.*, pp. 557-578.

⁴⁷¹ V.E. ORLANDO, *Du fondment juridique cit.*, p. 27.

anglosassone⁴⁷² - siano coloro che sono designati tali dalla scelta compiuta dal corpo elettorale⁴⁷³.

Attraverso le votazioni gli elettori si limitano ad indicare coloro che sono ritenuti i migliori, ai quali affidare le più eminenti attività direzionali dello Stato⁴⁷⁴, tra cui è compresa, evidentemente, anche quella legislativa⁴⁷⁵.

A differenza dell'elezione come "rappresentanza", la concezione dell'elezione intesa come "scelta" è sicuramente apprezzabile perché implica soltanto una designazione di capacità politica da parte degli elettori nei confronti del candidato al seggio parlamentare.

In termini condivisibili, essa nega che sia il popolo a trasmettere il potere legislativo, dal momento che quest'ultimo è attribuito all'assemblea parlamentare direttamente dallo stesso ordinamento costituzionale: *"L'élection politique n'est donc pas autre chose qu'une désignation de capacités. Il n'ya aucune transmission de pouvoir. Les pouvoirs de l'assemblée sont déterminés par la Constitution"*⁴⁷⁶.

Dunque, dalla dottrina orlandiana emerge che la consultazione elettorale è lo strumento tecnico mediante il quale il governo rappresentativo risolve la problematica politico-giuridica di chi abbia il diritto di esser membro del Parlamento, dichiarando, pertanto, che *"ce droit appartient à celui qui est désigné par le vote des citoyens"*⁴⁷⁷.

⁴⁷² *Idem*, p. 30.

⁴⁷³ *Idem*, p. 31.

⁴⁷⁴ *Idem*, pp. 26-27 e 31.

⁴⁷⁵ *Idem*, p. 24, dove l'autore dice che: *"la volonté de l'État trouve sa plus haute expression dans le pouvoir législatif"*.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 32.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

Tuttavia, pur valutando positivamente il tentativo di Orlando di emanciparsi da una concezione contrattualistica della rappresentanza basata sul mandato vincolante, nello stesso tempo, non possiamo esimerci da esprimere alcune riserve critiche nei suoi confronti, per le ragioni che intendiamo esporre di seguito.

Innanzitutto, egli afferma che lo Stato moderno uscito dalla Rivoluzione francese si caratterizza per la sussistenza di un rapporto diretto e immediato fra il potere sovrano, da un lato, e il singolo individuo considerato nei suoi diritti e nei suoi doveri, dall'altro.

Dal momento che il diritto pubblico *post-rivoluzionario* non riconosce più alcuna forma di associazione intermedia fra il cittadino e lo Stato, conseguentemente, Orlando deduce che: “*La monade constitutive de l'État moderne, c'est donc l'individu*” ⁴⁷⁸.

Secondo questa tipica concezione della borghesia liberale, che si manifesta nel corso della Rivoluzione francese, l'individuo è “il cittadino”.

Quest'ultimo è visto come il fondamento dei diritti soggettivi e dei doveri pubblici, rispettivamente garantiti e imposti dall'ordine politico-statuale: pertanto, “*c'est de la collectivité des citoyens que se forme, directement, l'État*” ⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ *Idem*, p. 6. A proposito della cultura giuridica individualistica della borghesia liberale, derivante dalla Rivoluzione francese, che trova la propria espressione nella *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789 e nella *Constitution* del 1791, v. A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Introduzione cit.*, *passim*.

⁴⁷⁹ V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique cit.*, p. 6. Sullo stretto legame tra la Rivoluzione francese e la nozione di “cittadino”, v. G. BURDEAU, *La démocratie: essai synthétique*, Office de Publicité, Bruxelles, 1956, *passim*.

Questa filosofia politica basata sull'individualismo giuridico, derivante dalla dottrina giusnaturalistica, influenza notevolmente il concetto moderno di rappresentanza parlamentare, trovando la propria formulazione emblematica di diritto positivo nell'*Article 7, Section III, Chapitre I, Titre III*, della *Constitution* del 1791, dove si dice espressamente che: “*Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat*”⁴⁸⁰.

§ 3

La rappresentanza politica come partecipazione e mediazione

Giunti a questo punto, riteniamo di spiegare brevemente i presupposti filosofico-antropologici dell'idea moderna di rappresentanza politica, elaborati dalla scuola del diritto naturale, per, successivamente, stigmatizzarne le aporie alla luce della critica mossa da Hegel a tale concezione intrinsecamente contrattualistica.

Il liberalismo dei giusnaturalisti si fonda sul principio teoretico secondo cui alla base dell'organizzazione sociale vi sono i singoli individui, i quali, proprio perché sono individui astrattamente considerati, privi di ogni qualità peculiare che li distingua e li determini tra loro in modo concretamente rilevante, sono tutti egualmente dotati di diritti naturali imprescrittibili.

In conseguenza di ciò, questa corrente filosofica confuta decisamente quella consolidata tradizione di pensiero, risalente ad Aristotele, “*secondo la quale è naturale che vi*

⁴⁸⁰ www.conseil-constitutionnel.fr.

sia chi governa e coloro che sono governati”⁴⁸¹, dal momento che quest’ultima concezione implicherebbe una differenziazione fra i soggetti del corpo sociale, considerata incompatibile con le premesse individualistico-egualitarie dalle quali i giusnaturalisti partono per la formulazione delle proprie teorie politiche.

Poiché il criterio fondativo dell’ordine politico è essenzialmente un criterio individualistico, per questa filosofia sorge necessariamente il problema logico-giuridico di come sia possibile passare dai “molti” individui, atomisticamente intesi, all’“unità” del corpo politico, il quale - proprio perché è “politico” - non può che essere l’espressione di una totalità e, perciò, essere “uno e uno soltanto”.

La profondità concettuale della questione esposta dipende dal fatto che non si tratta semplicemente di sommare, da un punto di vista quantitativo, tante volontà individuali all’interno di un accordo pattizio tra associati, ma più specificatamente, da un punto di vista qualitativo, si pone l’esigenza di costituire e di far nascere un vero e proprio soggetto politico, cioè una “*persona civile*”⁴⁸² che produca l’unità della società a partire da quella moltitudine di individui astratti, refrattari a ogni concreta dinamica relazionale nella quale la personalità di ognuno si sviluppi in modo caratteristico e peculiare⁴⁸³.

