

# *Il legalismo giuridico*

## *Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità*

**Lucia Triolo**

SOMMARIO: 0. *Introduzione* – I. *Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità.* – 1. *Le costanti della legalità.* – 2. *La legalità come conformità a regole ed il suo orizzonte giuridico.* – 3. *La legalità come virtù.* – 4. *Il principio di legalità come principio pratico: la scelta garantista.* – 5. *La legalità come la virtù propria del “seguire una regola” giuridica ed il primato del diritto come valore sociale.* – II. *Il legalismo giuridico.* – 6. *Legalismo morale e legalismo giuridico.* – 7. *La degenerazione legalista.* – 8. *L’aspetto teorico/ideologico del legalismo giuridico.* – 8.1. *La visione legalista della giustizia.* – 8.2. *La visione legalista della regola e dell’obbligo giuridico.* – 9. *L’aspetto pratico del legalismo.* – 9.1. *La prassi legalista del seguire una regola e la degenerazione dell’habitus della legalità.* – 9.2. *Il percorso di giustificazione legalista.* 10. *Il legalismo ingenuo come illegalità sommersa.* – 11. *Il legalismo strategico/politico.* – 12. *Le costanti del legalismo strategico/politico.* – 13. *Conclusioni.*

### *0. – Introduzione*

Chi è per il diritto il “legalista”? È possibile tratteggiare le linee-quadro di un fenomeno come quello del legalismo giuridico?

Inserirsi in un discorso ad ampio raggio sullo Stato di diritto con simili interrogativi può probabilmente apparire provocatorio. Provocatorio non solo perché tema caldo del paradigma dello Stato di diritto è semmai la legalità e non il legalismo, ma anche perché il legalismo, di per sé, in quanto categoria morale e religiosa, costituisce un tema non sufficientemente approfondito dalla teoria del diritto e pressoché ignorato dall’opinione pubblica. I più anziani, forse, possono trovarne qualche traccia nella soffitta della memoria a proposito di certe forme di obbedienza dagli esiti tragici. Ma al di fuori di questi ricordi, se proviamo a chiederci cosa si intenda per “legalismo” dal punto di vista del diritto, quale posto esso occupi e/o se giochi un ruolo nella prassi delle nostre democrazie costituzionali e globalizzate non facciamo, credo, fatica a scoprire che si tratta di una nozione per lo più ignorata, quando non addirittura estranea all’orizzonte dei discorsi politici e giuridici dei nostri giorni. L’utilizzabilità di una categoria come il legalismo resta quindi confinata quasi esclusivamente, come dicevo, in campo religioso/morale. Per contro, in sede religiosa ed in sede morale nessun concetto di legalità può avere cittadinanza. Non è difficile rendersene conto: è bene operare conformemente ad una norma morale o religiosa perché (si ritiene che) tale norma ci indirizzerà verso comportamenti giusti o religiosamente validi ma non perché sia in se stessa cosa buona e desiderabile comportarsi conformemente alla norma. In questo senso il principio di legalità è un principio esclusivamente giuridico-positivo.

Da qui allora la necessità di registrare preliminarmente una *differenza di campo* tra i due concetti: essi, a prima vista risultano asimmetrici e quindi difficilmente osservabili da una medesima angolazione quale può essere quella fornita dal diritto. Chi voglia riflettervi sopra è allora obbligato ad una ginnastica mentale non facile e soprattutto non scontata come è quella che costringe a passare da percorsi segnati e battuti come quelli della legalità a sentieri appena tracciati e sostanzialmente inesplorati come quelli del legalismo giuridico.

Tuttavia, nella misura in cui il legalismo ha rappresentato e continua a rappresentare il mito della conformità alla legge, non è possibile dubitare che esista un nesso non generico tra legalismo e legalità e che esso vada indagato da parte dei giuristi per osservare gli effetti che produce anche nel loro settore di interesse e di indagine<sup>1</sup>.

Proprio qui però nascono serie difficoltà. In sede religioso/morale la categoria del legalismo connota un atteggiamento formalistico nei confronti delle regole. Un atteggiamento cioè non interessato a (o comunque non capace di) tradurre, come dovrebbe, in un obbligo di coscienza (*foro interno*) i vincoli derivanti dalle regole. Legalista, in questo senso è colui, che osserva la norma senza coglierne e far proprio l'insegnamento. Il diritto però non obbliga, secondo una lunga ed autorevole tradizione (Kant), in *foro interno* (altrimenti, si sa, non lo si potrebbe più distinguere dalla morale); i vincoli che esso pone non creano, almeno in prima battuta, questioni di coscienza e non hanno insegnamenti da impartire (in caso contrario, diverrebbero questioni morali). Ma se (e nella misura in cui) la sfera più profonda della coscienza non è interpellata dalle regole giuridiche e non può quindi essere usata per discriminare tra atteggiamenti formalistici o meno, in che senso allora, nel diritto, può trovare spazio e legittimazione una categoria come quella del legalismo? Di più: in base a che cosa, in sede giuridica, è possibile distinguere un comportamento conforme a regole come quello della legalità che approviamo ed un comportamento conforme a regole che condanniamo come quello legalista? In che senso ed in base a quali criteri è possibile distinguere nel diritto tra legalismo e legalità? La questione della legalità, infatti, questione aperta sia nella riflessione degli esperti, sia nelle discussioni dei *mass media*, mette tutti facilmente d'accordo quando si tratta coglierne l'importanza determinante in quanto prassi democratica e nello stesso tempo di registrare a suo carico quel diffuso disagio che la fa catalogare come una prassi sostanzialmente "malata", per una serie di cause solo in parte emerse<sup>2</sup>. Ciò su cui invece non ci si sofferma è l'idea che il legalismo possa, a buon diritto, essere annoverato tra queste cause<sup>3</sup> e che, proprio perché tale, ad esso vada concessa, anzitutto da parte dei giuristi, una non distratta e fuggitiva attenzione.

---

<sup>1</sup> Un tentativo in questo senso, rimasto pressochè isolato, lo si deve a J.N. Shklar che in *Legalism*, un volume ormai datato (J. Shklar, *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1964) propone un'indagine a tutto campo sul legalismo presentato come «the etical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships to consist of duties and rights determined by rules. Like all moral attitudes that are both strongly felt and widely shared it expresses itself not only in personal behavior but also in philosophical thought, in political ideologies, and in social institutions. As an historical phenomenon, it is, moreover, not something that can be understood simply by defining it» (p.1). L'autrice si sofferma a lungo sui caratteri che l'ideologia legalista conferisce al sistema giuridico (in particolare il formalismo), e sui rapporti tra il legalismo e le teorie del diritto. Manca però nel suo esame critico quella messa a fuoco della distinzione tra legalismo e legalità di cui qui si va invece in cerca, quasi il primo potesse essere ridotto *tout-court* alla seconda e non potesse darsi quindi alcuna differenza tra un modo legale ed uno legalistico del seguire le regole. Anche N. Mac Cormick (*The Ethics of Legalism*, in *Ratio Juris* n. 2, vol. 2/1989, pp.184-193) usa il termine legalismo come sinonimo di legalità senza porsi il problema della loro differenza. Una più marcata attenzione a questa distinzione è invece possibile rintracciare nel recente volume di Z. Bankowski: *Living Lawfully. Love in Law and Law in Love*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston, London, 2001, capp. 3 e 4.

<sup>2</sup> Per un esame della crisi del principio di legalità come crisi del (o dei) modello (i) di Stato di diritto cfr. da ultimo L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto, Storia, teoria, critica*, Milano 2002, pp. 363 e seg.

<sup>3</sup> L'ipotesi, comunque, non è del tutto nuova. Essa è espressa infatti anche da Z. Bankowski che a ragione critica la Shklar per non aver distinto sufficientemente sul punto: «Legalism and legality seem to be closely linked and legality turns out to be rather negative because contaminated with legalism. Shklar

Da questo punto di vista, il problema di questo studio è quello di definire con precisione lo spazio di occorrenza (se vi è) di una categoria come quella del legalismo giuridico; a partire da esso sarà poi possibile porre anche le premesse (se ve ne sono) per guadagnare la distinzione tra legalismo e legalità in base a categorie giuridiche, e quindi dentro una teoria del diritto.

Più precisamente, se, come cercherò di far vedere, il legalismo in generale può essere considerato una disfunzione del corretto rapporto tra regole e comportamenti e quindi un'alterazione del senso, nell'ambito della prassi giuridica, del "seguire una regola", ritengo che si dia oggi nel diritto un problema "legalismo", e che esso sia da considerare un problema bruciante non per sé ma, appunto, in relazione alla legalità e cioè in relazione ad un corretto modo di atteggiarsi del rapporto tra regole e comportamenti anche in sede giuridica.

In particolare, la tesi che intendo qui sostenere in relazione al legalismo giuridico è duplice. Si tratta anzitutto di far vedere che l'alterazione prodotta nel diritto dal legalismo per quanto concerne il rapporto tra regole e comportamenti non costituisce, per così dire, un "terzo genere" anomalo tra la legalità e l'illegalità, ma una particolare forma di *violazione della legalità*: una forma di *illegalità*, per così dire *sommersa* e dunque, sotto questo profilo, più insidiosa. Per questo aspetto si cercherà di dar conto della degenerazione legalista facendo vedere in che cosa essa consista, e per quali motivi la si debba considerare una pericolosissima forma di illegalità sommersa.

In secondo luogo si tratta di far vedere come di legalismo giuridico, si possa parlare in due sensi diversi. In un primo senso si può tratteggiare una forma di *legalismo*, diciamo così, *ingenuo* o *per convinzione*, che è poi abbastanza analogo a quello cui normalmente ci si riferisce con questa espressione in ambito morale e che consiste grosso modo in un rapporto di venerazione e quindi di obbedienza supina ed acritica nei confronti delle regole giuridiche. La sua differenza dal legalismo morale consiste, come vedremo, nel tipo di errore in base al quale si produce. Da esso è possibile distinguere una seconda forma di legalismo -cui qui ci si riferirà con l'espressione *legalismo strategico/politico* ma che potrebbe forse altrettanto opportunamente essere denominato *legalismo istituzionale*- che consiste nel provocare e nell'alimentare intenzionalmente quel modo di obbedienza alle regole che è tipico della prima forma di legalismo (quello ingenuo o per convinzione), sfruttandolo a fini di potere: usandolo quindi programmaticamente e, direi, *ideologicamente*, in una direzione opposta a quella che è insita nella legalità. Questa particolare *specie* di legalismo è propria del solo fenomeno giuridico. Isolarla è estremamente opportuno in quanto essa agisce in modo devastante sulla prassi della legalità tanto da vanificarne gli scopi e da dar corpo, appunto, al sospetto che dove questa prassi è malata, lo è anche, sebbene ovviamente non soltanto, perché affetta da questa specifica disfunzione: in essa, quindi, sarebbe da ricercare una delle cause più sotterranee ma certo non meno gravi del malessere di cui oggi soffre la legalità. Al riguardo è allora necessario mettere a fuoco e circoscrivere la dimensione della legalità che a mio avviso può essere affetta da questa particolare forma di legalismo, facendo emergere le condizioni per la sua individuazione. L'analisi che verrà condotta sulla legalità nella prima parte di questo studio è, per questi motivi, funzionale ad un'analisi del legalismo<sup>4</sup>.

---

seems to me to be confused» in quanto sembra aver trascurato di spiegare «... clearly how or on what points the two do differ». (Z. Bankowski, *cit.*, p. 56).

<sup>4</sup> Per quanto concerne ulteriori approfondimenti di quegli aspetti della legalità che sarà utile chiamare in causa in relazione al tema in oggetto mi permetto di rinviare al mio *Legalismo e Legalità*, Torino 2000.

È chiaro, inoltre, che il tema del legalismo giuridico come specifica materia d'indagine riceve la propria più appropriata legittimazione nella misura in cui è davvero possibile discernere, in sede giuridica, aspetti di esso non osservabili in sede morale.

## I. – Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità

### 1. – *Le costanti della legalità*

Il principio di legalità costituisce fondamentalmente una certa *interpretazione* dell'idea di sovranità. Un'interpretazione per la quale, in un ambito giuridico-politico informato ai principi della legalità non può mai darsi una sovranità assoluta ed insieme legittima: nè come potere illimitato di una volontà *superiorem non recognoscens*, nè come potere illimitato della ragione, perché l'assolutezza della sovranità (sia essa quella di un principe o di un'assemblea o anche di un popolo) potrebbe legittimarsi, in ultima analisi, solo in nome di una volontà talmente illuminata da poter a buon diritto affidare alle armi di un sapere assoluto il proprio titolo a porre norme ed a decidere per gli altri. Perciò il principio di legalità misura le proprie fortune sull'abbandono o sulla rinascita di tale idea. Nell'ottica di questo principio, piuttosto, si dà sovranità solo all'interno del riconoscimento di un insieme di regole a partire dal quale il suo esercizio diviene legittimo e possibile. Ma andiamo con ordine.

Chiunque voglia cominciare ad orientarsi nell'orizzonte della legalità, non incontrerà particolari difficoltà nel mettere a fuoco alcune costanti anche storicamente costitutive di questa prassi che, per la portata strutturale che vi giocano, mostrano chiaramente come l'esigenza di una *sovranità* comunque *limitata* ne costituisca alla radice il senso proprio. Queste costanti ruotano attorno a: 1) lo strumento di regolamentazione e di coordinazione dei rapporti sociali (normazione); 2) il tipo di rapporto esistente tra fase di produzione e fase di applicazione di tale strumento; 3) La visione del diritto positivo implicata nel principio di legalità e nella sua pratica (garantismo).

1) Per quanto concerne lo strumento di regolamentazione e di coordinazione dei rapporti sociali (normazione), esso è, com'è noto, quello della *legge* generale ed astratta volta a presiedere un ordinamento razionale della società basato sull'*eguaglianza* e la sicurezza dei consociati. Il richiamo all'eguaglianza ed alla sicurezza vale già a mostrare, sebbene di sfuggita, come l'adozione di tale strumento sia tendenzialmente funzionale ad una messa al bando di privilegi e discriminazioni e quindi si presenti come un tentativo di arginare il potere: se non anche dal punto di vista del contenuto, certamente dal punto di vista della forma. Il potere di decidere per gli altri e degli altri si ritrova, infatti, doppiamente vincolato; esso deve ora esercitarsi *per leges* e *sub lege* a garanzia del fatto che ogni potere di vincolo alla libertà dei comportamenti umani sia a sua volta vincolato a regole prestabilite e rese note. Ed è in questo gioco di vincoli che si fa apprezzare l'istanza originariamente *garantista* dell'idea di legge. Si tratta, del resto, del tributo minimo da pagare per il passaggio dalla concezione tipicamente medievale per la quale le leggi possono solo venire "trovate" e "dichiarate", in quanto appartengono ad una sfera, in un qualche senso, trascendente e giusta, non disponibile al potere umano, alla concezione tipicamente moderna per le quali le leggi vengono invece poste, create e dipendono quindi da un atto umano di libertà piuttosto che (o prima ancora che) di giustizia.

La forma della legge, in quanto regola, diviene così l'elemento determinante attorno al quale ruota il gioco della legalità. Conoscere le regole e seguirne i dettami sia da

parte dei governati che dei governanti è essenziale in ordine ai vantaggi che essa apporta: *prevedibilità* e *certezza* sulle conseguenze dei propri comportamenti per i primi; *garanzia* che l'obbedienza da pretendere è legittima e quindi dovuta (in grado cioè di configurare pubblicamente l'averne un obbligo), per i secondi. Dal punto di vista politico, poi, è il caso di accennare appena al fatto che, come espressione della sovranità popolare, lo strumento della legge generale ed astratta rappresenta il riappropriarsi del diritto di darsi le proprie regole da parte di una società politica indipendente e di esprimere attraverso di esse la propria fisionomia culturale ed etica<sup>5</sup>.

Nel passaggio dallo stato legislativo a quello costituzionale, l'importanza dei valori che la legalità tutela cresce in ampiezza ed in profondità e si apprezza attraverso la presenza di una costituzione rigida che contiene uno zoccolo duro di diritti fondamentali destinato ad agire come dover essere del diritto positivo. Ad essa si accompagna un giudizio di costituzionalità in funzione di un controllo formale e sostanziale della dipendenza della legge, di ogni legge, dai contenuti costituzionali. In questa evoluzione raggiunge idealmente il suo punto più alto l'interpretazione dell'idea giuridica e politica di sovranità come *sovranità limitata* di cui si diceva: i diritti costituzionalmente garantiti non si toccano, non tanto perché in possesso di magici requisiti (quasi davvero non potessero essere sostituiti con altri o non fossero essi stessi soggetti a trasformazioni storiche e culturali), quanto piuttosto perché se vengono messi in questione è l'intero sistema giuridico che vi fa riferimento ad essere messo in questione: nel riconoscimento di certi diritti inviolabili ed intangibili si rispecchia un certo modo di riconoscere se stessi e gli altri e si richiede allo strumento giuridico di articolare questo riconoscimento nel processo di regolamentazione e di coordinazione dei rapporti sociali.

2) Per quanto concerne il tipo di rapporto esistente tra la fase di produzione e quella di applicazione dello strumento giuridico, ad essere chiamato in causa dal principio di legalità è il *vincolo alla legge da parte della Pubblica Amministrazione e del giudice*. Il principio di legalità qui si afferma come una limitazione della discrezionalità che caratterizzava l'esercizio di questi poteri, e, per quanto riguarda il vincolo della Pubblica Amministrazione alla legge, anche come una trasformazione del modo di intendere il ruolo dello Stato-Persona nei confronti delle altre persone giuridiche: se l'Amministrazione dello Stato è vincolata alle leggi, essa subisce un radicale ridimensionamento, perché verrà intesa alla stregua di tutte le altre persone giuridiche e contro il suo operato potrà essere presentato ricorso da parte di tutti quei cittadini che nello scorretto esercizio del potere amministrativo vedranno lesi i loro diritti. Per quanto invece concerne l'organo giudiziario, il principio di legalità implica che il giudice debba decidere sempre in base alla legge (qualunque cosa questo possa poi significare) e che debba motivare in riferimento ad essa la propria decisione. In tal modo il vincolo del giudice alla legge agisce anzitutto in negativo in quanto blocca nell'emanazione della sentenza l'esercizio di una discrezionalità senza controllo da parte del giudice. Ma agisce anche in positivo in quanto crea, attraverso l'obbligo di motivazione, un ben preciso raccordo di tipo logico-razionale tra fase applicativa e fase produttiva del diritto. Il carattere *inferenziale* di questo raccordo trova la propria espressione nell'idea che ogni decisione concreta del giudice, ogni "sentenza" debba essere *razionalmente fondata* ed, in particolare, che debba essere razionalmente fondata su una regola che abbia la forma della legge. Ciò che entra qui in questione non è tanto il modo in cui il

---

<sup>5</sup> In questo senso, «La legge rappresenta anche – in modo del tutto indipendente dal tipo di contenuto – la forma più elevata attraverso cui si costituisce la volontà di un'unità politica che si determina da sé» (H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Bari, 2003, p. 34)

giudice forma liberamente il proprio convincimento ed arriva ad una certa decisione, ma il fatto che comunque si formi il suo convincimento e comunque egli decida, deve sempre giustificare la propria sentenza in termini giuridici. Non dunque in termini politici, morali, economici, sociali etc... È importante sottolinearlo in quanto uno dei fraintendimenti più facili e frequenti di questo vincolo è quello per il quale la subordinazione del giudice alla legge è un modo per ribadire la subordinazione del giudiziario (potere nullo) al legislativo (potere supremo) e quindi del giudice al legislatore. La considerazione del fondamento giuridico-razionale della sentenza dovrebbe, già di per sé sola, essere sufficiente a spazzare via l'idea che una tale trasposizione sia corretta<sup>6</sup>: in questa ipotesi, infatti, il giudice diverrebbe la *longa manus* del legislatore e l'obbligo della motivazione della sentenza non costituirebbe più un vincolo di tipo logico-giuridico alla discrezionalità giudiziale ma soltanto un vincolo di natura essenzialmente politica.

Così reinterpreta, l'antica immagine del giudice *bouche de la loi* serve ancora a presidiare il rapporto tra produzione ed applicazione del diritto ed a legare senza contraddizione i meccanismi del principio di legalità a quelli del principio della *separazione dei poteri* alla base del quale lavora efficacemente la medesima istanza di limitazione della sovranità tipica della legalità: l'idea cioè che produrre il diritto ed applicarlo sono funzioni da mantenere distinte e separate per evitare concentrazioni di potere forte. Così, chi fa la legge non può applicarla, chi la applica non può farla.

Più in generale, se il conferimento di un potere, attraverso una norma di competenza, si affianca a regole che disciplinano l'esercizio di tale competenza rendendolo giuridicamente vincolato, ad entrare proficuamente in azione, è per l'appunto, il fecondo connubio tra principio di legalità e principio della separazione dei poteri. Quando i due principi si affiancano, si stabilisce tra di essi quella salda alleanza che li rende nemici giurati dell'idea di una sovranità assoluta e/o illimitata. E benché nessuno dei due sia immediatamente apparentabile (né dal punto di vista storico né da quello ideologico) all'idea di democrazia che si qualifica in quanto individua nel popolo il detentore del potere, essi dispongono ad una *forma mentis* democratica perché la loro cooperazione serve a contrassegnare una società che esprime una particolare autorappresentazione di sé come società *libera*, senza padroni: come società *giuridica* e non dispotica.

3) Per quanto concerne infine la visione del diritto implicata nel principio di legalità e nella sua pratica è da sottolineare come l'idea di sovranità limitata non possa che rimandare al *legame tra diritto, ripudio della guerra e tolleranza*. Di contro ad un pacifismo utopico ed ideologico, la prassi della legalità propone un rifiuto della guerra fondato sulla presenza e sul rispetto del diritto positivo. Non perché, in una società governata dal diritto, il ripudio della guerra significhi assenza di violenza o di conflitti ed anche forti, ma perché, sotto la vigenza della legalità, la violenza non può divenire legge: se una legge è bandita, senza nostalgia o rimorso, dall'ottica tollerante della legalità questa è "la legge del più forte", quella che vige cioè in uno Stato non di diritto. Per neutralizzare la violenza e per risolvere i conflitti lo strumento del ricorso alla regola preliminarmente convenuta ed alla sanzione istituzionalizzata si sostituisce a

---

<sup>6</sup> «Under the rule of law the Judiciary is subject to the law – not to the legislature. On the contrary, autonomy of the Judiciary from the legislature is a necessary condition for the fulfilment of the requirements of the rule of law. The reason why is a matter of course: the legislature has, in each moment, a definite political orientation while judges should have none, since their task is just applying the law, not implementing whatever policy». (R. Guastini, *Implementing the Rule of Law*, in *Analisi e diritto 2001*, p. 99 e cfr. anche p. 100).

quello delle armi e la forza diviene oggetto di regolamentazione giuridica. Viene meno così il bisogno di ricorrere alla lotta armata ed allo spargimento di sangue perché nel reticolo di regole giuridicamente predisposte è contenuta anche la possibilità di risolvere i conflitti e di dirimere le controversie<sup>7</sup>. Se (e nella misura in cui) il ripudio della guerra si identifica con la pace, il binomio diritto-pace è allora un binomio sul quale non si insisterà mai abbastanza quando ad essere in questione è la legalità. Nessuna pace, infatti, ha possibilità di essere invocata, realizzata e mantenuta se non è strutturata sulla base di regole giuridiche e veicolata dalla loro applicazione<sup>8</sup>. E nessun discorso sulla pace può aspirare ad assumere credibilità se non si trasforma in un discorso sulle regole giuridiche da proporre per la soluzione delle controversie<sup>9</sup>. Così un ordinamento organizzato sulla legalità troverà nello strumento giuridico lo scacchiere dentro il quale diviene possibile la tolleranza delle diverse pretese e la trasformerà in una *convivenza nel diverso*: fra diverse preferenze e fra diversi progetti di vita; anche fra diverse culture<sup>10</sup>. Da qui un pluralismo che non nasce dallo scetticismo ma dall'antidogmatismo. È questa la *scelta politica* implicata nell'assunzione del principio di legalità e che è compito dei governanti custodire; una scelta garantista che, se si vuole, si connette ad un'immagine tendenzialmente pessimistica del potere e dell'uso che ne viene fatto e che nella democrazia, in quanto simbolo del governo delle regole<sup>11</sup> trova idealmente, sebbene non unicamente, la forma di organizzazione politica cui riallacciarsi.

In questa visione del diritto, per altro, la legalità si evidenzia a partire da un certo modo di produrre ed organizzare l'ordinamento giuridico in quanto sistema di norme e quindi come una qualità che ha il suo centro propulsore nel modo in cui chi governa si rapporta anzitutto alla propria azione di governo. In altre parole, la legalità si presenta come una *qualità del sistema giuridico*. Dall'angolo di visuale che così si dischiude, si può allora parlare di una *specificità responsabilità di chi governa* in ordine all'attuarsi della legalità nella prassi giuridica.

---

<sup>7</sup> «...le leggi si preoccupano di definire e di sottoporre a sanzione prima di tutto la normalità sociale. Anche se per lo più partono dall'esperienza del conflitto, esse vogliono regolare e organizzare rapporti di vita, dirigere processi sociali, prevenire contrasti» (H. Hofmann, *cit.*, p. 35).

<sup>8</sup> Cfr. H. Kelsen, *Dottrina pura e giurisprudenza analitica*; in Appendice a H. Kelsen, *Lineamenti di Dottrina pura del diritto*, 1952, p. 179.

<sup>9</sup> Su vasta scala, nell'ambito cioè della pace e della violenza tra i popoli, Kelsen ancora è maestro: «La verità è che la guerra è un assassinio di massa, la più grande disgrazia della nostra cultura; e che garantire la pace mondiale deve essere il nostro principale obiettivo politico, un obiettivo molto più importante della scelta tra democrazia e dittatura, o tra capitalismo e socialismo. Non esiste infatti la possibilità di un sostanziale progresso sociale finché non sia istituita una organizzazione internazionale tale da impedire effettivamente la guerra tra le nazioni della terra...

La specifica tecnica dell'ordinamento che regola le relazioni tra gli Stati, è il diritto internazionale. Colui che voglia avvicinarsi in modo realistico all'obiettivo della pace mondiale deve affrontare questo problema con equilibrio, come problema di lento e costante perfezionamento dell'ordinamento giuridico internazionale» H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, (L. Ciaurro, a cura di), Torino, 1990, p. 35-37.

<sup>10</sup> Assai convincente al riguardo F. Schauer: «...le regole ci incoraggiano a considerare noi stessi come fondamentalmente simili agli altri, anziché come fondamentalmente diversi...Distogliendo la nostra attenzione dall'unicità e dalla diversità, le regole possono incoraggiarci a vedere il nostro benessere come inestricabilmente legato e dipendente da quello del gruppo e ci scoraggiano dall'invocare l'unicità di una situazione o pretendere l'unicità di trattamento» (F. Schauer, *Le regole del gioco*, Bologna, 2000, p.253).

<sup>11</sup> Non è detto tuttavia che altre immagini del potere che suggeriscono scelte politiche diverse da quella per il governo delle regole debbano rinunciare alla prassi della legalità. In tali casi, ovviamente, la legalità sarà intesa e sfruttata in modo assai diverso.

## 2. – La legalità come conformità a regole ed il suo orizzonte giuridico

Nell'ottica circoscritta da queste costanti, è adesso possibile approfondire la premessa elementare e condivisa da cui abbiamo preso le mosse: la legalità è la "conformità ad una legge". "Comportamento legale" è dunque il comportamento di chi si conforma alla legge, di chi segue intenzionalmente una regola giuridica<sup>12</sup>.

Questa relazione di conformità può essere espressa attraverso quello che Kelsen chiamerebbe un *giudizio oggettivo di valore* dal momento che, insieme alla validità, la legalità può essere inserita tra i "valori di diritto" e che, come il giudizio di validità, anche il giudizio sulla legalità di un atto che voglia assumere veste giuridica è un giudizio empiricamente verificabile.

Tra il giudizio di validità e quello di legalità vi è però una differenza importante: al contrario del primo (il giudizio di validità) che ha per oggetto norme, il secondo (il giudizio in termini di legalità) ha per oggetto atti del comportamento umano giuridicamente imputabili alla responsabilità di un soggetto (individuale o collegiale) e per questa differenza di oggetto i due giudizi non sono assimilabili. Sulla scia di memorie ancora kelseniane potremmo dire che, nella sua luce, altro è una regola, altro un comportamento ad essa conforme. La prima appartiene al mondo del dover essere, la seconda a quello dell'essere. Il principio di legalità è soddisfatto quando qualcosa (un atto, un comportamento) è come deve essere in base ad una norma giuridica, ma le due cose (l'essere dell'atto ed il dover essere della norma) non sono sovrapponibili<sup>13</sup>.

Vi è tuttavia una relazione ben precisa tra legalità e validità: legalità implica validità. Azione legale è quella che si conforma ad una norma giuridica data per *valida*. In questo senso, la legalità di un atto del comportamento umano presuppone ed implica sempre la validità della regola cui l'agente si conforma: nessun atto è giuridicamente *dovuto*, infatti, se non in presenza di una norma di cui si possa dire che, dal punto di vista di un diritto vigente, abbia forza vincolante per coloro di cui disciplina il comportamento. Non è vero invece l'inverso perché la validità di una norma non implica necessariamente la legalità dell'atto che la genera, (si pensi a casi in cui atti illegali diano luogo a norme valide come, ad es. quelli in cui dietro la validità di una norma possano darsi fonti *extra ordinem*<sup>14</sup>).

In ogni caso, la questione della legalità può essere considerata come concernente principalmente (sebbene non *unicamente*) l'*esecuzione/applicazione* di norme valide. E poiché non si può seguire, applicare una regola senza prima averne definito un senso<sup>15</sup>,

<sup>12</sup> Per una breve ma articolata sintesi della discussione filosofico-giuridica sul «seguire una regola» cfr. M. Barberis, *Seguire norme giuridiche, ovvero: cosa avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell'interpretazione giuridica?* In *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1-2002 pp. 245-273.

<sup>13</sup> «Bisogna quindi distinguere il comportamento prescritto da una norma dall'effettivo comportamento ad essa conforme. Ma il comportamento che la norma statuisce come dovuto e che costituisce il contenuto della norma stessa, può essere confrontato col comportamento oggettivo ed in conseguenza giudicato come conforme o non conforme alla norma, cioè al contenuto della norma. Tuttavia il comportamento dovuto come contenuto della norma non può essere il comportamento effettivo conforme alla norma». (H. Kelsen. *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, p. 15).

<sup>14</sup> Sulla distinzione tra fonti legali e fonti *extra ordinem* cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Torino, 1998, pp. 95-96.

<sup>15</sup> Che sia inevitabile una ricognizione del significato della norma ogniqualvolta ci si voglia comportare conformemente ad essa è idea condivisa tra i teorici del diritto. Differenze è possibile fare invece a proposito di concetti come esecuzione, applicazione, comprensione, interpretazione. Non ci si soffermerà

l'esecuzione/applicazione di norme valide chiama direttamente in causa la questione della loro interpretazione. Ne viene che il rapporto di conformità del comportamento alla regola giuridica passa sempre per la comprensione/interpretazione di essa e che questo *aspetto*, per così dire, *interpretativo* giocherà un ruolo essenziale nel determinare la legalità di un comportamento conforme a regole.

L'assunzione del principio di legalità a criterio organizzativo del sistema giuridico-positivo implica inoltre come propria condizione strutturale il *divieto di autolegittimazione*. Nel diritto nessuna norma si autolegittima. La ragione è ovvia: nella misura in cui "legale" è per definizione l'atto conforme alla norma che ne regola la creazione, nella sfera giuridica non resta più spazio per atti che trovino legittimazione in riferimento al proprio contenuto in sé e per sé considerato<sup>16</sup>; resta spazio solo per quelli che si legittimano in riferimento ad una regola e ad una procedura *precedentemente* stabilita che, a sua volta, sia stata stabilita in conformità ad un'altra regola e ad un'altra procedura e così via in un processo di continui rinvii da un atto o da un livello normativo ad un altro, fino ad arrivare ad un punto considerato convenzionalmente ultimo nel sistema: per es. una costituzione. Si potrebbe forse sottolineare anche un legame non generico tra il divieto di retroattività delle leggi ed il divieto di autolegittimazione: dovendo relazionarsi ad una legge già posta e conformarsi ad essa, non è possibile che la valenza giuridica di un atto si ritrovi a dipendere da regole posteriori al suo compimento. Da qui la stretta connessione tra legalità, irretroattività, certezza e prevedibilità del diritto: giuridicamente vincolanti possono essere solo regole giuridiche che siano prodotte da fonti autorizzate e nel rispetto delle procedure previste. E da qui anche, com'è noto, una delle caratteristiche fondamentali che contraddistinguono il diritto positivo moderno: il diritto positivo regola la propria produzione. Una caratteristica che lo distingue dagli altri ordinamenti normativi (ad es. dalla morale).

È questo un importante e specifico aspetto di quella sovranità limitata fatta propria dal principio di legalità, di cui si diceva: l'istanza originaria della legalità come argine all'arbitrio del potere gioca infatti le proprie *chances* di soddisfazione sul divieto di autolegittimazione e sul meccanismo di continui rimandi che si innesca a partire da

---

nel testo su tali differenze in quanto non rilevano particolarmente in ordine al problema del seguire una regola dal punto di vista della legalità.