Proprio nella dottrina giusnaturalistica, giova osservare che in Hobbes il contratto sociale non è solamente una somma di tante volontà, ma assume un vero e proprio valore

⁴⁸¹ G. DUSO, *Libertà e costituzione in Hegel*, FrancoAngeli, Milano, 2013, p. 188.

⁴⁸² *Idem*, p. 189.

⁴⁸³ *Ibidem*.

genetico, finalizzato alla costituzione di un vero soggetto politico, che sia legittimato ad imporsi autoritativamente.

A tale proposito, Balladore Pallieri, citando il pensiero di questo filosofo inglese, scrive che: “<<*Il contratto sociale è qualcosa di più del consenso e dell'accordo, è una reale unificazione dei singoli in una sola persona*>>”⁴⁸⁴.

Tuttavia, come si può comprendere facilmente, il patto associativo, considerato in sé, è semplicemente l’“addizione” di tante singole volontà individuali; perciò, esso è in apparenza razionalmente inadeguato a costituire una persona civile, proprio perché, come è stato detto, in questo caso non sussiste tanto il problema (quantitativo) di mettere insieme tante volizioni particolari all’interno di un patto, ma il più difficile problema logico (e, dunque, qualitativo) di individuare quale sia l’unico soggetto politico legittimato alla titolarità e all’esercizio del potere sovrano.

Date le premesse individualistiche indicate in precedenza, per poter pensare razionalmente l’unità di una moltitudine, senza che fra questi due ultimi termini (unità e moltitudine) vi sia un salto logico, né una soluzione di continuità, Hobbes ritiene che l’unica soluzione possibile sia ammettere che “uno” rappresenti “tutti”⁴⁸⁵.

Questo soggetto “uno” è nient’altro che il sovrano, la cui legittimazione a comandare sugli altri non deriva da criteri materiali come la virtù o la particolare natura umana adatta all’assolvimento di una determinata funzione, ma, molto più semplicemente, dal fatto di essere stato “autorizzato” ad agire rappresentativamente in nome e per conto di tutto il

⁴⁸⁴ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 22.

⁴⁸⁵ G. DUSO, *Libertà* cit., p. 189.

corpo politico, nonché ad esercitare il potere d'imperio sulla generalità dei consociati⁴⁸⁶.

Ovviamente, questo espediente teorico, appena indicato, presuppone che il *pactum societatis* finisca per coincidere con un *pactum subiectionis*, con il quale tutti i contraenti autorizzano un unico sovrano a rappresentarli nella loro totalità, assegnandogli una delega.

Seppure il diritto naturale tedesco parli di una duplicità del patto, distinguendo il contratto mediante il quale si costituisce la società politica (*Gesellschaftsvertrag*), da quello con cui i consociati si sottomettono all'autorità dello Stato (*Herrschaftsvertrag*)⁴⁸⁷, da quanto emerge dalla nostra analisi reputiamo che l'atto costitutivo del potere sovrano rimanga pur sempre "unico" nel suo fondamento logico-giuridico, come Hobbes e Rousseau sembrano insegnare⁴⁸⁸,

Alla luce di queste riflessioni, riteniamo che nella tradizione liberale della *Constitution* del 1791 il principio rappresentativo abbia un valore essenzialmente "costitutivo

⁴⁸⁶ G. DUSO, *La rappresentanza politica* cit., p. 45.

⁴⁸⁷ W. KERSTING, *La dottrina del duplice contratto nel diritto naturale tedesco*, in *Filosofia politica*, VIII, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 409-440; nonché Id., *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1994, *passim*.

⁴⁸⁸ G. DUSO, *Libertà* cit., p. 193. Tuttavia, v. G. MIGLIO, op. cit., *I. Storia delle dottrine politiche*, p. 259, dove l'autore, a proposito di Hobbes, ritiene che il *pactum unionis* si divida in un *pactum societatis* e in un *pactum subiectionis*: nonostante questa divisione sia fondata da un punto di vista logico-concettuale, tuttavia, riteniamo che il contratto sociale sia, in ogni caso, funzionalmente "unitario", dal momento che il suo scopo essenziale consiste nell'autorizzare preventivamente il rappresentante all'esercizio del potere.

della forma politica”⁴⁸⁹: ciò vuol dire che, attraverso il patto associativo, lo Stato e l’obbligazione politica si costituiscono insieme mediante la rappresentazione⁴⁹⁰, che “è l’unica via attraverso la quale il corpo politico può prendere forma in quanto tale ed esistere”⁴⁹¹: in altre parole, unità dello Stato e principio rappresentativo sono *unum et idem*.

Come si è illustrato nei suoi lineamenti essenziali, la concezione liberale della rappresentanza politica ha i suoi presupposti filosofici in Hobbes, la propria formulazione di diritto positivo nella Costituzione borghese del 1791 ed, infine, è ripresa, nella dottrina pubblicistica italiana, in particolare dal pensiero giuridico di Orlando.

In base a quanto abbiamo anticipato, seguendo l’insegnamento di Hegel siamo dell’opinione che questa idea moderna di rappresentazione politica sia intimamente aporetica, cagionando una contraddizione insanabile tra la libertà individuale e l’autorità costituita, come intendiamo dimostrare.

Precisamente, la delega conferita al sovrano dai consociati è priva di un contenuto materiale determinato, poiché, come sappiamo, tutti i deleganti sono individui considerati in modo astratto, perfettamente uguali fra loro: quindi essa ha soltanto il valore formale di attribuire il potere rappresentativo a un altro.

Dal momento che lo scopo della scuola giusnaturalistica non è “*rispecchiare volontà e istanze diverse ed esistenti*,”

⁴⁸⁹ G. DUSO, *La rappresentanza politica* cit., p. 46.

⁴⁹⁰ Usiamo il termine “rappresentazione” come sinonimo di “rappresentanza politica”, corrispondente alla nozione di *Repräsentation* della dottrina dello Stato tedesca: v. *Idem*, nota 3, a piè di p. 44.

⁴⁹¹ *Idem*, p. 47.

ma di produrre l'unità della società, quell'unità che la rende possibile" ⁴⁹², conseguentemente, i "molti" non esprimono tante volontà politiche determinate, diverse tra loro, da ricomporre ad unità, ma, al contrario, le loro deleghe, proprio perché sono prive di un contenuto specifico che le distingua, esprimono tutte allo stesso modo l'unica volontà legittimante e costituente l'autorità sovrana⁴⁹³.

Ciò significa che l'autorizzazione rappresentativa si risolve in un autentico atto di sottomissione da parte dei cittadini all'attore politico: quest'ultimo è il solo artefice del contenuto materiale del comando normativo imposto autoritativamente ai membri del corpo sociale.

Il profilo aporetico di quest'ambigua relazione fra la libertà e il potere emerge dal fatto che, da un lato, per le ragioni appena spiegate gli individui percepiscono questa volontà sovrana "*come estranea e avversa*" ⁴⁹⁴, dall'altro lato, nello stesso tempo, sono giocoforza costretti a riconoscere e ad ubbidire a tale volontà, dal momento che, in precedenza, loro stessi hanno autorizzato il sovrano a rappresentarli nella loro totalità come corpo unitario⁴⁹⁵.

Dunque, il fondamento giuridico della potestà statale ridiede nella stessa volontà dei sudditi, "*che lo Stato hanno*

⁴⁹² G. DUSO, *Libertà* cit., p. 189.

⁴⁹³ *Idem*, p. 190.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ *Idem*, pp. 190-191, dove l'autore dice che il frontespizio del *Leviathan* raffigura il sovrano, il quale non ha i cittadini di fronte a sé, ma dentro il suo stesso corpo: "*essi sono il suo corpo e la loro volontà politica è la sua volontà*"; lo stesso concetto è espresso anche da G. MIGLIO, op. cit., *I. Storia delle dottrine politiche*, p. 259.

liberamente accettato, assumendo l'impegno di prestargli obbedienza" ⁴⁹⁶.

Alla luce di queste considerazioni formulate, riteniamo che, con l'esaltazione del valore costitutivo del principio rappresentativo, l'idea moderna di rappresentanza politica uscita dalla Rivoluzione francese finisca, paradossalmente, per essere la base di legittimazione di un processo assolutistico di monopolizzazione del potere politico, anziché esserne "*un correttivo od un rovesciamento*" ⁴⁹⁷, in stridente antitesi con quelle premesse liberali, fondate sul primato della volontà individuale, dalle quali la scuola giusnaturalistica aveva preso il proprio avvio nei secoli XVII-XVIII.

Dunque, la concezione liberale della rappresentanza politica *post-rivoluzionaria*, a causa dei suoi presupposti ideologici individualistici, non consente di formulare un'interpretazione dell'art. 67 Cost., che sia in armonia con il principio di sussidiarietà orizzontale, dal momento che accentua in modo unilaterale la dimensione assolutistica del potere sovrano.

Pensiamo che nella società civile descritta dalla Carta costituzionale si possano individuare alcuni lineamenti essenziali della *bürgerliche Gesellschaft* hegeliana, cioè una società articolata nella varietà delle sue associazioni, comunità, corpi intermedi, che esprimono tutti una forte tensione alla politicità, seppure ancora incompiuta concettualmente per la presenza di alcuni elementi residuali di diritto privato.

⁴⁹⁶ G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 15.

⁴⁹⁷ G. DUSO, *Libertà* cit., p. 188.

In conseguenza di ciò, da un punto di vista speculativo la società civile non può essere ridotta soltanto ad un insieme atomistico e indeterminato di soggetti isolati.

Questa *Weltanschauung* universalistico-comunitaria, che si realizza nell'ordinamento costituzionale vigente, esige che l'assemblea parlamentare rappresenti le tante “*differenze determinate*”⁴⁹⁸ corrispondenti ai bisogni e agli interessi che riguardano la complessità del vivere sociale, e non, invece, le “*differenze indefinite*”⁴⁹⁹ di singoli individui astrattamente considerati, distanti dalla concretezza della loro relazionalità interpersonale.

Richiamando alla memoria quanto è emerso nel corso dell'analisi delle formazioni sociali, si è osservato che nei corpi intermedi lo svolgimento della personalità umana è finalizzato alla maturazione della coscienza di sé, condizione indefettibile affinché l'individuo acquisisca la consapevolezza di essere parte integrante di un organismo etico-spirituale che lo trascende, ma che, nel medesimo tempo, ha bisogno di essere “riconosciuto” dal singolo proprio per potersi realizzare come totalità politica, cioè come armonia fra il particolare e l'universale⁵⁰⁰.

Da queste considerazioni, si deduce che la dicotomia Stato/individuo, nella quale il liberalismo e l'assolutismo si fondono insieme generando le gravi aporie sopra stigmatizzate, può essere risolta soltanto attraverso un'interpretazione costituzionale del principio della rappresentanza politica che non recida il legame con il principio di sussidiarietà orizzontale, ma che, al contrario, lo porti a compimento proprio nella realtà statuale delle istituzioni parlamentari previste dal diritto positivo vigente.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 217.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 520.

Allora, lo Stato concreto diventa la realizzazione dell'idea etica di libertà proprio perché esso “*ist das in seine besonderen Kreise gegliederte Ganze*”⁵⁰¹.

Da ciò discende che il singolo può essere considerato un membro dello Stato soltanto nella misura in cui egli sia innanzi tutto un membro di una di queste cerchie particolari, all'interno delle quali egli matura gradualmente la propria vocazione alla libertà oggettiva, aprendosi a poco a poco alla prospettiva universale della politicità⁵⁰².

Dopo aver ribadito quanto siano importanti le formazioni sociali, intendiamo sottolineare il loro legame con l'istituto della rappresentanza politica, soprattutto in relazione al principio costituzionale del libero mandato parlamentare.

Da questa dimensione organica, che caratterizza l'essenza più profonda dello Stato moderno, si deduce logicamente che i deputati e i senatori non sono i rappresentanti di una moltitudine indiscriminata di singoli individui, come vorrebbe la moderna rappresentanza politica sorta dalla Rivoluzione francese, ma, invece, rappresentano le sfere essenziali della società, i suoi interessi più rilevanti che trascendono ciò che è meramente accidentale e contingente⁵⁰³.