<sup>16</sup> L'ipotesi di un atto normativo che si legittimi in virtù del proprio contenuto in se e per se considerato è ritenuta, per molti versi, l'ipotesi fondante dell'idea stessa di un diritto naturale; l'idea cioè di un insieme di contenuti *prescrittivi immediatamente evidenti* che si impongano oggettivamente al legislatore umano e si trasmettano automaticamente al prodotto della sua azione legislativa facendo di esso una copia più o meno perfetta del diritto naturale. Si tratta, a mio avviso, di un'impressione superficiale, dovuta spesso ad un certo modo di presentare il giusnaturalismo da parte dei suoi stessi teorici e che tutt'al più può valere per il giusnaturalismo razionalistico; non certo per quello classico. Una più attenta considerazione dovrebbe far riflettere sul fatto che nell'ottica di quest'ultimo, la statuizione della legge positiva, in quanto legge posta dagli uomini, come tutto ciò che è frutto dell'artificio umano, deve obbedire a regole, a criteri determinati anticipatamente alla sua emanazione. Che queste regole, questi criteri siano sintetizzabili poi nell'idea di giustizia nulla toglie al fatto che si tratti di criteri esterni all'atto legislativo, che si tratti di criteri propri della razionalità pratica e come tali non suscettibili di evitare a chi intende conformarvisi la fatica di trasformarli in criteri concreti di azione e/o di normazione tutt'altro che immediatamente evidenti. In questo senso, il diritto naturale è il *criterio procedurale* di emanazione della legge positiva. Da questa angolazione, l'affermazione agostiniana per cui «Se la legge non è giusta non può esser detta legge» può anche essere considerata uno dei momenti fondativi della tradizione della legalità nella cultura giuridica occidentale in quanto *ciò che è giusto* costituisce il *criterio pratico* – e non ideologico – di legittimazione dell'atto legislativo. Per un approfondimento di questa idea cfr. il mio *Primato del diritto e giustizia*, Torino 1996, cap. II.

esso. Per suo tramite, alle decisioni prese in base al beneplacito ed alla discrezionalità di chi ha potere e solo per questo valide, si sostituiscono decisioni prese validamente solo perché raggiunte in base a procedure e regole pubblicamente convenute e rese note.

Dal punto di vista storico, si deve ancora aggiungere che l'adozione di questo articolato meccanismo di rinvii e di procedure chiamato in causa dal principio di legalità ha permesso e fatto registrare il passaggio dalla monarchia assoluta all'assetto costituzionale degli stati contemporanei. «Nella monarchia assoluta... la costituzione consiste nel solo principio che qualunque espressione della volontà del monarca è norma giuridica obbligatoria»<sup>17</sup>. Negli assetti costituzionali contemporanei, invece, si produce una «...modifica decisiva...L'importanza maggiore che ormai acquista il concetto di costituzione; l'esistenza di una regola –la costituzione appunto– secondo la quale le leggi devono essere fatte in un modo determinato»<sup>18</sup>. Su questa modifica si modella anche un' essenziale evoluzione del principio stesso di legalità: esso non è più predicabile semplicemente come espressione di conformità alla legge. Sarà anche predicabile come espressione di conformità alla costituzione, considerata come una regola che prescrive un programma da realizzare. In questo senso la legalità si apprezza come *legalità costituzionale*. L'argine all'arbitrio del potere sarà quindi assicurato dal «... valore primario di quella nozione di governo *costituzionale* (*Rechtsstaat*) che...cerca di garantire che i governanti non dirigano l'esercizio della loro autorità verso scopi privati o di parte»<sup>19</sup>.

### 3. – *La legalità come virtù*

Se muoviamo dall'ipotesi che il principio di legalità interpreti il concetto di sovranità mettendo in moto meccanismi che condizionano l'azione di governo nel senso di renderla non arbitraria e non faziosa, diviene più facile comprendere altri due aspetti della legalità molto accreditati tra i giuristi: a) l'idea che essa sia una *virtù* e b) che abbia a che fare con i diritti.

#### *La legalità come virtù:*

Per quanto riguarda questo primo aspetto, la legalità viene considerata una *virtù* anzitutto nel senso di una qualità positiva che, in misura maggiore o minore, contraddistingue il sistema giuridico, come si dice nella sfera della cultura giuridica anglosassone quando si parla di *Rule of Law*. Una *virtù del sistema*, che si sostanzia in un insieme di qualità della sua organizzazione normativa, alcune delle quali riguardano le leggi singolarmente considerate (generalità, promulgazione, irretroattività, chiarezza, possibilità effettiva di conformarsi ad esse), altre il sistema nel suo complesso (coerenza, stabilità nel tempo)<sup>20</sup>, altre ancora il suo assetto istituzionale (congruenza tra leggi ed azioni ufficiali, responsabilità degli organi giuridici – giudici e altri funzionari – nell'assolvimento dei compiti loro affidati, controllo dei loro procedimenti, possibilità di adire i tribunali da parte dei meno abbienti etc.). Si tratta di un modo di focalizzare

---

<sup>17</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, ora in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, pp. 149.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 150.

<sup>19</sup> J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996, p.296.

<sup>20</sup> Il riferimento è grosso modo agli otto *desiderata* di Fuller (cfr. L. Fuller, *La moralità del diritto*, Milano 1986, cap. II).

L'attenzione sul principio di legalità dal punto di vista dei difetti che l'assunzione di esso è destinato ad eliminare nella prassi giuridica e dei vantaggi che invece ne seguono. I tratti che così si apprezzano, rappresentano più che altro quelle che chiamerei *condizioni necessarie* a partire dalle quali è possibile sensatamente istaurare e mantenere un percorso di vita sociale fondato sulla legalità.

Di una legalità come *virtù* si può tuttavia parlare anche in un altro senso certamente non meno rilevante del precedente: nel senso di un *habitus* individuale, di una «disposizione permanente ad agire secondo la *recta ratio* del sistema giuridico»<sup>21</sup> che connota di valenze morali l' *abitudine all'obbedienza* di austiniiana memoria e la *pressione sociale* che la circonda. In questo quadro, il fatto che coloro che sono chiamati a porre in essere atti giuridici, cioè atti intenzionalmente volti ad incidere sulla realtà giuridico-sociale per modificarla, riconoscano di avere l'obbligo di agire in conformità ad una regola giuridica significa che il principio di legalità viene assunto come una *guida per l'azione*: costituisce infatti il metodo attraverso il quale individuare la regola da applicare e quindi fa sì che nell'*habitus* della legalità così inteso, la norma stessa divenga una ragione d'azione. Molti sono in generale i modi in cui gli agenti sociali possono raggiungere i propri scopi: nell'assumere la disposizione abituale a conformarsi alle regole giuridiche per perseguirli e nel fare dunque di esse *ragioni* per le proprie azioni, si concreta il secondo aspetto della legalità come virtù.

Di fatto, dal momento che l'assunzione del punto di vista della legalità non può essere giuridicamente imposta (il diritto non può prescrivere di obbedire al diritto), essa interviene sempre come espressione di una *scelta* etico-politica da parte dei componenti della comunità sociale. Una scelta per la quale la conformità alle regole prevede tra i suoi fattori non soltanto il timore della sanzione<sup>22</sup>, la convenienza, la paura del giudizio altrui o altri motivi (che potranno comunque sussistere), ma soprattutto la convinzione che la regolamentazione normativa dei comportamenti umani di carattere sociale offra dei vantaggi (per es. in ordine alla convivenza e allo stesso sviluppo della persona), che si dissolverebbero laddove la prassi della legalità non fosse istaurata o non incidesse concretamente. D'altro canto, nella misura in cui l'idea stessa di "regola" rimanda ad un destinatario dotato di ragione e volontà e capace di usarle per discriminare tra azioni che vanno o meno compiute<sup>23</sup>, questa convinzione matura sempre all'interno di un giudizio critico nei confronti del sistema giuridico che chiama in causa l'agente in quanto *consapevole e responsabile*. In questo senso, l'obbedienza abituale non è riducibile all'automatismo fattuale di una consuetudine o alla risposta rassegnata ad una continua minaccia. Rimanda piuttosto all'esercizio di una *capacità deliberativa* da parte del soggetto che pone in essere un atto giuridicamente rilevante conformemente alle regole ed assume per questo rilievo *pratico*: proprio come *prassi*, come esito di una deliberazione, l'obbedienza diverrà il punto di riferimento centrale nella considerazione

<sup>21</sup> F. Viola, *La legalità come procedura e come prassi*, in *Per la Filosofia*, fascicolo monografico sul tema: *La cultura della legalità*, 1993 (27) p.36.

<sup>22</sup> Una rivalutazione del ruolo della sanzione tra le ragioni per l'applicazione di regole è in F. Schauer, *cit.*, pp. 198 e seg.

<sup>23</sup> «...le regole prescrittive...sono usate per guidare, controllare o modificare il comportamento di agenti che abbiano la facoltà di prendere decisioni» (F. Schauer, *cit.*, p.26). Questa facoltà è, ovviamente, un elemento essenziale del rapporto tra regole prescrittive e comportamenti conformi o difformi. Già Austin sottolineava che: «...dove non c'è *intelligenza*, o dove essa è troppo limitata per assumere il nome di *ragione*, e quindi anche per comprendere lo scopo di una legge, non c'è neppure la *volontà* su cui la legge può influire o che il dovere può stimolare o frenare». [J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*. M. Barberis (a cura di) Bologna 1995, p. 83].

dell' *habitus* della legalità. Qui si evidenzia un'altra componente della virtù della legalità come *habitus* dell'agente: la nozione di virtù non si lega soltanto a quella di abitudine, ma anche a quella di una particolare *eccellenza*, di un'abilità, di un saper fare in un campo d'azione determinato. Non si tratta solo di seguire la regola, ma di saperlo fare; cioè di farlo nel modo più idoneo al perseguimento degli obiettivi in vista dei quali è conveniente seguire quella regola. Per dirla in altri termini, non si tratta soltanto di seguire le regole del gioco, ma di farlo nel modo più idoneo a vincere<sup>24</sup>.

È certo necessario tenere distinti e non confondere i due aspetti della virtù della legalità (la legalità come virtù del sistema e la virtù della legalità come *habitus* di chi agisce all'interno del sistema) perché, come cercherò di mostrare, ognuno di essi è diversamente suscettibile di involuzione legalista, ma deve essere altrettanto chiaro che nella prassi della legalità essi convivono e dipendono strettamente l'uno dall'altro. L'idea di una *cultura della legalità* acquista senso e spessore nella misura in cui si fanno dialogare ed interagire questi due aspetti: per un verso, assai difficilmente si potrebbe parlare di una virtù del sistema giuridico in una situazione di sostanziale anarchia da parte di coloro che vi sono soggetti; per altro verso, nessuna virtù della legalità come *habitus* personale e sociale potrebbe avere una sua ragion d'essere dentro un sistema giuridico intestato al sopruso ed alla faziosità. Essi piuttosto sono speculari l'uno all'altro perché l'*habitus* della legalità è richiesto a tutti coloro che "usano" il diritto: lo osservano, lo producono, lo interpretano, lo applicano, lo fanno applicare. Ed è proprio per questo aspetto, che l'idea di *Rule of law* insieme a quella di una *cultura della legalità* rimanda a quella specifica concezione di sfondo sul ruolo e sul senso del diritto nella convivenza umana di cui si diceva.

#### *Il nesso tra legalità e diritti.*

Queste considerazioni sul principio di legalità connesse alla *Rule of law* dovrebbero facilmente aprire la via anche all'idea che esso, ed è questo l'aspetto ulteriore, abbia a che fare con i diritti<sup>25</sup>. Ciò che entra ora in questione è una concezione *sostanzialistica* della *Rule of Law*<sup>26</sup>.

La connessione tra diritti e legalità trova certamente nuova linfa nel fatto che oggi il riferimento al paradigma costituzionale è immediatamente, anche, un riferimento ai diritti (sia che se ne faccia dipendere il carattere vincolante dalla loro positivizzazione,

<sup>24</sup> Cfr. in questo senso F. Viola, *cit.*, p. 31.

<sup>25</sup> Non sempre è chiaro se si tratti dei diritti degli individui in quanto persone o, in modo più specifico, soltanto dei diritti dei cittadini. La dottrina oscilla in proposito come se non si trattasse di un problema. Dworkin può così issare il vessillo della *Rule of law* a favore dei cittadini (R. Dworkin, *La politica dei giudici e il principio di legalità*, in P. Comanducci- R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1989, vol. II, pp. 355-393, ora anche, con il titolo *Il ruolo politico dei giudici e il governo della legge*, in R. Dworkin, *Questioni di principio*, Milano 1990, pp.5-36), allo stesso modo con cui, ad es. Finnis (*cit.* pp.294-296) issa lo stesso vessillo a favore degli individui e delle persone. Ma si tratta davvero dello stesso vessillo? Non è questa la sede per approfondire questa questione. Essa resta comunque, a mio avviso, di rilievo essenziale non solo perché ne va, appunto, dello stesso concetto di *Rule of law*, ma anche perché include quel ripensamento dell'idea di cittadinanza cui già da tempo si discute (in questo senso cfr. L. Triolo, *Cittadinanza e sovranità*, in *Per La Filosofia*, fascicolo monografico su *Cittadinanza e società multiculturale*, anno XV, n. 42/1998, pp. 48-57. Più in generale, sul tema della cittadinanza ed i problemi ad essa connessi, fondamentale è ora P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Bari 1999, voll. 1 e 2). Cfr. anche. D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza*, Bari, 1994.

<sup>26</sup> Riguardo alle possibili obiezioni ad una teoria sostanzialistica della *Rule of law*, cfr. P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework in Public Law* 1997, p.480.

sia che lo si attribuisca invece alla loro intrinseca qualità normativa di diritti umani fondamentali). Essa affonda però le proprie salde radici alle origini del costituzionalismo moderno, tanto da essere resa immediatamente operativa dalle rivoluzioni di fine Settecento che giustificarono il proprio gesto sovversivo sul presupposto di ripristinare i diritti violati (dal sovrano inglese per le Colonie, dalla cultura della tradizione per i francesi), introducendo una legalità basata sui diritti<sup>27</sup>. Questa memoria, di cui è giusto rivendicare l'appartenenza alla nostra cultura giuridico-politica, insegna che a contatto con la questione dei diritti, matura e si fa maggiormente apprezzare la concezione della legalità come *virtù del sistema*: in base ad essa non si tratta più soltanto di garantire i diritti formalmente, relegando il compito della loro soddisfazione ad una semplice ed astratta formulazione normativa, ma di istaurare una prassi sociale e di governo nella quale la conformità alle regole giuridiche, la legalità cioè, non sia pretesto per un ulteriore accrescimento del potere di chi stabilisce le regole, ma ponga a proprio fondamento il riconoscimento dei diritti e dia corso a comportamenti che ne garantiscano un *godimento effettivo*<sup>28</sup>.

Questa volta l'attenzione sulla legalità non resta focalizzata nell'ambito delle sue condizioni necessarie, ma allarga la propria orbita fino a risucchiarsi anche l'ambito socio-politico. Ciò che entra in gioco è anzitutto –cosa per altro già assai indicativa dell'importanza che oggi assume il principio di legalità– un certo modo di considerare il concetto di diritto ed il concetto di legge in funzione del perseguimento del ben-essere della persona, di un'ottimizzazione dell'interazione sociale e, per chi crede in esso,

---

<sup>27</sup> Come non ricordare a questo proposito il solenne *incipit* della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (Francia 1789) che considera «l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo...le sole cause delle sfortune pubbliche e della corruzione dei governi».

<sup>28</sup> A farsi carico di enfatizzare il legame tra diritti e principio di legalità, in modo certo assai stimolante, è la distinzione di Dworkin, tra una *concezione formalistica* del principio di legalità (*rule-book conception*) e la *concezione dei diritti* (*rights conception*). In base alla prima «...il potere dello stato, nei limiti del possibile, non deve mai essere esercitato contro i cittadini individui se non in conformità a regole esplicitamente poste in un pubblico codice (*rule-book*) accessibile a tutti». Ad avviso di Dworkin, si tratterebbe di una concezione «...molto angusta perché nulla dice circa il contenuto delle regole che si possono mettere nel codice» (*cit.* p.359). non perché coloro che la sostengono non abbiano idee al riguardo, ma perché «...dicono che questo è un problema di giustizia sostanziale e che la giustizia sostanziale è un ideale indipendente che in nessun modo fa parte dell'ideale del principio di legalità» (p. 360). La seconda concezione del principio di legalità, invece «...assume che i cittadini abbiano dei diritti e dei doveri morali nei loro rapporti reciproci, e abbiano dei diritti politici contro lo stato nel suo complesso. Essa insiste che questi diritti morali e politici devono essere riconosciuti dal diritto positivo, in modo che possano esser fatti valere, a domanda di ciascun cittadino, attraverso i tribunali o altre analoghe istituzioni giudiziarie. Secondo questa concezione, il principio di legalità è l'ideale di un governo fondato sopra una precisa concezione pubblica dei diritti individuali. Essa non distingue, a differenza della concezione formalistica, tra principio di legalità e giustizia sostanziale; al contrario richiede, come parte integrante del suo ideale, che le regole del codice riconoscano e facciano valere i diritti morali» (*ivi*). La differenza tra le due concezioni si apprezza in particolare in modo, per così dire, negativo: in ordine cioè alle loro possibili trasgressioni. «La concezione formalistica ammette un solo tipo di trasgressione al principio di legalità: la comunità politica può usare il suo potere politico sui cittadini in modo diverso da quello prescritto dal codice. Ma la concezione dei diritti ammette almeno tre tipi di trasgressione al principio di legalità. Lo stato può violare il principio di legalità dal punto di vista della *estensione* (scope) dei diritti individuali che mostra di riconoscere...dal punto di vista della *accuratezza* (*accuracy*)...dal punto di vista della *equità* (*fairness*) nel modo di far valere i diritti» (*ivi*). Muovendosi sulla scia di Dworkin, S. Urbina distingue un modello *debole* ed un modello *robusto* di *Rule of law*, a seconda che in essa, sulla base del riconoscimento dei diritti, l'essere umano rilevi sempre come un fine in sé. Cfr. S. Urbina, *Legal Method and the Rule of Law*, Kluwer Law International, 2002, cap. 4.

anche del bene comune<sup>29</sup>; un modo che si allontana sempre più dalla ormai ampiamente superata nozione volontaristica di stampo giuspositivista, per accostarsi ad una nozione di diritto e di legge in quanto espressione di ragione e di ragionevolezza<sup>30</sup>. Ma soprattutto un modo che chiama in causa una scelta politica compiuta su basi etiche. Se infatti, dal punto di vista della tutela dei diritti, la legalità si concreta in una conformità a regole che non la rendono più soltanto una questione di forma ma la trasformano in una questione di sostanza e quindi una questione di valore, essa si fa apprezzare anche come una questione etica: sugli organi giuridici, in particolare sugli organi di governo, grava il compito di implementare la concezione della legalità basata sui diritti, istaurando una prassi giuridico-sociale corrispondente. L'idea della *legalità come virtù* di un sistema giuridico trova in questo tratto forte della concezione del principio di legalità il suo momento insieme più delicato e più alto.

#### 4. – *Il principio di legalità come principio pratico: la scelta garantista*

La considerazione della legalità come virtù, implica dunque anzitutto che essa sia anche un valore o, se si preferisce, un *principio morale* cui si aderisce personalmente e su cui si fonda il sistema giuridico, alla stessa stregua della tensione verso la giustizia, l'eguaglianza, la solidarietà, la pace etc... E per l'appunto è questo il ruolo che essa ricopre in quanto principio di diritto positivo.

Di fatto, però tale ruolo non si riduce soltanto alla sua portata assiologica. Per avvedersene basta considerare la determinante importanza che l'assunzione del principio di legalità svolge in quanto specifica *tecnica organizzativa* della struttura degli ordinamenti giuridici moderni. È in base ad esso infatti, che, come si accennava, l'ordinamento giuridico determina la sua propria produzione, definendo per legge competenze e procedure da adottare allo scopo di giudicare della legittimità di ogni atto che voglia assumere rilievo giuridico. La riconduzione della legittimità alla legalità, di weberiana memoria, non fa altro che mettere in luce l'enorme importanza assunta dalla legalità in quanto tecnica organizzativa per la formazione e la gestione del diritto positivo moderno. La sua adozione crea un particolare modello di diritto positivo e di sistema giuridico che, com'è noto, va, sotto il nome di "Stato di diritto"<sup>31</sup> sicché sarebbe errato identificare *tout-court* diritto positivo e legalità: possono darsi infatti modelli di diritto positivo che non assumono la legalità come propria formula organizzativa.

Così considerata, la legalità assume allora uno statuto assai singolare: per un verso quello di un *valore* morale cui l'ordinamento è ispirato, per un altro verso quello di una *tecnica*, di un *metodo* di funzionamento del sistema giuridico che determina procedure, obblighi ed effetti vincolanti per gli utenti del diritto. Tuttavia, la portata della legalità come valore morale e quella della legalità come metodo non coincidono. La prima coinvolge una serie di principi quali il primato del diritto, il garantismo, un certo concetto di società

<sup>29</sup> «E qui tocchiamo, finalmente, la ragione per cui la *Rule of law* è una virtù dell'interazione e della comunità umana...Gli individui possono essere se stessi –avere cioè la "dignità" di "agenti responsabili"– solo se non li si costringe a vivere la loro vita per la convenienza di altri, ma si consente loro di, e li si aiuta a, creare una permanente identità nel corso degli "anni della loro vita"». (J. Finnis, *cit.*, p. 296).

<sup>30</sup> Quest'ultima «...intesa come adattamento o adeguatezza della legislazione ordinaria allo spirito della costituzione» (F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Bari, 1999, p.361).

<sup>31</sup> Sul concetto di Stato di diritto cfr. da ultimo P. Costa, D. Zolo, *op.cit.* Si veda anche il *Saggio bibliografico* di F.P. Vertova, incluso in *Appendice*, pp. 815-829.

politica<sup>32</sup> ecc., che possono o meno essere condivisi dagli agenti. La seconda individua più sommamente la definizione di un insieme di comportamenti (procedure) cui gli agenti sono invece obbligatoriamente tenuti se vogliono che i loro atti assumano veste giuridica.

Vi è però un punto importante su cui ambedue allo stesso modo convergono: nel mettere in luce il *carattere pratico* della legalità: sia che il principio di legalità venga assunto come un valore, sia che venga utilizzato semplicemente come metodo di organizzazione del diritto positivo, esso costituisce essenzialmente un principio che riguarda, per così dire, “il da farsi”, un principio posto, lo si diceva, come guida per l’azione, in altri termini un *principio pratico*. È appunto per questo che ci si può riferire alla legalità come ad una *prassi* (*seguire una regola è una prassi*) che, perché tale, mette in gioco un *punto di vista pratico*.

Questa sua portata di principio pratico spiega anche perché la legalità come valore e la legalità come tecnica, stiano tra di loro in un essenziale rapporto di mezzo a fine. La realizzazione della legalità come valore è normalmente il fine cui la legalità come tecnica è ordinata e che deve essere realizzato nella prassi specie quando, legandosi ai diritti, la sua implementazione o la sua trasgressione incidono sul godimento effettivo di essi da parte di tutti i consociati.

Non è difficile comprendere il tipo di gioco che si crea tra questi due modi di essere della legalità e la pregnanza di essa come valore in ordine all’interazione sociale solo che si tenga presente il fine cui la pratica della legalità in quanto virtù morale si dirige, nella sua doppia veste di *habitus* personale e di qualità complessiva del sistema. Nell’alternativa tra governo degli uomini e governo delle leggi, la pratica della legalità, propria degli stati costituzionali di diritto, procede al coordinamento delle azioni sociali proponendosi come scopo quello di realizzare il *governo delle leggi* o, se si vuole usare un’espressione più densa di significato, il *primato del diritto*. Non tuttavia per sé, quasi un tale primato possa rappresentare un valore ultimo, ma in quanto attraverso di esso, è l’opzione garantista ad essere affermata. Il passaggio dallo “Stato di diritto” allo “Stato costituzionale di diritto”, cui prima si accennava, può, per molti versi, rappresentare il senso di questa affermazione in quanto, nella sua ottica, la scelta garantista testimonia a favore di una sorta di *destinazione del diritto all’uomo* della quale il principio di legalità si fa carico, nella misura in cui la legge suprema dello Stato riconosce la persona umana nei suoi diritti fondamentali ed impegna l’intero sviluppo del diritto a promuoverne la realizzazione sociale. È appunto questo tendere di tutto il diritto positivo all’uomo come animale sociale ciò che si fa presente oggi nel primato del diritto e quindi ciò che il principio di legalità è chiamato a salvaguardare. Nelle sue linee essenziali, l’idea è che quando a governare è una costituzione garantista, quando i comportamenti dei consociati si conformano a regole prestabilite, pubblicamente convenute e poste sulla base del consenso ai diritti e alla loro tutela effettiva, più remoto si fa il pericolo della sopraffazione dell’uomo sull’uomo (che invece è sempre in agguato se il governo non è delle leggi ma degli uomini) e più vicina si rende la possibilità di rimuovere gli ostacoli che minano la libertà, l’uguaglianza e l’autodeterminazione della persona umana e dei suoi progetti di vita. L’interpretazione della sovranità come sovranità limitata si apprezza allora nel carattere pratico del principio di legalità, come funzionale alla realizzazione di una società di *persone* libere ed eguali.

È in questo senso, che, come si diceva, una *scelta garantista* fa oggi da sfondo al primato del diritto e ne esprime la portata ed il fine interno. Si può anzi aggiungere che, per

---

<sup>32</sup> Cfr. L. Triolo, *cit.* p. 29 e seg.

molti versi, questa idea, a mio avviso, non sempre sufficientemente esplorata<sup>33</sup>, ma soprattutto non sempre adeguatamente vissuta, costituisce oggi la fondamentale *condizione di senso* della legalità come principio pratico e segna non solo la linea di demarcazione tra legalità come valore e legalità come metodo ma anche quella, ad essa strettamente connessa, della distinzione tra legalismo e legalità. Per chi non si riconosce in essa – al di fuori del garantismo cioè – sorgono certo serie difficoltà ad assumere il punto di vista della legalità, almeno per quanto ne concerne il valore morale e non sarà nemmeno possibile fare distinzione tra legalismo e legalità, perché perdendo di vista la sua vocazione alla persona umana e ad una società di persone, il governo della legge perde di vista anche il criterio a partire dal quale diviene al suo interno sensato distinguere tra un modo corretto ed uno scorretto del seguire una regola. In quest'ultimo caso, il governo della legge si vede ridotto a metodo e come tale neutro (né buono né cattivo), rispetto a fini che gli saranno comunque esterni. In altre parole, al di fuori della scelta garantista, non è più sensato distinguere tra la conformità alla legge come virtù e quell'ideologia, quel mito, della conformità alla legge che è appunto il legalismo. Se dunque parlare di un valore, di una *virtù* della legalità ha senso solo in funzione del primato del diritto e parlare del primato del diritto come valore ha senso solo in funzione del primato della persona, quel che si crea, a partire dalla scelta per la legalità come valore sociale e come prassi, è una costellazione di concetti legati tra loro in un *crescendo* che ha il suo punto di partenza nella conformità a regole ed il suo punto di arrivo nella tutela effettiva dei diritti. Quando la continuità di questo *crescendo* viene in qualche punto interrotta, ne risulta perdente la scelta etica che è alla base dell'assunzione del valore della legalità da parte della comunità politica e che non è invece in alcun modo chiamata in causa laddove la legalità rappresenta soltanto un metodo di governo:

Nell'assunzione del principio di legalità come valore pratico, dunque, aspetti formali e sostanziali si rincorrono vicendevolmente. Anche questa è una considerazione che dovrebbe continuamente essere rilanciata: la forma della legalità rimanda sempre ad una sostanza che è il rifiuto del governo dell'uomo sull'uomo e la sostanza rimanda ad una forma che è appunto quella del governo della legge: «...alla fine sarà un governo di leggi e non di uomini», recita all'art. XXX la Dichiarazione dei diritti del Massachusetts<sup>34</sup>.

##### 5. – *La legalità come la virtù propria del “seguire una regola” giuridica ed il primato del diritto come valore sociale*

Il fatto che il principio di legalità vada considerato come un *principio pratico* e la conformità alle regole giuridiche determinata dalla *legalità* vada considerata come una *prassi*, è l'unico in grado di fornire una risposta al nodo concettuale, altrimenti inestricabile, che riguarda la incolmabile distanza tra il darsi della regola e l'effettivo comportamento conforme ad essa.

---

<sup>33</sup> Il collegamento tra l'attitudine a seguire le regole ed il primato del diritto non incide ad es. in alcun modo rilevante sull'esame del legalismo fornito da J Shklar e per questo motivo, nella sua analisi, la fedeltà al sistema di regole, il *rule following* propriamente legalistico viene di frequente collegato ad un modo formalistico di concepire il diritto come sistema avulso dal contesto sociale nel quale si inserisce. Cfr. ad es. cap. I.

<sup>34</sup> Per questo aspetto una costituzione che si fondasse su una regola del tipo: «*quod principi placuit legis habet vigorem*» rappresenterebbe una contraddizione performativa perché violerebbe la sostanza della legalità come valore (il governo delle leggi), ma anche come forma perché rinuncerebbe, in ultima analisi, all'idea di regola (cfr. F. Schauer, *cit.*, p. 303) e violerebbe quindi la sua condizione di senso.

Per comprendere quale sia il meccanismo per cui tra regole e comportamenti si produca una conformità e come essa si produca, il discorso sulla legalità deve necessariamente spostarsi sul ruolo che ricopre l'agente, colui che decide un corso d'azione (sia esso legislatore, organo giuridico o semplice cittadino) e che, come tale, funge da anello di congiunzione tra il dover essere normativo ed i comportamenti conformi. Com'è noto, buona parte del pensiero giuridico concorda oggi nell'attribuire all'agente il ruolo del *partecipante*<sup>35</sup>, di colui, cioè che si fa carico insieme agli altri dell' "impresa di assoggettare la condotta umana al governo di norme"<sup>36</sup>, e per questo si inserisce nel punto di *vista interno* del diritto come pratica sociale governata da quel tipo di razionalità che passa sotto il nome di *ragione pratica*<sup>37</sup>. La sfera della ragione pratica, a sua volta, è, per così dire, la sfera dell'inferenza che si chiude sul "qui" e sull'"ora"; il giudizio pratico fa parte di una razionalità che si iscrive nel tempo e dunque deve fare i conti con il "prima" che ha determinato l'"ora" e con il "dopo" che si svilupperà a partire dall'"ora": in quanto *partecipante*, l'agente sarà impegnato dunque a considerare la conformità alla regola come un compito di trasformazione dell'astrattezza atemporale della norma nella concretezza della prassi. Un compito di trasformazione non delegabile ad altri, pur se certamente condivisibile con altri. Seguire una regola significa anche interpretarla; ma in questa interpretazione prende corpo il riconoscimento *pratico* della regola. In generale si può dire che il riconoscimento della regola da seguire scatta solo quando se ne riconosce il vincolo di dipendenza dal sistema normativo nel quale l'agente stesso si muove e quando si assume questa dipendenza per mettere in atto i comportamenti richiesti dalla norma, cooperando affinché attorno all'obbligo che essa configura si crei una (più o meno forte) pressione sociale. In questo senso il principio di legalità fornisce, come si diceva, anche il metodo attraverso il quale individuare la regola giuridica che deve fungere da ragione di azione.

Da qui derivano due conseguenze egualmente importanti che conviene esaminare separatamente.

La prima conseguenza di rilievo concerne la necessità di considerare come una *scelta libera* e quindi imputabile all'esercizio della capacità deliberativa dell'agente, il comportamento conforme alle norme. Nell'ottica di chi assume il principio di legalità come criterio organizzativo e pubblico di una società basata sul primato del diritto, chi segue abitualmente le regole giuridiche non lo fa certo perché accecato da una insana ed incontenibile passione per l'applicazione di procedure<sup>38</sup>. Non lo fa nemmeno perché

<sup>35</sup> Da ultimo, in questo senso, S. Urbina, *cit.*, pp. 229 e seg.

<sup>36</sup> L. Fuller, *cit.*, p. 142. Si tratta di un concetto che Fuller ripropone spesso nel suo magistrale lavoro, cfr. ad es. p. 73, p.122, p.143.

<sup>37</sup> Val forse la pena di ricordare che l'ipotesi della ragione pratica non è da tutti condivisa. Per Kelsen, ad es. non è scientificamente formulabile la risposta alla domanda sul potere motivante all'azione che possa possedere l'idea di norma (cfr. ad es. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1994, p. 24) ed a questa conclusione egli giunge con argomenti tutt'altro che peregrini (cfr. al riguardo e, più in generale, sul senso dei dualismi kelseniani L. Triolo, *La norma ignota*, Torino 1994, cap IV). Val la pena allora di tener presente che l'assunzione della prospettiva della ragione pratica, che per sé richiederebbe di essere fondata o motivata all'interno di una ulteriore e più ampia prospettiva filosofica, qui ha la funzione di illuminare maggiormente un modo d'essere che, a mio avviso, è proprio dello Stato costituzionale di diritto.