Mentre nella *bürgerliche Gesellschaft* le realtà corporative e associative conservano ancora alcuni aspetti privatistici, insiti nel bisogno di garantire una comune protezione a una serie di interessi particolari, all'interno dello Stato esse non sono più in tensione dialettica con l'interesse generale, bensì, attraverso i rappresentanti parlamentari, assolvono una significativa funzione di mediazione.

⁵⁰¹ *Ibidem*: “è il Tutto articolato nelle sue cerchie particolari”.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ *Idem*, p. 524.

Tuttavia, è necessario chiarire ed esplicitare il senso autentico di tale mediazione.

Questa *Vermittlung* non va confusa con un compromesso di tipo contrattualistico: non si tratta, infatti, di trovare un punto di incontro fra lo Stato sovrano, da una parte, e i singoli individui, dall'altra, entrambi “*intesi come realtà presupposte alla mediazione*”⁵⁰⁴.

Se così fosse, ritorneremmo alla rappresentanza politica della Costituzione borghese del 1791, dalla quale emerge un insanabile conflitto fra autorità e libertà, logicamente non risolvibile perché fondato su presupposti filosofici individualistici.

In altre parole, Stato e individuo, assunti unilateralmente in quanto tali al di fuori della mediazione, non sono concettualmente reali, sono privi di una loro concretezza speculativa: sono soltanto termini astratti di un rapporto, che anch'esso non potrà che essere astratto, razionalmente inconsistente.

Perciò essi vivono soltanto all'interno della mediazione, completandosi a vicenda.

Come si è osservato nelle fasi precedenti di questo lavoro a proposito della società civile, l'individuo per sviluppare in modo adeguato la propria personalità umana, nonché maturare la coscienza di sé, ha bisogno di aprirsi alla dimensione della politicità.

Nello stesso tempo, lo Stato moderno, se non vuole essere soltanto *Macht und Zwang*, cioè pura forza e costrizione, ma anche *Wille*, cioè volontà e libertà, diventando un vero e proprio “soggetto politico”, esige di essere riconosciuto dall'uomo come tale.

⁵⁰⁴ G. DUSO, *Libertà* cit., p. 186.

Tuttavia, l'individuo può riconoscerlo solo nel momento in cui, a sua volta, lo Stato sia degno di questo riconoscimento dinanzi all'uomo; perciò, riteniamo che il modo più efficace che lo Stato ha per meritarselo sia quello di rendere gli interessi essenziali della società realmente presenti all'interno delle istituzioni parlamentari, attraverso i propri rappresentanti: "*das Interesse selbst ist in seinem Repräsentanten wirklich gegenwärtig*"⁵⁰⁵.

A differenza della rappresentanza liberale che si riduce a un'autorizzazione fiduciaria all'imposizione del potere sui consociati, trasformati in sudditi, destinatari passivi di precetti autoritativi sentiti come la manifestazione della volontà ostile dello Stato, al contrario, interpretando il principio dell'art. 67 Cost. in relazione alla sussidiarietà orizzontale, riteniamo che la rappresentanza politica assuma il significato di *Mitwirkung*, cioè di partecipazione dei corpi sociali all'esercizio della sovranità.

Tuttavia, arrivati a questo punto della nostra esposizione, è necessario precisare che questa forma di rappresentazione, che valorizza il contributo attivo delle formazioni sociali, si distingue nettamente dall'antica rappresentanza cetuale di origine medievale, ancora presente nell'Antico Regime, ma si colloca nella modernità, dal momento che è saldamente fondata su presupposti concettuali di diritto pubblico, differenziandosi dall'*altständische Verfassung* di diritto privato⁵⁰⁶.

Riteniamo che nell'idea di partecipazione sia insita la consapevolezza del proprio essere "parte", cioè di essere l'espressione di una parzialità, seppure si tratti di una

⁵⁰⁵ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 524: "L'interesse stesso è realmente presente nel proprio rappresentante".

⁵⁰⁶ G. DUSO, *La rappresentanza politica* cit., p. 61: "la Costituzione degli antichi ceti".

parzialità determinante per la comprensione adeguata della struttura concettuale dello Stato moderno.

Con tutta evidenza, la presa di coscienza della propria relatività implica il riconoscimento di un'alterità più grande alla quale appartenere e aderire integralmente.

Pertanto, reputiamo che la rappresentanza politica, intesa organicamente come la partecipazione all'esercizio della sovranità, non sia la difesa negoziale degli interessi particolari delle comunità e delle corporazioni, in opposizione all'interesse generale dello Stato, poiché il principio del libero mandato sancito dalla disposizione costituzionale in esame nega che i parlamentari siano assimilabili a mandatari, ai quali sia stato commissionato il compimento di una specifica attività ovvero siano state loro assegnate istruzioni dettagliate e vincolanti per lo svolgimento di determinati incarichi⁵⁰⁷.

Piuttosto, mediante l'attività dei rappresentanti e la stessa pubblicità delle assemblee legislative, osserviamo che, proprio in forza del divieto di mandato imperativo, “è la stessa opinione delle cerchie a venire mutata [in vista dell'interesse generale]”⁵⁰⁸: ciò significa che il Parlamento è un'adunanza viva nella quale ci si persuade reciprocamente, dibattendo insieme sul bene comune della società politica⁵⁰⁹.

Conclusioni

Dopo aver sottolineato l'importanza della società civile affinché nello Stato moderno si realizzi l'armonia organica della vita etica, successivamente, attraverso l'analisi storica

⁵⁰⁷ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., pp. 520 e 522.

⁵⁰⁸ G. DUSO, *La rappresentanza politica* cit., p. 71.

⁵⁰⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 522; M. ROSSI, op. cit., p. 759.

del passaggio dalla monarchia assoluta a quella costituzionale e da quest'ultima a quella parlamentare, abbiamo confutato la concezione medievale della rappresentanza fondata sul mandato vincolante, per poi analizzare l'idea moderna di rappresentanza politica della filosofia liberale.

Stigmatizzando le aporie della dottrina giusnaturalistica, abbiamo interpretato l'art. 67 Cost. in relazione al principio di sussidiarietà orizzontale degli artt. 2-118, ult. c., Cost., per arrivare a formulare una teoria della rappresentanza intesa come partecipazione e mediazione per il bene comune della società politica.

CONCLUSIONI FINALI

Giunti al termine di questo lavoro di tesi dottorale, è arrivato il momento di formulare alcune considerazioni conclusive, che illustrino in modo definitivo la logica finale del legame esistente tra il principio di sussidiarietà orizzontale e quello della rappresentanza politica, all'interno della nostra Costituzione, non senza inquadrare questa ultima parte della nostra esposizione all'interno di un orizzonte problematico che riguarda, in più generale, la dottrina dello Stato e il campo della filosofia politica.

Come si è potuto osservare dall'analisi delle disposizioni normative esaminate, nelle sfere della famiglia e della società civile l'individuo non è più concepito in modo astratto, secondo la dottrina giusnaturalistica e contrattualistica, ma è un "*homme situé*", ossia è colto nella concretezza della vita etica che si svolge nell'ambito pluralistico delle formazioni sociali, dove l'elevazione del "particolare" all'"universale" ha il suo inizio.

Traendo ispirazione dalla dottrina di Hegel, si è osservato che la sussidiarietà è un principio "dialettico" che descrive lo sviluppo dell'idea di libertà negli istituti etici previsti dagli artt. 2-29-118, ult. c., Cost.

Nel medesimo tempo, questo "divenire" (proprio perché è un divenire in senso "speculativo") si traduce anche in forme logiche del pensiero, elaborando in concetti giuridici il contenuto reale di questi stessi istituti disciplinati dal diritto positivo, sopra indicati: in questo modo si è dimostrato, con la riflessione filosofica, la loro intrinseca razionalità immanente, superando la contrapposizione kantiana fra il piano del *Sollen* e quello del *Sein*.

Tuttavia, come si è potuto constatare, nello stadio "prepolitico" questo cammino della libertà non arriva al

proprio compimento definitivo, dal momento che sia il consorzio familiare, sia la società economica, conservano nel loro nucleo concettuale ancora alcuni elementi di diritto privato, che rallentano il processo di sublimazione verso il bene comune.

Quest'ultimo, invece, secondo quanto è emerso, sembra perfezionarsi soltanto nello Stato, precisamente nel principio della rappresentanza politica sancito dall'art. 67 della Carta costituzionale.

In queste conclusioni finali, si tratta allora di definire una volta per tutte il rapporto dialettico che lega inscindibilmente la sussidiarietà orizzontale con la rappresentanza.

Formulata in altri termini, la questione focale che si intende porre all'attenzione è la seguente: in che senso, nell'ordinamento costituzionale vigente, il bene comune - che è lo scopo essenziale della sussidiarietà orizzontale - si compie nella rappresentanza politica?

La risposta a questa domanda decisiva scaturisce dalla concezione stessa della rappresentanza derivante dalla Costituzione, intesa come la partecipazione e la mediazione dei corpi intermedi della società civile all'esercizio della sovranità statale, come è stato sostenuto nell'ultima fase di questa tesi.

Precisamente, riteniamo che ogni membro del Parlamento rappresenti la Nazione, concepita come la totalità etica di un popolo storico che si organizza ad unità all'interno delle proprie istituzioni politico-statali.

In conseguenza di ciò, il rappresentante parlamentare raffigura e impersona, in modo emblematico, quel pluralismo sociale nel quale si articola quello stesso popolo concepito nella multiformità della propria vita organica: la Nazione, alla quale l'art. 67 Cost. si riferisce, è “<<il

popolo reale e vivente>> che ogni parlamentare ha il compito di rappresentare”¹.

Se così è, si deduce che nel nostro ordinamento la rappresentanza politica si differenzia notevolmente da quella della *Constitution* del 1791, la quale presupponeva un potere sovrano contrapposto, autoritativamente, ad una società pressoché inesistente, costituita da tanti singoli individui isolati, vincolati soltanto da rapporti contrattuali di diritto privato, lontani dalla prospettiva dell’eticità o della moralità concreta.

Fermo restando quanto affermato sin qui, contemporaneamente, giova inoltre riconoscere che nell’interpretazione sistematica dell’art. 67 con gli artt. 2-118, ult. c., Cost., la vivacità della *bürgerliche Gesellschaft* non si risolve nella legittimazione di un nuovo corporativismo dagli accenti feudali, nel quale la rappresentanza politica si confonde con quella negoziale degli interessi particolari, risalente all’*Ancien Régime*.

Infatti, se il principio di sussidiarietà orizzontale promuove la partecipazione dei corpi intermedi all’esercizio della sovranità, a sua volta la rappresentanza politica - proprio perché è fondata sul principio costituzionale del libero mandato parlamentare - impone a questa partecipazione di svolgersi responsabilmente nella direzione del bene comune dell’intera società politica considerata unitariamente nella sua universalità.

Da ciò si deduce che la rappresentanza politica non è il fondamento del libero mandato parlamentare, ma, al contrario, è proprio l’assenza di vincoli condizionanti, cioè di mandati imperativi, che consente al parlamentare, almeno

¹ P. PERLINGIERI, *Commento cit.*, art. 67, p. 425.

in linea di principio, di rappresentare la Nazione, identificandosi con il popolo².

Dunque, dall'analisi effettuata nel corso del presente lavoro emerge in tutta evidenza che la dimensione della statualità non è in conflitto con la sussidiarietà orizzontale, anzi, in un certo senso, possiamo concludere che il “politico-istituzionale”, proprio attraverso la rappresentanza parlamentare, ne costituisca il suo compimento teoretico, in quanto realizzazione dello sviluppo dialettico della libertà. In altre parole, la stretta relazione fra gli artt. 2-29-118, ult. c., Cost., da un lato, e l'art. 67 Cost., dall'altro, implica un *ethos* che non è la pura naturalità dell'*association* spontanea, la quale rischia di disarticolarsi in una realtà empirica inorganica, destrutturata e *a*-sistemica, ma al contrario, è un *ethos* che si inserisce concettualmente all'interno degli schemi giuspubblicistici dello Stato moderno, razionalizzandosi e marcando le distanze da ogni anelito utopistico-illuministico mirante alla creazione artificiosa di una “società senza Stato”³.