<sup>38</sup> «È del tutto evidente -...- che non si può giocare se non si conoscono e non si rispettano le regole del gioco; e che, sotto questo profilo, la *legalità formale* è elemento essenziale e irrinunciabile di ogni sistema (ludico) e particolarmente dei sistemi complessi. Ma è altrettanto evidente che nessuno ha mai giocato solo *per rispettare le regole del gioco*. Il gioco (il vivere in società) ha un senso che non può essere ridotto soltanto dalle sue regole...Una concezione strettamente formale della legalità, depurata da

ritiene che il modello di comportamento offerto dalla regole sia il migliore tra quelli possibili o sia addirittura l'unico (normalmente chi segue una regola giuridica è, al contrario, perfettamente consapevole del carattere contingente, convenzionale delle regole e delle procedure giuridiche), ma perché ritiene che – come è ovvio – solo adottando questo modello sia possibile attuare nella prassi il governo della legge. Incide certamente sul comportamento dell'agente quell' «assenza di malleabilità continua» che caratterizza in generale una «strategia decisionale basata su regole»<sup>39</sup>, ma questa volta vi incide nel senso che anche l'obbedienza abitualmente prestata si giustifica a monte attraverso un atto di libera scelta. Che questa conformità alle regole, questa obbedienza, possa anche assumere, come è proprio di tutte le virtù, aspetti meccanici negli atti

---

ogni valenza assiologia...si rivela paurosamente inadeguata sul piano dell'esperienza sociale a rendere ragione dell'obbligo giuridico.» (F. D'Agostino, *Il principio di legalità*, in Per la Filosofia, cit., p.3).

<sup>39</sup> Queste espressioni appartengono al linguaggio usato da F. Schauer nel testo già più volte citato. Nella sua prospettiva, è proprio di una *strategia decisionale basata su regole*, quale è anche quella giuridica, richiedere al destinatario di restare sostanzialmente fedele al significato letterale delle regole, anche quando una loro applicazione in base alla *ratio*, o per usare l'espressione di Schauer, alla loro *giustificazione* condurrebbe a risultati diversi e più giusti. Al riguardo, Schauer è drastico: non saremmo in presenza di un ambiente decisionale basato su regole qualora esse non fossero resistenti ai “casi recalcitranti”, e fossero continuamente rivedibili. Nonostante i costi da pagare, l'adozione di una *strategia decisionale basata su regole* ha dei vantaggi soprattutto in termini di semplificazione delle procedure decisionali ed in termini di coordinamento delle azioni sociali; vantaggi che continuano ad essere degni di essere perseguiti anche al prezzo di insoddisfacenti applicazioni di esse. L'analisi di Schauer è preziosa ai fini del nostro discorso perché mette in luce come l'assenza di malleabilità delle regole debba essere considerata come uno dei cardini fondamentali attorno al quale ruota la prassi della legalità: se essa muove anzitutto dall'esigenza di arginare la discrezionalità del potere, l'applicazione discrezionale delle regole avrebbe come effetto quello di privare della propria ragion d'essere non solo il “seguire una regola” ma l'idea stessa di esistenza della regola.

Per quanto preziosa, tuttavia l'analisi di Schauer si presta ad una duplice osservazione. Per un verso, il rilievo dato alla mancanza di malleabilità delle regole non tiene conto del problema giuridico del *doppio destinatario*: coglie nel segno nel caso dell'esecuzione, quando cioè si considerino come destinatari delle regole giuridiche i semplici cittadini; molto meno, invece, nel caso dell'applicazione, quando destinatari sono gli organi giuridici (in particolare i giudici) ai quali invece è difficile chiedere di battere sempre percorsi sillogistici. Per altro verso, tale analisi non tiene conto del fatto che, in ambito giuridico, le moderne strategie basate su regole si giocano su (almeno) due livelli: quello legislativo e quello costituzionale. Cosa accade infatti quando allo Stato di diritto subentra lo Stato costituzionale di diritto? Cioè quando nell'ambiente decisionale basato su regole incide la positivizzazione di una serie di principi e di diritti fondamentali della persona (garantismo) che si impone normativamente ed in modo inderogabile al legislatore? Accade che anche le giustificazioni di fondo delle regole (tale può essere considerato infatti quel *nucleo duro* di principi e di diritti fondamentali che, come principi supremi, non sono soggetti a revisione) assumono a loro volta un aspetto molto simile a quello delle generalizzazioni trincerate (la forza del trinceramento non avrà in questo caso la forma inderogabile della sanzione propria della struttura delle leggi; avrà però quella, non meno inderogabile, del sindacato di costituzionalità). Ed ecco allora il problema: se in linea generale, è corretto, adottando una strategia decisionale basata su regole, non tenere conto, in sede interpretativa/applicativa, degli esiti di una decisione basata sulla giustificazione di esse, non è altrettanto corretto non tenerne conto quando tali giustificazioni si presentano a loro volta in termini di prescrizioni, di generalizzazioni trincerate. La distinzione tra la legalità dello Stato di diritto e quella propria degli Stati costituzionali è in realtà una distinzione che pesa. Ogni discorso in termini di legalità sarebbe in questi ultimi gravemente disatteso e la conformità alle regole sarebbe solo espressione di *venerazione irrazionale* se i vincoli costituiti dalla formulazione normativa fossero considerati come assoluti e la interpretazione/applicazione delle regole non fosse resa congruente con il livello costituzionale che positivizza le loro giustificazioni ultime. (Per quanto concerne l'incidenza che il livello costituzionale assume nell'ambito della prassi giuridica decisionale cfr. L. Prieto Sanchis, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in “Ragion Pratica”, 18/2002, pp. 169-200).

spiccioli della vita quotidiana (per es. il pagamento del biglietto sugli autobus o il ritiro dello scontrino fiscale negli acquisti) non toglie nulla al fatto che la componente di decisione, di scelta cui essa rinvia si ambienta, per così dire, all'interno di un'*intenzione ulteriore*: contribuire all'edificazione ed al mantenimento di una società in cui il coordinamento sociale delle azioni sia organizzato sulla base del governo delle leggi. Questa intenzione non è certo pleonastica e non è nemmeno da guardare come un evento psichico. Non è frutto di una scelta soggettiva, ancorché lodevole. Essa appartiene al senso stesso della legalità come valore. La presenza di questa intenzione ulteriore segna la differenza tra l'assunzione della legalità come metodo e quella della legalità come valore. Benché non possa essere di fatto accertata senza una sorta di *probatio diabolica*, nell'adesione effettiva e dunque nella concreta attuazione della legalità come valore essa non può mai essere assente. Qualora mancasse, la legalità resterebbe relegata a semplice metodo di governo e di controllo sociale. Da questa angolazione, per quanto è vero che nello stato di diritto nessuno è al di sopra della legge, per altrettanto è vero che l'obbedienza al diritto, anche quando è pronta, è sempre, in ultima istanza, un'obbedienza criticamente responsabile ed in questo senso un'*obbedienza vigile e ragionata*.

Questo particolare *aspetto deliberativo* che caratterizza il senso della conformità alla legge nell'ottica della legalità, acquista poi oggi un rilievo ed un peso assai più evidenti quando assume la forma della soggezione del giudice alla legge. Questo è vero non solo quando si fa questione dei cosiddetti "principi" per l'applicazione dei quali il termine stesso "ponderazione" allude ad un'attività discrezionale difficilmente sindacabile. È vero anche quando sono in questione "regole", e del tutto a prescindere dal fatto che ci si trovi dinanzi a "casi chiari" o meno<sup>40</sup>. Ciò che entra ora esplicitamente nel gioco della legalità è la *dimensione interpretativa* insita nell'idea del "seguire una regola". Non è difficile rendersene conto: negli Stati costituzionali di diritto, quelli cioè nei quali il giudizio di legalità si è trasformato nel giudizio di legalità costituzionale, è richiesto al giudice che il suo vincolo alla legge venga filtrato da un giudizio sulla costituzionalità di essa, che è anche inevitabilmente, un giudizio sul modo migliore per raccorderne il contenuto ai principi costituzionalmente garantiti. Si può facilmente concordare sul fatto che quel che il concetto di legalità costituzionale apporta di nuovo al principio di legalità è il superamento del paleo-positivista concetto di legge: il vincolo del giudice alla legge viene ora riproposto come vincolo del giudice alla legge ed al diritto<sup>41</sup>. Nell'ottica di questo superamento, il primato del diritto non coincide più con il primato della legge<sup>42</sup> ma semmai con il primato della costituzione. Sebbene non negato, dunque, il primato della legge deve essere letto in linea di continuità col primato della costituzione. Questa esigenza fa sì che l'attività decisoria del giudice non possa più essere racchiusa dentro un'interpretazione meramente letterale delle regole; non è detto, infatti, che in casi particolari, tutte le interpretazioni/applicazioni delle regole siano funzionali nella prassi alla realizzazione della legalità costituzionale e che quindi non esista uno iato tra *conformità alle regole* e *conformità al diritto*<sup>43</sup>; sotto questa

---

<sup>40</sup> «...considerando le norme dal punto di vista della loro applicazione giudiziale...si potrebbe persino pensare, almeno nel caso del diritto civile, che l'esistenza stessa di un processo costituisca una presunzione a favore della non-chiarità del caso» (M. Barberis, *cit.*, p. 261).

<sup>41</sup> Rimando per questo a R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1992, cap. I.

<sup>42</sup> Cfr. L. Prieto Sanchis, *cit.*, pp. 176 e seg. Per questo autore, non a torto, la presenza della costituzione fa sì che «...la legge smette di essere il referente primario della soluzione dei casi» (*ivi*, p. 177).

<sup>43</sup> Per questo aspetto cfr. M. Barberis, *cit.*, p. 270-271.

angolazione, nella pratica del vincolo del giudice alla legge, nel suo rispetto effettivo della regola deve potersi sempre leggere il rispetto del diritto e questa fatica di armonizzazione implica la messa in moto di un processo razionale che deve tener conto di una serie di aspetti (come per es. l'attenzione al caso concreto<sup>44</sup>) che vanno oltre il reperimento del significato della regola dal punto di vista meramente linguistico. Anche per la legalità, insomma, vale ciò che vale per la regola di virtù in generale: il comportamento virtuoso si dà nel concreto, in un dialogo tra le circostanze particolari ed il valore (verità, giustizia, solidarietà etc...) che si vuole affermare attraverso i comportamenti. Allo stesso modo, la definizione ultima della decisione giudiziale non coincide con la astratta individuazione della regola da seguire, ma con la interpretazione di essa in relazione al caso concreto ed a quella legalità che, accogliendo la regola, si vuole affermare<sup>45</sup>. Per questo aspetto, si potrebbe ben dire che il fine cui la legalità è costitutivamente rivolta, la posta che in essa è in gioco -cioè il primato del diritto-, entra in funzione nella definizione del comportamento da porre in essere, come una sorta di *metacriterio interpretativo* della regola: obbedirvi, conformare ad essa il proprio comportamento, deve sempre nella prassi essere volto alla realizzazione del primato del diritto. L'*habitus* della legalità come disposizione permanente ad agire secondo la *recta ratio* del sistema giuridico si manifesta infatti pienamente proprio quando, nel gesto di "seguire le regole", la soggezione del giudice alla legge riflette il primato del diritto.

La seconda conseguenza di rilievo concerne invece il carattere *sociale* della prassi della legalità, specie quando essa ha il proprio fulcro nella tutela dei diritti. La sua realizzazione non è infatti compito che possa essere assolto atomisticamente. L'idea del soggetto agente come *partecipante* allude sempre ad uno scopo che non è raggiungibile singolarmente; chiama piuttosto in causa l'intervento di una moltitudine di soggetti altrettanto partecipanti e cooperanti per i quali il gesto del *rule following*, il gesto di obbedienza, muove dalla stessa adozione dei criteri di riconoscimento ed è volto alla realizzazione dello stesso fine. In altre parole l'atto del "seguire una regola giuridica" ha senso solo in un contesto nel quale la conformità alla legge non resti mai un gesto isolato o l'utopia di un sognatore. Al contrario infatti di una regola del costume, di un'abitudine personale o anche di una regola morale, la regola giuridica non può mai essere considerata come vincolante in privato, per un singolo; viene riconosciuta come vincolante e quindi seguita, contestualmente al riconoscimento altrui<sup>46</sup>. La prassi del riconoscimento non può che essere una prassi intersoggettiva basata su criteri condivisi e pubblici.

---

<sup>44</sup> Nota ad es. Bankowski: «Whether a rule is correctly applied is a question that has to be determined not only by the meaning but by the particular circumstances of the situation and therefore has to be adjudged each time anew» (*cit.*, p. 23).

<sup>45</sup> «...ciò che, in un luogo determinato e in un tempo determinato, non solo in modo astratto e universale ma in questo o in quel caso specifico, «è conforme a diritto» non lo si può ricavare semplicemente dai codici e dalle raccolte di varie disposizioni di legge...Ciò è reso infatti problematico dall'esigenza ineludibile di una mediazione tra la norma generale e astratta e la fattispecie concreta considerata nella sua singolarità storica» (H. Hofmann, *cit.*, pp.6-7).

<sup>46</sup> «Se tutti coloro che sono chiamati ad applicare le regole entro un certo ambiente decisionale le trattassero come superabili nell'ambito di quell'ambiente allora quelle regole risulterebbero effettivamente superabili, anche se nelle regole canonicamente iscritte non vi fossero incorporate clausole di superabilità» (F. Schauer, *cit.*, p. 206). Per questo autore, tuttavia: «...il modo e la misura in cui le regole entrano a far parte del processo decisionale, sono in ultima analisi determinati esclusivamente dal singolo decisore» (*ivi*).

In questo senso, il primato del diritto è sempre un *valore collettivo, sociale*, mai individuale; è un valore che si distende nel tempo, si condivide pubblicamente con altri, non di rado all'interno della condivisione del gioco democratico, e che non è possibile perseguire a scadenza determinata o privatamente. Carattere proprio di una *virtù sociale* è infatti la sua diffusione all'interno di un gruppo. Ciò fa sì che l'atteggiamento di sfondo per cui ci si volge alle regole per conformare ad esse i propri comportamenti, fornendone nello stesso tempo una certa interpretazione, non può mai essere frutto della fatica di un singolo, ma deve incontrare nel proprio percorso atteggiamenti interpretativi corrispondenti da parte dei componenti del gruppo nel rispetto del ruolo di ciascuno di essi; deve essere cioè un *atteggiamento diffuso e cooperativo*: una *pratica sociale*, appunto, fondata sull'accordo e sul consenso. Si giunge per questa via ad illuminare un altro aspetto di importanza centrale nella comprensione della legalità come virtù sociale<sup>47</sup>: l'obbedienza implicita nel gesto del "seguire una regola" giuridica è sempre un'obbedienza di cui devono potersi dare ragioni cooperative, ragioni cioè che non coincidono con la mera presenza della regola, ma con il riconoscimento pubblico della sua pretesa di vincolare i comportamenti. Altro è, per dirla ancora con Hart, *essere obbligati*, altro è riconoscere di *avere un obbligo* in relazione ad una norma.

È proprio l'obbedienza che segue al riconoscimento pubblico dell'obbligo e la pressione sociale che si crea attorno a questo riconoscimento ciò che definisce, nel diritto positivo moderno ispirato ai principi della legalità, il corretto atteggiarsi del rapporto tra regole e comportamenti conformi; il corretto modo del "seguire una regola" giuridica. Ed è ancora questo carattere che consente di parlare in modo egualmente corretto (cioè senza contraddizione, ambiguità o confusione) della legalità come virtù del sistema e della legalità come *habitus* personale degli agenti sociali, passando dall'una all'altra senza soluzione di continuità<sup>48</sup>.

## II. – Il legalismo giuridico

### 6. – *Legalismo morale e legalismo giuridico*

“Legalismo” è termine dispregiativo<sup>49</sup>.

In sede morale e/o religiosa viene usato quasi sempre da qualcuno per connotare negativamente un certo modo di atteggiarsi, solitamente pedissequo, nei confronti delle

---

<sup>47</sup> Si tratta di un aspetto che coglie quella congruenza di cui parla Fuller: «Con tutte le sue sottigliezze, il problema dell'interpretazione occupa una importante posizione centrale nella morale intrinseca del diritto. Rivela, come nessun altro problema, la natura del compito di mantenere la legalità come impegno affidato alla cooperazione di più soggetti. Se l'interprete deve conservare la sensazione di svolgere una missione utile, il legislatore non deve imporgli compiti privi di senso. Se l'estensore delle leggi deve proprio scaricare le sue responsabilità, egli deve, in cambio, essere capace di anticipare modi di interpretazione razionali e relativamente stabili. Questa dipendenza reciproca permea ... l'intero ordine giuridico. Nessuna individuale concentrazione di intelligenza, discernimento, buona volontà, comunque strategicamente situata, può assicurare il successo dello sforzo di assoggettare la condotta umana al governo di norme» (L. Fuller, *cit.*, pp. 121-122)

<sup>48</sup> «Rigorously applied in courts, more compromisingly in daily life, the virtues of acting according to rules may be practiced in varying degrees of intensity, but the cast of mind, the moral attitude, remains constant» (J. Shklar, *cit.*, p. 109).