Come acutamente sottolinea Bobbio, dopo Hegel lo Stato diventa, nella moderna società industriale, una specie di “capro espiatorio”⁴ al quale imputare “tutti i misfatti della storia”⁵, sia da parte del pensiero liberale inglese, sia da parte di quello anarchico o del socialismo francese di Proudhon, fino ad arrivare a Marx dove questo processo di delegittimazione delle istituzioni politiche assume la sua forma più grave ed intensa.

² *Ibidem*.

³ Sulla relazione fra il pensiero illuministico e le tendenze utopistiche dell'*association* spontanea, v. A. MATTIONI - F. FARDELLA, op. cit., pp. 14-15.

⁴ N. BOBBIO, *Studi hegeliani*. Diritto cit., p. 32.

⁵ *Ibidem*.

Con particolare riferimento a quest'ultimo autore, economista e filosofo, come è noto, nel suo pensiero la dimensione statuale è soltanto un epifenomeno, cioè una sovrastruttura giuridica e politica dell'insieme dei rapporti di produzione, che costituiscono, invece, la base reale della struttura economica della società stessa⁶.

In questo modo, la critica di Marx disconosce radicalmente ogni dignità concettuale allo Stato, il quale, anziché essere la realtà compiuta della volontà essente-in-sé-e-per-sé, come avviene in Hegel, si riduce a qualcosa di storicamente contingente, privo di una propria autonomia speculativa e destinato, infine, ad estinguersi⁷.

Riallacciandoci ancora una volta con il discorso sulla sussidiarietà, una dottrina recente si ispira a Böckenförde, affermando in modo condivisibile che: *“i valori di cooperazione solidale che concorrono a costituire l’humus coesivo - in sostanza appunto il cemento assiologico - delle società, si giovano di apporti etici e di sensibilità religiose, dunque non solo degli strumenti giuridici”*⁸.

Più avanti, nella medesima opera, questo costituzionalista italiano approfondisce ulteriormente tale concetto, evidenziando il valore della sussidiarietà orizzontale come strumento di integrazione e di correzione *“della*

⁶ K. MARX, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, tr. it., Editori Riuniti, Roma, 1957, pp. 10-11.

⁷ F. ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, tr. it., Editori Riuniti, Roma, 1963, *passim*. V. anche N. BOBBIO, *Esiste una dottrina marxista dello Stato?*, in AA. VV., *Il marxismo e lo Stato*, Mondoperaio, Roma, 1976, pp. 1-17.

⁸ S. PRISCO, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, pp. 20-21, in www.dirittifondamentali.it.

*tradizionale verticalità del potere politico e della insufficiente (...) mera vincolatività giuridica”*⁹.

Come anche noi riteniamo, è certamente fondamentale accentuare l'importanza dell'*ethos*, inteso come la manifestazione armonica della natura organica del *kósmos*¹⁰, anche se, tuttavia, in questo autore tale giudizio sembra in parte attenuato dalla consapevolezza della necessaria coesistenza, nelle odierne società di massa, di scelte etico-culturali diverse, “*non essendo più le società idealmente e per fedi religiose omogenee*”¹¹, a causa dell'avvenuto “*<<disincanto del mondo>>*”¹², oltreché dell’“*artificialità del riferimento al βίος, attestata dagli sviluppi della tecnica e indagata dalla bioetica*”¹³.

A tale proposito, giunti quasi al termine di queste riflessioni conclusive, non possiamo esimerci dal porci questa domanda: il relativismo assiologico dominante, che emerge dall'analisi empirica dei fenomeni sociali fino al punto da contaminare la stessa sfera politico-statuale delle istituzioni rappresentative, impedisce, di per sé, alla ragione speculativa di comprendere concettualmente l'intrinseca razionalità dell'universo etico, nei termini precisi di una filosofia della conoscenza che sia saldamente strutturata da un punto di vista teoretico?

Seppure nella concisione di queste pagine finali, vogliamo provare ad affrontare in termini critici quest'ultima delicata problematica, cercando di fornirvi una risposta adeguata.

⁹ *Idem*, p. 25.

¹⁰ *Idem*, p. 27-28.

¹¹ *Idem*, p. 28.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

Parafrasando Hegel, incominciamo da questa evidente constatazione, che, tuttavia, formuliamo in termini retorici: chi non possederebbe la sapienza di non accorgersi, nell'ambiente in cui si trova a vivere, di tante cose che, di fatto, non sono come dovrebbero essere?¹⁴

Consapevole di questa incerta condizione attuale nella quale la vita comune è alimentata dall'arbitrio, dall'accidentalità e dall'errore¹⁵, ragionevolmente e saggiamente lo studioso italiano sopra indicato, rifacendosi a Bobbio, auspica che il costituzionalismo nel mondo contemporaneo contrasti *“le pretese all'autoreferenzialità dell' “economico” e dello sviluppo tecnologico e delle sue applicazioni, talora in grado di aiutare l'uomo, ma talaltra disumanizzanti, almeno rispetto alla dimensione dell'essere che finora abbiamo conosciuto”*¹⁶.

Pur riconoscendo l'autorevolezza morale dell'appello responsabile all'antico diritto di resistenza¹⁷, tuttavia, come abbiamo affermato sin dall'introduzione, il nostro lavoro non è stato mosso da intenti “pratici”, seppure nobili, secondo i lineamenti di una filosofia dell'azione sociale, bensì da scopi “teoretici” e gnoseologici.

Rimanendo fedeli a questa nostra impostazione originaria, pensiamo che *“Der Staat ist kein reines Kunstwerk”*¹⁸, dal momento che esso si trova nel mondo, nella sfera dell'arbitrio, del caso e della caducità, in cui gli aspetti transitori e decadenti sembrano prevalere su ciò che è necessario e razionale.

¹⁴ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 6.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ S. PRISCO, op. cit., p. 28.

¹⁷ *Idem*, p. 25.

¹⁸ G.W.F. HEGEL, *Il cammino di Dio nel mondo e lo Stato*, appendice prima a Id., *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 618: “Lo Stato non è una pura opera d'arte”.

Ciononostante, come in un uomo ammalato è possibile vedere, pur sempre, un uomo ancora vivente¹⁹, analogamente, riteniamo che un ordinamento politico, seppure lacerato da tante cattive intenzioni, tuttavia, nella misura in cui in esso è dato l'essenziale, debba contenere tutti i suoi momenti statuali fondamentali, che lo individuano come tale e lo fanno essere, appunto, "*ein Staat als Staat*"²⁰.