<sup>49</sup> A meno che, ovviamente, non venga usato come sinonimo di *legalità*

leggi. A questo atteggiamento viene associato un certo modo di “seguire le regole” che produce, in determinate circostanze, effetti ritenuti dannosi. Se ci si interroga sui criteri in base ai quali questo giudizio viene espresso, non si fa fatica a scoprire che il motivo dal quale scaturisce l'accusa è, di solito, la cecità che il legalista dimostra nei confronti di quei valori, per così dire, superiori (per es. quello morale della libertà, quello religioso della carità, ecc.) che rispondono dell'intero sistema al cui interno prendono senso le singole disposizioni normative. Quando una regola di un ordinamento morale risulta, in fase di applicazione, incapace di flettersi sufficientemente alle esigenze del caso concreto, allora è sempre possibile, in linea di principio, ammettere l'intervento di una *deroga* il cui criterio riposa nel diretto riferimento ai valori di cui l'ordinamento stesso è espressione.

In realtà, le leggi o le consuetudini di un ordinamento morale sono tali, per loro natura, da non soffrire ed anzi da tollerare pienamente l'esistenza di un “principio di deroga”. Ancor di più: esse traggono senso ed alimento dall'esistenza di un tale principio; valgono come norme e pongono dunque obblighi oggettivi ai destinatari, nel limite in cui consentono –e questo dipende dalle circostanze- a chi si conforma ad esse, di rimanere fedeli ai principi etici o religiosi che si è scelto di seguire. Ma l'apprezzamento di questo limite è rimesso al giudizio dell'agente. È come si dice, un “problema di coscienza” e nasce dal confronto fra la singola prescrizione ed i valori ultimi del sistema. Ed è qui, nella necessità di questo confronto, che prende corpo la ben nota distanza tra la *lettera* e lo *spirito* della legge. La norma morale (e spesso anche quella religiosa) prende sempre luce e respiro dal riferimento a qualcosa che si configura come uno “spirito”, un senso che la trascende e la cui pratica attuazione essa consegna alla responsabilità di chi è chiamato ad applicarla; in questo senso, ogni applicazione che non ne trasmette (non ne fa trasparire, non ne testimonia) o addirittura ne travisa lo spirito è da biasimare.

È precisamente questo biasimo a pesare sul legalismo. Poiché è incapace di apprezzare la differenza tra lo spirito e la lettera della legge e si ritrae impaurito dinnanzi al principio di deroga, il legalista tradisce, sia pure per eccesso di rispetto, di zelo, la natura della legge morale. Qui sta la sua contraddizione ed il suo costitutivo mal-essere. Avendo rinunciato al confronto fra la prescrizione ed i valori di riferimento, egli non dispone di alcun criterio in base al quale applicare la regola morale o religiosa al caso concreto e non è in grado di valutare dunque quando un caso vada effettivamente sussunto o meno sotto la fattispecie astratta di una prescrizione cui *prima facie* appartiene. Così se sbaglia, sbaglia perché ha fatto male, per così dire, ad applicare la regola. L'errore del legalismo morale è dovuto al fatto che la regola non avrebbe dovuto essere seguita perché quel caso che *prima facie* vi apparteneva, non avrebbe dovuto essere sussunto sotto la sua fattispecie astratta. Alla fine, “legalista” è chi ha fatto male a seguire una regola, (“ha fatto male” nel senso che, in quel caso specifico, non avrebbe dovuto seguirla), chi per amore dell'albero perde di vista il bosco. Si può dire, in questo senso, che il legalismo morale, è dovuto ad un fatale *errore di valutazione*.

Ma se le cose stanno in questi termini, applicare una categoria come quella del legalismo nella sfera giuridica, è problematico. Nel diritto positivo infatti il ricorso al principio di deroga pone questioni più gravi di quanto non accada nella sfera religiosa o morale. Il principio di legalità asserisce che, in ogni ordinamento giuridico, l'intenzione di seguire una regola si attua conformando i propri comportamenti alle norme valide del sistema e che sono tali quelle che si lasciano identificare in base alle fonti di conoscenza e di produzione preliminarmente stabilite dall'ordinamento. Nessuno può appellarsi a valori superiori, a valori di coscienza per quanto alti e nobili, per identificare altre fonti di conoscenza o di produzione del diritto o per invalidare quelle riconosciute; a meno che questi valori non siano positivizzati. Ne segue che un uso libero delle regole

giuridiche che assumesse come tribunale ultimo e inappellabile la coscienza, non potrebbe che risolversi in un difetto di legalità: chiunque potrebbe appellarsi a questo tribunale per sottrarsi agli obblighi giuridici e in questa consapevolezza, difficilmente chi, in sede giuridica, accusa qualcuno di legalismo, sarebbe disposto, per converso, a lodare l'atteggiamento di colui che si ritenesse esonerato da obblighi derivanti da norme dell'ordinamento vigente, facendo appello a norme più intimamente cogenti e ad elevati ideali. Non è forse vero che si può sempre far emergere un punto di vista, un motivo, in considerazione del quale il fatto di aver "seguito una regola" può essere valutato negativamente (eventualmente anche per gli effetti che produce)? Da questa angolazione, per altro, l'accusa di "legalismo" potrebbe essere mossa, per così dire, da tutti contro tutti e così sfuggire ad ogni possibile presa critica.

Non può allora essere questo tipo di applicazione del principio di deroga il modello di un comportamento giuridico non legalista. Tale principio trova certo una sua plausibilità nei casi-limite, nei casi di contraddizione, di crisi, di conflittualità sempre possibili all'interno dell'esperienza giuridica. Di essi fornisce un'attestazione drammatica<sup>50</sup>. Assumerlo però come il paradigma generale di un comportamento non legalista è insensato: se il ricorso a superiori valori normativi, estranei all'ordinamento, fosse abitualmente accordato come criterio di deroga alle norme giuridiche, seguirle perderebbe qualsiasi senso e ad essere spazzata via sarebbe la dimensione stessa della legalità.

Il fatto è che, per dirla in termini kantiani, la regola giuridica contiene un'obbligazione stretta: dunque non ammette deroga. Da ciò una conseguenza importante: nella sfera del diritto non si può propriamente dire che qualcuno *ha fatto male*, nel senso prima indicato, a seguire una regola. In questa direzione l'accusa di legalismo ha la via preclusa..

Chi, allora, è per il diritto il legalista? È possibile, dal punto di vista della teoria giuridica, individuare i criteri a partire dai quali porre le basi dell'accusa di legalismo, evitando di coinvolgere in essa quella conformità alle regole, quella virtù che chiamiamo legalità? Per soccorrerci al riguardo credo, possa essere imboccata un'altra via.

Il sistema giuridico, com'è noto, può essere considerato sia come *sistema di norme*, sia come *sistema di procedure*: «Come sistema di *procedure*, il sistema giuridico è un sistema di azioni riposanti su regole e disciplinate da regole, mediante cui delle norme possono essere statuite, giustificate, applicate e affermate. Come sistema di *norme*, il sistema giuridico è un sistema di risultati o di prodotti di una qualche procedura sulla produzione di norme. Si può dire che chi interpreta il sistema giuridico come sistema di norme si riferisce al suo aspetto esterno. Si riferisce invece al suo aspetto interno chi considera il sistema giuridico come un sistema di procedure»<sup>51</sup>.

Ritengo sia questa la differenza da sfruttare per orientarci sul senso del legalismo giuridico e dell'accusa di "legalista". Se proviamo infatti a chiederci da che punto di vista è corretto porsi quando è in questione la conformità a regole, la risposta è immediata: dal punto di vista del diritto come sistema di *procedure*, perché, come si è visto a proposito della legalità, la conformità a regole è appunto una questione di «azioni riposanti su regole e disciplinate da regole». È quindi in un orizzonte di carattere procedurale che può e deve essere posta la differenza tra un modo corretto ed uno scorretto del seguire una regola; la differenza insomma tra legalismo e legalità. Da qui un primo abbozzo di

---

<sup>50</sup> Il riferimento d'obbligo è ai casi di «leggi intollerabilmente inique» secondo la famosa formula di Radbruch. In questi casi però, ad essere messo in dubbio è, com'è noto, il carattere "giuridico" di tali leggi.

<sup>51</sup> R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p.22.

risposta alla nostra domanda: nella sfera giuridica, legalista non è chi ha fatto male a seguire una regola; “legalista”, questa volta, è *chi ha seguito male una regola* (“l’ha seguita male” perché avrebbe dovuto conformarsi ad essa in modo diverso o addirittura ha usato male la procedura di individuazione della regola da seguire ed avrebbe dovuto seguirne un’altra dello stesso ordinamento giuridico normativo). *Legalista* è chi ha risposto male alla domanda: come si deve seguire la regola? In questo senso, il *legalismo giuridico* è dovuto ad un *errore di procedura*. Esso colpisce l’atteggiamento di colui che, dal punto di vista interno al sistema, commette un errore non nel decidere di seguire una regola, ma *nel modo* in cui la individua e la segue.

Avere delineato come procedurale l’ambito chiamato in causa da un certo tipo di errore legalista serve a dar conto della possibilità di estendere al campo giuridico una categoria come quella del legalismo ed anche di impostare il problema della distinzione tra legalismo e legalità. Riguardo ad essa, ora sappiamo qualcosa di più rispetto a prima: sappiamo che il giudizio sulla correttezza o meno di un comportamento conforme a norme apre e coinvolge essenzialmente questioni di procedura e comprendiamo allora ancora meglio in che senso la legalità possa essere considerata un “metodo” per fare di una regola giuridica la ragione di un’azione: come metodo, come tecnica di funzionamento degli ordinamenti giuridici, essa coinvolge essenzialmente questioni procedurali.

Tuttavia questo progresso non è ancora sufficiente a dar conto fino in fondo del legalismo in sede giuridica. Se il legalismo è un errore di procedura –quell’errore a causa del quale la fedeltà alla regola, che di per sé esprime una virtù, diviene invece biasimevole- occorre ancora definire la tipologia di questo errore: in base a quale tipo di considerazioni procedurali si può asserire che la regola è stata mal seguita? Se legalista è, dal punto di vista del diritto colui che segue *in un certo modo* le regole, si da potersi dire che le ha seguite in modo *scorretto*, qual è questo “modo”?

## 7. – *La degenerazione legalista*

Vorrei a questo punto muovere dalla considerazione della legalità come virtù per mettere a fuoco i criteri che consentono di individuare nel legalismo un modo scorretto di seguire le regole giuridiche ed illustrare in che senso possa essere considerato una grave forma di alterazione del seguire una regola sino a ravvisare in esso gli estremi dell’illegalità (giustificarlo cioè come capo d’accusa); in che senso dunque il legalismo si rapporti alla legalità come il vizio alla virtù. Per motivi che risulteranno chiari dal contesto, articolerò la mia analisi in senso inverso rispetto a quello adottato nella prima parte di questo studio, assumendo dapprima come termine di riferimento la legalità come virtù dell’agente ed in seguito la legalità come virtù del sistema.

Almeno fin dalla tematizzazione aristotelica dell’etica è ben noto che, nella misura in cui la disposizione virtuosa si lega ad una certa medietà, la disposizione contraria alla virtù (il così detto “vizio”), si lega ad una duplice forma possibile di violazione della regola del giusto mezzo: quella per *difetto* e quella per *eccesso*. Nel II libro dell’Etica Nicomachea, Aristotele precisa che non sempre tuttavia le due forme di violazione acquistano eguale valore di contrapposizione alla virtù. Nei confronti del giusto mezzo –egli dice: «in alcune cose si oppone di più il difetto in altre l’eccesso; ad es. al coraggio si oppone non tanto la temerarietà, che è un eccesso, quanto piuttosto la viltà, che è un

difetto»<sup>52</sup>. Si potrebbe dire che anche nell'ottica della legalità come virtù quel che più si oppone è il difetto: l'illegalità è riconoscibile facilmente come la violazione per difetto della legalità, la più comune, la più conosciuta. I comportamenti che mancano di conformità alle regole giuridiche sono facilmente identificabili come illegali, sono in linea di massima accertabili e quindi sanzionabili nelle forme previste dal diritto.

Le cose si complicano però quando si tratta di definire quale sia e come possa configurarsi la violazione della legalità per eccesso. Sappiamo che, se si desse, una violazione della legalità per eccesso avrebbe il senso di un'*esagerazione*, (per dirla ancora con Aristotele<sup>53</sup>) che comporterebbe uno svuotamento di senso, una sorta di *caricatura* del *bene* della legalità. Questa violazione potrebbe anche essere considerata una questione di *procedura* perché l'*esagerazione*, la *caricatura* rappresentano, per così dire, un andare fuori limite, un uscir fuori binario e quindi possono esser fatti rientrare in un *modo errato* di porsi nei confronti della legalità<sup>54</sup>. Ma –ed è questo il nodo- se comportamento legale è il comportamento conforme ad una regola giuridica, in che termini è possibile configurare un eccesso di conformità a questa regola o, se si preferisce, configurare come un eccesso, un'*esagerazione*, una *caricatura* la conformità ad una regola? A questo livello non è certo il diritto positivo che può venire in aiuto; non è rivolgendoci alle sue regole o ai suoi metodi che possiamo trovare la misura, il criterio di una distinzione tra conformità dovuta e conformità eccessiva. A quali condizioni –e cioè attraverso l'adozione di quali criteri- possiamo sensatamente asserire che un comportamento viola per eccesso il principio di legalità? In che cosa consiste, insomma, il vizio per eccesso della virtù della legalità?

È precisamente in questo senso che entra in gioco una categoria come il *legalismo*, quale è percepita e vissuta, se non altro, in uno sfondo concettuale ampiamente condiviso nella pratica giuridica. In un lessico ad uso degli studenti per la preparazione degli esami universitari si può leggere: «Legalismo: sinonimo di *formalismo etico*. Il termine indica la teoria della giustizia la quale identifica quest'ultima con la pura e semplice conformità alla lettera della legge.

In sostanza il legalismo è il prodotto della degenerazione del *principio di legalità* che si determina allorché la legge non è più intesa come lo strumento idoneo ad assicurare l'eguaglianza di trattamento degli individui ma viene invece concepita come il criterio finale di valutazione della giustizia delle azioni. Per il legalista dunque la legge ed il diritto positivo sono di per sé giusti e quindi degni di approvazione morale»<sup>55</sup>.

Per quanto elementare, tale definizione colpisce a mio avviso perfettamente il bersaglio. Per molti versi, tutta l'analisi che segue potrà essere intesa come un commento a queste poche righe. Esse vincolano espressamente il legalismo alla degenerazione del principio di legalità e spiegano quando si determina e quali caratteri debba possedere questa degenerazione perché il suo esito sia il legalismo. Dicono cioè

---

<sup>52</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea* Libro II, cap. VIII (1108b 33-1109a2). Trad. it A. Plebe, p. 46.

<sup>53</sup> *Cit.* p. 44.

<sup>54</sup> È ovvio che, dove è possibile configurare la legalità come una virtù, non si tratta di pensare il legalismo come un eccesso di legalità: non è pensabile l'eccesso di una virtù! L'eccesso, come del resto anche il difetto, si apprezza in ordine ad ogni impresa umana, rispetto alla quale la giusta misura è la virtù. Il vizio, è quella disposizione erronea che determina il fallimento dell'impresa.

<sup>55</sup> Voce: «Legalismo» in *Lexicon: Filosofia del diritto e della politica*, Napoli 2001, p. 77. La voce è assente nelle principali enciclopedie giuridiche. Il motivo di questa assenza è probabilmente da ascrivere al fatto che il legalismo è considerato assai più una categoria morale che una categoria giuridica.

non solo che il legalismo è il prodotto di una certa degenerazione del principio di legalità, ma anche che tipo di degenerazione sia quella che produce legalismo: si tratta di quella degenerazione che consiste nell'assumere la legge «come criterio finale di valutazione della giustizia delle azioni». L'errore che così si configura concerne dunque anzitutto il *modo* di intendere la legge; per questo riguardo, la degenerazione legalista sarebbe propria di colui che dà una risposta sbagliata alla domanda: «come la legge deve essere intesa». Siamo dunque sulla buona strada.

Nella nostra definizione il punto di vista legalista è presentato come quello che registra la decisa intrusione, nel rapporto tra il darsi della legge e la richiesta di conformità che la caratterizza, di un elemento nuovo ed ulteriore, non previsto, in sé e per sé, dal punto di vista della legalità e tendente a sovrapporsi ad essa; tale elemento nuovo ed ulteriore è la giustizia<sup>56</sup>. Esso è fatto intervenire in modo da caratterizzare, per un verso una particolare “teoria della giustizia” e, per altro verso da caratterizzare il *tipo ideale* di *legalista* nel diritto: il legalista è colui che: a) riduce tutto il diritto – e per conseguenza ogni regola giuridica – alla legge e b) ritiene di agire “giustamente” per il fatto stesso di seguire una regola giuridica. L'atteggiamento legalista è allora proprio di chi accorcia, fino ad eliminarle, da un lato la distanza tra diritto e legge e dall'altro la distanza tra diritto e giustizia, proponendo quindi un'acrobatica equazione tra legge e giustizia (e non, si badi, tra diritto e giustizia). E, del resto, se la “conformità alla lettera” è la pietra d'angolo metodica della prospettiva di interpretazione legalista, il riferimento unico alla legge è per così paradossalmente coerente ed obbligato. Solo la legge, infatti, in un'ipotetica teoria delle fonti legalista, potrebbe ricoprire il ruolo di “fonte di produzione” in quanto solo la legge è dotata di un “testo” suscettibile di interpretazione letterale<sup>57</sup>.

A partire dalla nostra definizione, allora, è possibile analizzare la conversione della legalità in legalismo attraverso una scomposizione in due tempi: uno di carattere, per così dire teorico/ideologico ed uno di carattere pratico. Essa è compiuta quando:

1) la giustizia viene totalmente identificata come una questione di regole giuridiche e risolta in un certo modo di “seguire una regola”. Corollari di questa operazione, strettamente connessi l'un l'altro, sono l'idea che la legge venga «concepita come il criterio finale di valutazione della giustizia delle azioni», e l'idea che «la legge ed il diritto positivo sono di per sé giusti e quindi degni di approvazione morale» (*aspetto teorico/ideologico*).

2) il significato giuridico del “seguire una regola” viene a sua volta identificato totalmente ed univocamente con la conformità alla lettera della legge, cioè con il suo significato logico/grammaticale (*aspetto pratico*).

Non resta allora che riflettere ulteriormente sugli elementi di questa scomposizione e sulle loro conseguenze per approfondire l' *ubi consistam* del vizio legalista.

---

<sup>56</sup> «What, then, is justice?... For legalistic ethics, however, it is the pinnacle of goodness, the epitome of morality. It is the sum of legalistic aspirations» (J. Shklar, *cit.*, p. 118).

<sup>57</sup> Di sfuggita, vale forse la pena di osservare che nessuna fonte normativa non ri(con)ducibile ad un testo, ad una formulazione linguistica potrebbe contendere alla legge questo ruolo. Non la consuetudine, perché appunto priva di testo, nemmeno l'equità per lo stesso motivo. Il testo, inoltre deve essere formulato in modo tale da poter consentire un approccio letterale; quindi nemmeno i cosiddetti “principi”, spesso vaghi, potrebbero assumere un rilievo determinante come indicatori di azione. In altre parole, la scelta per la «conformità alla lettera» preclude drasticamente al legalista l'attenzione per fonti normative diverse ed alternative a quelle dotate di un testo che abbia le caratteristiche della “legge” generale ed astratta.

## 8. – *L'aspetto teorico/ideologico del legalismo giuridico*

### 8.1. – *La visione legalista della giustizia*

Iniziamo anzitutto col chiederci: quale visione della giustizia nel diritto è chiamata in causa quando essa viene identificata come questione di regole e risolta in un certo modo di “seguire una regola”? A mia conoscenza, la risposta data storicamente alla domanda dal pensiero filosofico-giuridico non può che essere una ed una soltanto: la giustizia che si lega all'*imparzialità*: «tratta i casi simili in modo simile»<sup>58</sup>. Si badi: questa risposta si mantiene ancora pienamente nell'ottica garantista della legalità perché l'eguaglianza di trattamento è proprio uno dei guadagni che da essa ci si ripromette di ottenere. In questo senso, l'obiettivo della giustizia fa tutt'uno con quella richiesta di tener fermo il primato del diritto che è poi l'istanza fondamentale del principio di legalità. Nella nostra definizione-guida, l'idea di una legge intesa come «strumento idoneo ad assicurare l'eguaglianza di trattamento degli individui» non propone affatto una particolare visione della giustizia cui subordinare l'ottica della legalità, ma esplicita quella visione della giustizia che è già operante all'interno di quest'ottica e che dunque può essere adoperata come metro di valutazione del diritto senza valicare per questo il punto di vista giuridico.

Qui però non è di questo che si tratta. La degenerazione legalista infatti, nella nostra definizione, si rende possibile in base all'esclusione di ogni riferimento della legge (e del diritto) ad una finalità che vada oltre la legge stessa (come potrebbe per es. essere appunto quella di «assicurare l'eguaglianza di trattamento degli individui»). Al suo posto subentra invece l'idea che proprio l'atto del *seguire una regola giuridica* sia giusto, sia cioè per se stesso *opera di giustizia*, e che dunque la legge ed il diritto positivo debbano anche venire assunti come criterio finale di valutazione della giustizia delle azioni. In altre parole, non si tratta solo di asserire che è giusto seguire la regola giuridica, bensì di asserire anche che seguire la regola giuridica sia la fonte primaria di produzione e di conoscenza del giusto, e che dunque basti seguire la regola giuridica per sapere cosa è giusto fare e per farlo. Si noti: dalla correttezza della prima asserzione, che è corretta nella misura in cui assumiamo il punto di vista interno delle regole, non si evince la correttezza della asserzione che ciascuna regola giuridica è giusta. Invece il legalista trae proprio questa inferenza. Avendo assunto il punto di vista interno delle regole conclude indebitamente da questo che ogni regola, se giuridica, è giusta. Può farlo, perché confonde, con tutte le conseguenze che ciò comporta, l'asserzione che è giusto seguire la regola giuridica con l'asserzione per cui la regola giuridica è la fonte stessa della distinzione tra il giusto e l'ingiusto. Se però ci si chiede perché al legalista sta a cuore trarre l'inferenza di cui si è detto, possiamo rispondere: perché essa ha l'effetto di esonerare chi assume il punto di vista interno del diritto dalla responsabilità del giudizio pratico che una tale assunzione comporta. Egli paga questo privilegio al prezzo di farsi portatore di un'idea di giustizia che, a questo punto, risulta abbastanza facile tratteggiare. In base ad essa basta seguire la legge per ottenere un duplice risultato: a) comportarsi secondo giustizia (-la giustizia come *criterio*- dal momento che la legge è ritenuta giusta per definizione) e b) compiere opere giuste (-giustizia come *atto giusto*, come *risultato* dell'applicazione del criterio-). *Questa* giustizia sarebbe

---

<sup>58</sup> Cfr. H. Kelsen, *cit.*, p. 180. Una critica all'argomento dell'imparzialità è contenuta in F. Schauer, *cit.*, p. 215 e seg. Sul tema dell'imparzialità in generale, cfr. I. Trujillo, *Imparzialità*, Torino, 2003.

dunque non solo criterio dell'atto (di normazione e/o di comportamento conforme), ma anche risultato dell'applicazione del criterio.

Val la pena di accennare agli aspetti particolari rispetto alla storia del pensiero filosofico-giuridico che questo modo legalista di considerare la giustizia comporta. Non è la giustizia del giusnaturalismo classico di un Aristotele, di un Agostino, di un Tommaso: la giustizia come risultato dell'azione (agire bene, evitare il male), tutta schierata nel dinamismo della ragione pratica, dei suoi processi di apprendimento e dei suoi percorsi di azione e ben lontana dal consacrarsi in schemi normativi astratti e definitivi; non è nemmeno la giustizia come criterio del giusnaturalismo moderno tutta schierata, per contro, a far apprezzare l'autoevidenza razionale dei principi normativi, ed a far dipendere da tale autoevidenza la necessità della loro meccanica applicazione. È invece una giustizia, per così dire, assoluta, che, *indipendentemente dal contenuto della regola* (qualunque contenuto può essere ritenuto *giusto*), traccia una linea retta e diretta tra le regole e le loro applicazioni, tra forma astratta del criterio e concretezza del risultato, sovrapponendo la prima alla seconda e ricalcando la seconda sulla prima. L'operazione legalista, insomma, consisterebbe nel racchiudere totalmente dentro il cerchio della giustizia il rapporto tra regole e comportamenti per cui è il desiderio di giustizia a produrre e giustificare conformità ed è la conformità a produrre giustizia.

Il fatto è però che non è ad una particolare idea di bene che il legalista aggancia la propria giustizia, né, a questo livello della questione, ad un valore condiviso. Non siamo più nel *crescendo* della legalità che dalla conformità alle regole giungeva al primato del diritto in funzione della realizzazione sociale della persona. Viceversa, nella prospettiva del legalista, è come se la conformità alle regole giuridiche non avesse linfa vitale, abortisse appena concepita: l'appello a quella giustizia data dalla conformità, infatti, può essere interamente traducibile in un imperativo categorico: rispetta le regole del diritto! E a chi domandasse: perché? La risposta non potrebbe suonare che in questi termini: perché è bene rispettare le regole giuridiche! Una tautologia.

In questo senso, mi pare di poter affermare che il *concetto di giustizia* che il legalismo giuridico applica al diritto è nello stesso tempo *forte* e *vuoto*. *Forte*, perché il precetto della conformità alla regola giuridica ha la stessa assolutezza dell'imperativo categorico kantiano, la stessa assolutezza dell'imperativo morale. *Vuoto*, perché, una volta che la giustizia è per intero (come criterio e come atto) identificata nel precetto della conformità alla regola giuridica, il rispetto delle regole diventa così perentorio da prescindere da qualunque valutazione di carattere contenutistico. Uno degli aspetti della degenerazione legalista sta proprio nell'assurdità dell'operazione compiuta nei confronti dell'imperativo categorico nella misura in cui esonera il destinatario dell'imperativo da ogni responsabilità di valutazione. Ora, mentre nell'ottica della legalità come virtù vige, sia pure nei limiti propri della sfera giuridica, il rinvio ad un messaggio di tipo morale (quello di una società organizzata sulla base del primato della persona), nessun rinvio di questo genere è configurabile nell'ottica legalista. La ragione per cui ritengo che la distinzione tra legalismo e legalità non possa che apprezzarsi dentro una prospettiva garantista (intesa come una prospettiva che vede come perentoria la conformità alla legge, ma sempre in funzione di un valore ulteriore e superiore quale è quello della persona umana all'interno del contesto sociale) sta, per l'appunto, nel fatto che il rispetto delle regole, quando viene concepito, imposto, ribadito senza una motivazione ulteriore è solo il vuoto simulacro dell'imperativo morale. Ad essere interrotto è il legame funzionale che sempre è possibile cogliere tra contenuto e forma dell'imperativo e che solo ne giustifica la perentorietà. La legalità si trasforma in legalismo, negli Stati costituzionali di diritto, quando il rispetto delle regole perde di vista il fine dal quale trae senso.

## 8.2. – *La visione legalista della regola e dell'obbligo giuridico*

Questa operazione, ovviamente non manca di operare trasformazioni sul concetto e sulla portata dell'idea di legge in quanto regola e rende possibile apprezzare l'esagerazione, l'attitudine caricaturale propria del legalismo. Non è difficile rendersene conto: quando la legge viene presentata come «il criterio finale di valutazione della giustizia delle azioni» a cadere è prima di ogni altra cosa il carattere contingente e convenzionale che la caratterizza nell'ottica della legalità. Proprio perché è ora considerata giusta per definizione, essa assume un valore oggettivo, stabile, immutabile, *categorico*, quasi al di fuori del tempo e la sua applicabilità è senza confini: è un criterio “finale” nel senso di “ultimo”, “definitivo”<sup>59</sup>. Il suo ruolo diviene, in qualche modo, quello di un modello di comportamento senza alternative e senza storia: *il modello per eccellenza*.

Proprio per questo, anche la *natura dell'obbligo giuridico* si adegua al modello in questione. A ritrovarsi cambiato di segno è ora il *dover essere normativo* della regola giuridica. Nell'ottica legalista esso si trasforma nel *dovere* specifico di *obbedire alla legge*. Di più: in un *dovere di obbedienza rafforzato*, dal momento che si deve obbedire alla legge ed alla legge *in quanto tale*. In altri termini, la forza della regola è talmente assoluta che si ritiene di doverla seguire in ogni caso, senza cioè tener conto, nemmeno per escluderli<sup>60</sup>, di tutti quei fattori che potrebbero dissuadere dal farlo, come ad es. la gravità delle conseguenze che potrebbero derivare dalla sua applicazione. L'*illimitata sovranità* della legge che viene in tal modo a riproporsi, si pone agli antipodi, com'è ovvio, dell'interpretazione della sovranità come sovranità limitata tipica della legalità.

Ma perché sono giuste le regole? È questa una domanda assai imbarazzante nell'ottica legalista. In essa non è che si creda ancora, come nel medioevo che la legge venga “trovata” (in una sfera trascendente) e poi “dichiarata” dal detentore del potere. “Generalmente il presupposto in base al quale il legalismo considera la legge e il diritto in quanto tali giusti e degni di obbedienza è che si tratti di una legge e di un diritto effettivamente vigenti”<sup>61</sup>. Non è, dunque, per una qualità inerente al contenuto della regola che la si connota come giusta. Ad essere chiamata in causa è sempre una legge “posta”, che si apprezza semplicemente per la sua validità formale dentro un sistema giuridico vigente ed efficace. Non si può nemmeno invocare la giustizia dei comportamenti effettivi, conformi alla legge, a riprova della giustizia della legge. Al riguardo, nell'ottica legalista, è semmai vero il contrario; sono i comportamenti effettivi ad essere ritenuti giusti perché conformi a regole giuste. L'unica risposta che resta è allora: le regole sono giuste perché prodotte da un'autorità giusta. Ma se si continuasse ad insistere e si chiedesse al legalismo perché l'autorità che produce le regole è giusta,

---

<sup>59</sup> Per questo aspetto, il legalismo giuridico è strettamente apparentato con quello morale: «The claim here is rather that no matter where the rules come from, the effect of legalism is to make them appear objective and unchangeable... Since it concentrates on the rules to the exclusion of everything else, the rules lose their sense of contingency. They dominate the entire moral universe. They are the island of stability in a chaotic universe». (Z. Bankowski, *op.cit.*, p. 48).

<sup>60</sup> In questo senso, al contrario che nella legalità, nel legalismo giuridico, la norma giuridica non funziona come «ragione escludente di azione».

<sup>61</sup> Voce «Legalismo», *cit.*, p. 77.

ci imbattemmo, credo, assai presto nelle vestigia dello Stato etico<sup>62</sup>: le regole giuridiche sono giuste perché non c'è alcuna misura del giusto al di fuori di quella rappresentata dall'autorità dello Stato, la cui missione è la realizzazione dell'eticità e per facilitare allo Stato l'adempimento della missione è estremamente opportuno "rinunciare ai propri criteri personali per assumere quelli pubblici"<sup>63</sup>. Da qui una prima connotazione, abbastanza paradossale, a carico del modo di intendere le regole giuridiche dal punto di vista legalista: esse sono bensì giuste, categoriche, assolute, quasi fuori del tempo; tuttavia, nella misura in cui continuano ad essere le leggi dello Stato, non sono universali, né in senso spaziale (valide per ogni spazio), né nel senso antropologico (valide per ogni essere umano): restano appannaggio di quella unità territoriale su cui insiste lo Stato nazione.

Il fatto è però che lo Stato etico, oggi, nelle nostre civiltà globalizzate, è, per lo più, un anacronismo; la fede in esso, in linea di massima, non può essere ancora invocata a giustificazione di un certo modo di atteggiarsi nei confronti delle regole. Al suo posto subentrano una serie di fattori causa di insicurezza sociale (frantumazione dell'etica, pluralismo, laicizzazione, immigrazione, bombardamento devastante delle informazioni più disparate...) che alimentano il bisogno di certezze e, per questo, rendono gli abitanti del villaggio globale simili ai loro predecessori tribali almeno per quanto riguarda l'esigenza di una guida e la dipendenza (anche psicologica) da una autorità che detti le regole. È per questo che la prospettiva legalista ha la spiccata tendenza a ravvisare, più o meno inconsciamente, in colui che decide le regole del gioco (sia essa una persona fisica, un gruppo politico o un'istituzione) e nel suo prodotto, quel punto fermo di cui ha bisogno. La regola giuridica ritorna così ad essere un fattore di sicurezza sociale, a prescindere da ogni valutazione critica del suo contenuto: il legalismo, infatti, è un produttore di certezza e di certezze. Ma il tipo di certezza che esso è in grado di fornire subisce un radicale slittamento di senso rispetto a quello della legalità: non è più unicamente una *certezza cognitiva* (so a quali conseguenze vado incontro agendo in un certo modo), diventa una *certezza psicologica* (ho fiducia nelle regole giuridiche e nella loro capacità di organizzare la vita sociale secondo giustizia)<sup>64</sup>. In tale modo il tessuto delle regole organizza la vita personale nel sociale, distendendosi come una sorta di rete di protezione contro il rischio delle scelte: prende per mano ed elimina il problema di dover decidere, finendo con lo svolgere una funzione rassicurante, rasserenante e deresponsabilizzante: la "figura del padre" di freudiana memoria distende la sua lunga ombra su questo modo di configurarsi della regola in ambito legalistico<sup>65</sup>.