Nel corso di questo nostro lavoro, attraverso l'esame della famiglia, della società civile fino alla rappresentanza politica, ci siamo sforzati di cogliere proprio questi elementi "essenziali", che esprimono quella razionalità immanente nei principali istituti etici dell'ordinamento costituzionale vigente e che, dunque, costituiscono i presupposti "filosofici" del principio di sussidiarietà orizzontale.

Da una parte abbiamo sempre tenuto presente la dimensione effettuale della positività, dal momento che si tratta di una razionalità che si realizza concretamente nel mondo esterno, confutando una concezione formale ed astratta della libertà di derivazione kantiana.

Dall'altro lato, abbiamo anche avvertito la tensione ideale a trascendere la dimensione della sola tecnicità giuridica, senza tuttavia eluderla, per sostenere con più incisività, anche mediante il contributo della riflessione filosofica, la nostra tesi di fondo.

Infatti, proprio attraverso questa impostazione metodologica, è stato possibile dimostrare il legame che unisce, nella loro profonda coerenza, il principio di sussidiarietà orizzontale con quello della rappresentanza politica.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*: "uno Stato in quanto Stato".

Ciò ha consentito di comprendere concettualmente il concreto mondo etico nella sua profonda verità, anche se questa realtà in molti casi può apparire sopraffatta da contesti accidentali, effimeri e transitori, i quali, per un certo tempo e per determinate cerchie di interessi particolari, possono avere avuto una grande importanza relativa²¹.

Tuttavia, alla fine, anche questi ultimi, per la debolezza della loro superficialità, sono destinati a cedere dinanzi alla suprema razionalità che attraversa, nonostante tutto, le alterne vicende della storia umana.

Per tali ragioni, riteniamo di concludere questo nostro lavoro ricordando le parole di Hegel, tradotte da Passerin d'Entrèves nella sua opera giovanile: *“Si tratta allora di riconoscere, nell'apparenza del temporaneo e del transitorio, la sostanza che è immanente e l'eterno che è attuale”*²².

²¹ G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen* cit., § 6.

²² A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia* cit., p. 91, nonché G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie* cit., p. 58.

BIBLIOGRAFIA

N. ABBAGNANO, *Storia della Filosofia*, Vol. II, Parti I e II, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1961.

D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia. Purgatorio*, La Nuova Italia, Scandicci, 1991.

U. ALLEGRETTI, *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, relazione al Club dei Giuristi e Centro Bachelet - Giornata in onore di Giorgio Berti, Roma, 11 novembre 2005, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in www.astrid-online.it.

H. ARENDT, *Was ist Politik?*, tr. it., Edizioni di Comunità, Milano, 1997.

A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1990.

G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Cedam, Padova, 1964.

P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953.

BENEDICTUS XVI, *Caritas in veritate*, 2009, in w2.vatican.va.

BENEDICTUS XVI, *Deus caritas est*, 2005, in w2.watica.va.

F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Cedam, Padova, 1996.

G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986.

G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Cedam, Padova, 1994.

G. BERTI, *Legalità nelle istituzioni*, in Id., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994.

G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994.

G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2002, 31, I.

M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1976.

C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987.

P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale: istituzioni di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1989.

P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le forme di Stato e le forme di governo, le costituzioni moderne*, Giuffrè, Milano, 1980.

J.K. BLUNTSCHLI, *Politik als Wissenschaft*, in Id., *Lehre von modernen Staats*, tr. it., Vallardi, Napoli, 1879.

N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano, Napoli, 1965.

N. BOBBIO, *Esiste una dottrina marxista dello Stato?*, in AA. VV., *Il marxismo e lo Stato*, Mondoperaio, Roma, 1976.

N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto, società civile, stato*, Einaudi, Torino, 1981.

G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1994.

G. BURDEAU, *La démocratie: essai synthétique*, Office de Publicité, Bruxelles, 1956.

P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, G. Giappichelli, Torino, 2008.

R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, II, Sirey, Paris, 1922.

M.A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Giuffrè, Milano, 1962.

A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Giuffrè, Milano, 1982.

G. COCCO, *Cronaca di molte scelte annunciate e di poche perseguite: ovvero il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Diritto pubblico*, 1998, 4(3).

B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes: discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819*, tr. it., Einaudi, Torino, 2005.

Constitution, 1791, in www.conseil-constitutionnel.fr.

V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, in Id. *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985.

E. CROSA, *Il principio della sovranità popolare dal Medioevo alla rivoluzione francese*, F.lli Bocca, Torino, 1915.

A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali* / a. XXI, n. 1, marzo 2001.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, in www.legifrance.gouv.fr.

G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2012.

G. DUSO, *La rappresentanza politica e la sua struttura speculativa nel pensiero hegeliano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 1989, 18.

G. DUSO, *Libertà e costituzione in Hegel*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

F. ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, tr. it., Editori Riuniti, Roma, 1963.

C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana: saggi*, Cedam, Padova, 1954.

J. G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, tr. it., Laterza, Roma, 1994.

D. FISICHELLA, *Sul concetto di rappresentanza politica*, in Id. (a cura di), *La rappresentanza politica. Antologia*, Giuffrè, Milano, 1983.

FRANCISCUS, *Laudato si'*, 2015, in w2.watica.va.

GIOVANNI PAOLO II, *Centesimus Annus*, 1991, in w2.watica.va.

GIOVANNI PAOLO II, *Fides et Ratio*, 1998, in w2.watica.va.

C. GRASSETTI, *Diritto di famiglia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, VI, Utet, Torino, 1990.

C. GRASSETTI, *Famiglia (Diritto privato)*, in *Novissimo digesto italiano*, VII, Utet, Torino, 1961.

L. GRION, *Divisi dal bene comune*, in F. PIZZOLATO - P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2013.

H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Scientia Verlag, Aalen, 1993.

G.W.F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, tr. it., Bompiani Testi a fronte, Milano, 2007.

G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, tr. it., Bompiani Testi a fronte, Milano, 2010.

G.W.F. HEGEL, *Il cammino di Dio nel mondo e lo Stato*, appendice prima a Id., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, tr. it., Bompiani Testi a fronte, Milano, 2010.

G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, tr. it., Bompiani Testi a fronte, Milano, 2004.

G.W.F. HEGEL, *Philosophische Propädeutik*, erstmals 1840 durch K. Rosenkranz veröffentlicht, in www.marxists.org.

G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, tr. it., Mondolibri, Milano, 2003.

T. HERR, *Katholische Soziallehre. Eine Einführung*, tr. it., Piemme, Casale Monferrato, 1996.

T. HOBBS, *Leviathan*, tr. it., Testo inglese del 1651 a fronte, Testo latino del 1668 in nota, Bompiani Il Pensiero Occidentale, Milano, 2001.

G. JELLINEK, *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, tr. it., Società editrice libraria, Milano, 1912.

I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, tr. it., Bompiani Il pensiero occidentale, Milano, 2006.

I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2003.

W. KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1994.

W. KERSTING, *La dottrina del duplice contratto nel diritto naturale tedesco*, in *Filosofia politica*, VIII, il Mulino, Bologna, 1994.

R. KIRK, *The Roots of American Order*, tr. it., Mondadori, Milano, 1996.

La Costituzione della Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei Deputati, con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando, in http://documenti.camera.it/bpr/14611_testo.pdf.

F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in S. ROGARI (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze University Press, Firenze, 2006.

LEONE XIII, *Rerum Novarum*, 1891, in w2.vatican.va.

J. LOCKE, *Two treatises of government*, New American Library, New York, 1965.

G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967.

J. MARITAIN, *La personne et le bien commun*, tr. it., Morcelliana, Brescia, 1983.

K. MARX, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, tr. it., Editori Riuniti, Roma, 1957.

A. MATTIONI - F. FARDELLA, *Teoria generale dello Stato e della Costituzione. Un'antologia ragionata*, G. Giappichelli, Torino, 2009.

L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Atti del XLIX corso di aggiornamento culturale*

dell'Università Cattolica su *La coscienza contemporanea tra <<pubblico>> e <<privato>>: la famiglia crocevia della tensione*, Vita e Pensiero, Milano, 1979.

L. MEZZETTI, *Manuale breve. Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008.

G. MIGLIO, *Le trasformazioni del concetto di rappresentanza*, in Id., *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, II, Giuffrè, Milano, 1988.

G. MIGLIO, *Lezioni di politica. I. Storia delle dottrine politiche*, il Mulino, Bologna, 2011.

G. MIGLIO, *Lezioni di politica. II. Scienza della politica*, il Mulino, Bologna, 2011.

J.S. MILL, *On liberty*, tr. it., Est, Milano, 1999.

C. MILLON-DELSOL, *L'Etat subsidiaire: ingérence et non-ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Presses universitaires de France, Paris, 1992.

C. MORTATI, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s.l., 1949, con Nota introduttiva di F.

LANCHESTER, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

E. MOUNIER, *Le personnalisme*, tr. it., A.V.E., Roma, 1989.

V.E. ORLANDO, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954.

V.E. ORLANDO, *Du fondement juridique de la représentation politique*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Chevalier-Marescq et C., Paris, 1895, in gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, ripubblicato tradotto con il titolo *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954.

M. PACELLI, *La posizione giuridica di membro del Parlamento*, Libreria scientifica, Napoli, 1969.

L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, II, Giuffrè, Milano, 1965.

A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il fondamento della filosofia giuridica di G.G.F. Hegel*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2012.

A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, G. Giappichelli, Torino, 2009.

A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural law. An introduction to legal philosophy*, Hutchinson's University Library, London, 1951.

P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione Italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

PIUS XI, *Quadragesimo Anno*, 1931, in w2.watica.va.

F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in F. PIZZOLATO –

P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2013.

PLATONE, *Repubblica*, tr. it., Bompiani, Milano, 2009.

F. POLACCHINI, *Il principio di eguaglianza*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011.

K.R. POPPER, *Immanuel Kant: The Philosopher of the Enlightenment*, tr. it., in Id., *Come io vedo la filosofia e altri saggi*, Armando, Roma, 2005.

S. PRISCO, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in www.dirittifondamentali.it.

G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 1/2002.

P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1987.

S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, in Id., *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950.

H. ROMMEN, *Der Staat in der katholischen Gedankenwelt*, tr. it., Giuffrè, Milano, 1964.

E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989.

M. ROSSI, *Marx e la dialettica hegeliana. 1. Hegel e lo Stato*, Editori Riuniti, Roma, 1960.

J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, Paris, 1966.

A.M. SANDULLI, Art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, I, Cedam, Padova, 1993.

A.M. SANDULLI, *Società pluralista e rinnovamento dello Stato*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Jovene, Napoli, 1990.

C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

SOPHOCLES, *Antigone*, en. tr., Oxford University Press, Oxford, 2003.

A. SPADARO, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, Edistudio, Roma, n. 67 - Anno 1985 Trimestre 1.

H. SPENCER, *Political forms and forces*, in Id., *The principles of sociology*, Williams & Norgate, London, 1893.

S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, n. 5/2006.

H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine. L'Ancien régime*, tr. it., Adelphi, Milano, 1986.

A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1995.

A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1988.

H. TRIEPEL, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine kritische Studie*, Verlag Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1942.

P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1948.

F. VON GENTZ, *Der Ursprung und die Grundsätze der Amerikanischen Revolution, verglichen mit dem Ursprung und den Grundsätzen der Französischen*, en. tr., Henry Regnery, Chicago, 1955.

O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Akademische Druck - U. Verlagsanstalt, Graz, 1954.

F.A. VON HAYEK, *The constitution of liberty: the definitive edition*, University of Chicago press, Chicago-London, 2011.

F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia, Aalen, 1981.

A. VON TROTT ZU SOLZ, *Hegels Staatsphilosophie und das internationale Recht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1932.

M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, tr. it., Rizzoli, Milano, 1991.

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, BUR Saggi, Milano, 2008.

G. ZAGREBELSKY, *Lectio Magistralis su "Antigone e le leggi"*, evento trasmesso in <http://webtv.camera.it/evento/8672>, 2015.

G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari: natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Einaudi, Torino, 1979.

N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991.

N. ZANON, *La seconda giovinezza dell'art. 67 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali* / a. XXXIV, n. 2, giugno 2014.