È allora l'idea di *comando* quella su cui, a mio avviso, occorre mettere l'accento per comprendere correttamente il ruolo della regola nell'ottica legalista. La *struttura della*

---

<sup>62</sup> Alla domanda «Come si giustifica la concezione dell'obbedienza assoluta alla legge propria del positivismo etico?» (che riflette certamente un'ideologia legalista) Bobbio risponde elencando quattro giustificazioni: la concezione scettica o realistica della giustizia; la concezione convenzionalistica della giustizia, la concezione sacrale dell'autorità, la concezione dello Stato etico (cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p.238 e seg.). Il motivo per cui, a mio avviso, la concezione dello Stato etico debba di gran lunga essere privilegiata rispetto alle altre quando è in questione un atteggiamento seriamente legalista dipende dal fatto che il legalismo si connota per una sincera, anche se ingannevole, fiducia nella equazione tra conformarsi alle regole giuridiche ed agire giustamente e questa condizione di sincera fiducia non potrebbe essere supportata fino in fondo da nessuna delle altre tre risposte.

<sup>63</sup> F. Viola, *La legalità come procedura e come prassi*, cit., p.42.

<sup>64</sup> Per quanto concerne il ruolo della certezza nel legalismo cfr. Z. Bankowski, *op.cit.*, p. 55 e seg.

<sup>65</sup> Il riferimento inconscio alla figura del padre, ad es., costituisce per J Frank uno dei motivi di attacco all'idea del diritto come insieme di regole preordinate. Cfr. Z. Bankowski, *cit.*, p. 53.

*regola* giuridica non esprime più un rapporto tra fattispecie condizionante e conseguenza condizionata; esprime semplicemente un imperativo; la normatività balza, ora, in primo piano attraverso l'emergere di quelle modalità deontiche (proibito, obbligatorio, autorizzato...) che un autore come Kelsen, ad es., relega al ruolo di norme secondarie. È per questo che anche il ruolo della sanzione coattiva rischia di essere superfluo: come nell'ottica della legalità, non è tanto il timore della sanzione che spinge all'azione, ma, al contrario che in essa, ciò non avviene perché si è interessati a realizzare un certo modo di essere comunità sociale e politica ma perché la forza della regola è nella sua giustizia e quindi nella sua capacità di interpellare indebitamente il foro interno della coscienza e di muovere automaticamente all'azione.

Per molti versi, poi nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto questa sorta di deformazione di tutto il tessuto giuridico in termini di prescrizioni, di imperativi, di "leggi giuste", si esalta entrando in contatto con i cosiddetti "principi fondamentali" delle Costituzioni. Ne è un esempio lampante, a mio avviso, il destino cui rischia di andare incontro tutta la tematica dei diritti umani e della loro tutela. Al riguardo, l'interpretazione legalista finisce col nutrirsi di un'ideologia condivisa per la quale il rispetto dei diritti, non è più vissuto come «...l'*ideale* comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le Nazioni»<sup>66</sup>, ma appunto immediatamente e radicalmente come una regola, una prescrizione assoluta, insieme giuridica e morale che, per la propria intrinseca giustizia, impone a coloro che se ne sentono destinatari obblighi che in quanto morali non ammettono deroghe ed in quanto giuridici possono e devono essere fatti valere con il ricorso alla coazione. Così, una volta di più, *fiat justitia pereat mundus*.

È allora come se una sorta di retaggio non indifferente della sostanza etica hegeliana permanesse nonostante tutto nel legalismo contemporaneo: la realizzazione dell'eticità, che non è certo più configurabile nei termini idealistici dello Stato-Nazione, torna infatti a riproporsi oggi come compito inderogabile e comune degli Stati democratici in ordine alla tutela dei diritti umani. L'appello a guerre umanitarie e/o preventive (di cui è sempre più piena la nostra vicenda storica), gli interventi armati a scopi umanitari, vissuti come un obbligo, si ambientano appunto ideologicamente in questa forma di realizzazione dell'eticità tipica dei nostri giorni riproducendo una volta di più quella sorta di chiusura a riccio sul dovere incondizionato di obbedire alle norme, tipica del legalismo di tutti i tempi.

In tal modo il legalismo giuridico ci mette dinnanzi ad una *reinterpretazione* o, se si vuole, ad una *riproposizione* dell'idea del primato del diritto esclusivamente in funzione del primato della legge. Si tratta di una riproposizione rovesciata: il primato del diritto non è più l'obiettivo cui si tende ma una condizione già scontatamente acquisita. E in questa riproposizione, che è poi sostanzialmente soltanto una caricatura, il primato del diritto coincide col (e si esaurisce tutto nel) primato della legge e nella sua *illimitata sovranità*. La conversione della legalità in legalismo raggiunge idealmente il suo culmine perverso proprio nel fatto che riesce a trasformare quella destinazione del diritto all'uomo, tipica della legalità come prassi sociale, in una questione di prescrizioni (la *prescrizione* per la quale i diritti devono essere tutelati ad ogni costo) e di obbedienza ad esse: non è il Sabato ad essere per l'uomo, ma l'uomo per il Sabato.

---

<sup>66</sup> Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, 1948.

## 9. – *L'aspetto pratico del legalismo*

### 9.1. – *La prassi legalista del seguire una regola e la degenerazione dell' habitus della legalità*

Ho cercato di mostrare la sorte che il legalismo giuridico riserva all'idea di giustizia e la fisionomia che, a partire da essa, assume l'idea di legge. I tratti in tal modo messi in rilievo possono essere considerati i principali aspetti teorico/ideologici dell'atteggiamento legalista in campo giuridico<sup>67</sup>. Tuttavia, quella del *legalismo giuridico* è anzitutto una *prassi*, un certo modo di considerare le regole del diritto, soprattutto in vista della loro applicazione. Per fornirne dunque un quadro esauriente è all'esercizio concreto di questa prospettiva che ora bisogna volgere lo sguardo. Giungiamo così al secondo momento della conversione della legalità in legalismo: quello di carattere pratico.

La premessa da cui muovere, è questa volta fornita dalla convinzione tipicamente legalista, di cui prima si diceva, che il significato giuridico del “seguire una regola” debba essere identificato e ridotto alla *conformità alla lettera* della legge, cioè al suo significato logico/grammaticale e che dunque seguire una regola significhi seguirla “alla lettera”. Quando si produce una tale identificazione, l'angolazione del discorso, ovviamente, si sposta: non siamo più nel campo della visione legalista delle regole e della giustizia ma in quello della loro concreta applicazione/esecuzione. Consideriamo allora attentamente gli elementi implicati nella convinzione che il significato del *rule following* venga a sua volta identificato totalmente ed univocamente con la conformità alla lettera della legge e le conseguenze che possono derivarne.

Si tratta anzitutto di una *convinzione pratica*: una convinzione cioè che predetermina un certo modo di usare il diritto ed il senso di tale uso. L'idea che la governa è che sia possibile identificare *tout-court* il rispetto del diritto col rispetto della legge ed il rispetto della legge col rispetto del suo contenuto letterale, confidando nel fatto che basti produrre tale coincidenza per soddisfare le esigenze della legalità. Ad essere chiamato in causa questa volta è il soggetto agente in quanto colui cui spetta in concreto “conformarsi alla lettera della legge”.

Come si ricorderà, il ruolo dell'agente, nell'ottica della legalità, è assolutamente di primo piano. L'idea di una virtù della legalità come *habitus* personale è infatti legata indissolubilmente ai percorsi di azione delineati in base alle regole giuridiche e posti in essere dal soggetto agente, cui è anche chiesto di spendere la propria capacità deliberativa per partecipare all'edificazione ed al mantenimento di una società basata sulla *Rule of law*. Cosa cambia a questo proposito quando il modello della legalità degenera nel legalismo? Cambia per l'appunto il fatto che questo ruolo partecipativo non può più essere espletato. Non è difficile dar conto di questa affermazione: quando il rispetto della regola, il *rule following*, viene tradotto totalmente e senza incertezze nel rispetto del contenuto letterale della regola, accade che la regola viene identificata con

---

<sup>67</sup> Lo schema di articolazione teorico-ideologica del legalismo giuridico che si è cercato di tratteggiare, non è riconducibile nella sua interezza a nessuna prospettiva o teoria del diritto effettivamente assunta dai teorici del diritto. Nemmeno il positivismo ideologico, oggi per altro desueto, può darne conto pienamente nella misura in cui riesce a mantenere una posizione non-cognitivistica in ordine ai valori. Il mio tentativo va piuttosto inteso come il tentativo di ricostruzione di un certo atteggiamento di osservanza nei confronti delle regole che assume rilievo per gli aspetti pratici che lo caratterizzano e che, a mio avviso, sono assai più rilevanti –specie oggi– di quanto di solito non si ritenga.

la sua disposizione letterale (sicché non sarà più possibile fare differenza tra disposizione e norma) ed il suo significato giuridico viene identificato col (e ridotto al) suo significato logico-grammaticale. È proprio la *riduzione del significato giuridico al significato logico grammaticale* ad essere densa di conseguenze che svuotano dall'interno il senso del processo esecutivo/applicativo come processo deliberativo.

Anzitutto è da rilevare che proporre il ricorso al metodo letterale quale criterio interpretativo più idoneo, se non addirittura unico, finisce con il privilegiare ipotesi di comprensione delle regole che attribuiscono, spesso forzatamente, significati chiari e consolidati alle parole. Si tratta di una ripresa del *formalismo interpretativo*, dell'idea, cioè, di un unico significato esatto di cui le parole sarebbero dotate e che si impone all'interprete soltanto in termini di "reperimento", di "descrizione". Non interessa qui indagare sulla correttezza o meno di questa ipotesi teorica; interessa piuttosto il fatto che, muovendo da essa, è conseguente ritenere che si dia un'unica possibilità di esecuzione/applicazione corretta della regola: quella fatta palese dal significato delle parole. Rispetto ad essa, l'agente non ha da esercitare alcuna facoltà valutativa, alcuna deliberazione, ma deve semplicemente mettere in moto la propria facoltà logica ed una esauriente conoscenza della lingua in cui è espressa la disposizione normativa. Ad essere bloccata è certamente ogni discrezionalità nel "seguire una regola", ma per l'intervento assai pesante di una sorta di meccanismo logico-deduttivo, paralizzante ogni valutazione ed indipendente dalla volontà dell'interprete: esso scatta immediatamente nel conformarsi alle regole e la sua caratteristica è quella di prestare la massima attenzione al dettato normativo del tutto a scapito della concreta situazione cui deve essere applicato. Il margine di scelta dell'agente sociale, sia esso giudice o cittadino, viene così eliminato, ma insieme ad esso cade anche uno dei due fronti che la sua attività dovrebbe conciliare: il fronte del fatto concreto, quasi non ci fosse più alcuna distanza da colmare tra l'astrattezza della norma e la concretezza delle situazioni. Val la pena di notare che, proprio perché vive la consapevolezza di questa distanza da colmare, nell'ottica della legalità la responsabilità del decisore è chiamata a farsi carico del procedimento deliberativo che si conclude nell'azione, anche quando (come nei casi cosiddetti "chiari") questa deliberazione è frutto di una semplice operazione inferenziale. Quando invece, nell'ottica legalista, al procedimento deliberativo si sostituisce la conformità alla lettera della legge, si va dietro al contenuto letterale della regola per non dover interpretare, per non dover scegliere e perché se fosse possibile attribuire significati molteplici alle parole, la presunzione della giustizia della norma potrebbe risultrne gravemente compromessa. L'appello alla lettera della legge blocca dunque l'intervento di processi deliberativi e decisionali perché ricorrendo ad essa non c'è nulla da decidere; un loro eventuale intervento sarebbe superfluo se consigliasse conformità ed esecrabile se la sconsigliasse.

In questa sclerosi del processo deliberativo ha luogo un vero e proprio *fraintendimento* della cultura della legalità nel suo concreto esercizio; un fraintendimento dovuto all'*illusione* che basti osservare semplicemente il contenuto logico-grammaticale della regola giuridica per comportarsi legalmente, che non vi sia insomma alcuno "spirito della legge" in dialogo con la lettera e nessun problema di armonizzazione tra l'uno e l'altra. Alla base di questo meccanismo di risposta all'*imput* normativo lavora l'ingannevole premessa che sia davvero possibile catturare l'intera portata dell'astrattezza della norma, il suo "significato", all'interno di singoli comportamenti conformi e soprattutto che sia davvero possibile mettere in atto comportamenti giusti applicando regole ritenute giuste quasi che la giustizia del criterio potesse, per una sorta di inopinabile automatismo, transitare sicuramente nell'atto che lo adotta. È certamente vero che soltanto il caso può far sì che l'applicazione di un criterio ingiusto dia luogo ad un atto giusto, tuttavia

soltanto un improponibile salto logico dal dover essere di una regola all'essere di un atto può dare la falsa impressione che alla giustizia di un criterio segua meccanicamente la giustizia della sua applicazione.

Per l'intervento di queste mistificanti coordinate, a far le spese dell'ottica legalista non è solo il ruolo determinante che nel modello della legalità è occupato dal ragionamento pratico e dalla capacità deliberativa del partecipante in ordine ad un giudizio sul comportamento richiesto e sulle conseguenze che deriveranno dal metterlo in atto. A questo punto ne fa le spese anche la dignità stessa, per così dire, del soggetto agente. Se si segue la regola in modo letterale, mantenendola nella sua astrattezza atemporale, ci si inserisce supinamente (cioè non più da partecipanti ma) da meri *spettatori*, nel processo di creazione/modificazione della realtà sociale organizzato dall'ordinamento ritenuto pregiudizialmente giusto. Anziché costituire il fine sociale ed istituzionale (non ovviamente personale) in vista del quale si segue la regola, un tale processo risulterà in definitiva, nell'ottica dello spettatore, indifferente perché il bisogno di sicurezza ed il rapporto di implicita *fiducia* che lo lega alla presunzione di giustizia nei confronti dell'autorità legislativa lo esonerano dall'assumere atteggiamenti propositivi o critici verso l'operato dell'autorità. Il nesso di conformità tra il comportamento e la regola, che nella legalità si gioca sul terreno della ragionevolezza e della responsabilità, si troverà così trasferito sul terreno del pregiudizio.

Mutuando da Austin un'efficace espressione, potremmo dire che siamo qui in presenza di un' «obbedienza da pregiudizio»<sup>68</sup> in quanto messa in atto sulla base del pregiudizio, appunto, che un comportamento conforme alla legge sia in ogni caso un comportamento giusto e quindi dovuto. Anzi, dovuto perché giusto. Sono adesso questioni di “buona coscienza” e non di “primato del diritto” a suggerire la conformità: si segue la regola perché si ritiene sia *giusta* la condotta ad essa conforme e ci si vuole comportare secondo giustizia. Al cospetto di una regola dotata, in qualche modo, di *forza assoluta* ed assolutamente cogente, il senso del *rule following* smette di essere quello di un gioco collettivo e partecipativo e diviene ora anzitutto un'esigenza ed una convinzione individuale che si matura all'interno di un progetto e di uno stile di vita personale. Come tale, appunto, il senso del *rule following* è quello di un'*esigenza morale*.

In tal modo una giustificazione etica subentra al posto della giustificazione giuridica del comportamento: non è un caso che nell'economia di questo schema di giustificazione debba necessariamente figurare la premessa per cui è obbligatorio (doveroso, giusto) conformare i propri comportamenti agli obblighi giuridici. Come si vedrà fra breve, non si tratta necessariamente di una premessa che impegni, per così dire, le opinioni morali dell'agente e nemmeno una sua libera adesione ai contenuti e ai valori dell'ordinamento. Essa stabilisce piuttosto che la validità della norma giuridica e l'obbligazione che ne deriva per i destinatari valga immediatamente come criterio ultimo, inappellabile per l'azione. Così, nell'ottica del ragionamento legalista, la validità della norma non costituisce più una ragione d'azione ma si rappresenta paradossalmente come *causa* d'azione.

Viene qui dunque impegnato un passaggio logico del tutto arbitrario: da tempo, del resto, come si è già detto, la scienza giuridica distingue tra l'*avere un obbligo* e l'*essere*

---

<sup>68</sup> «...l'obbedienza abitualmente resa al governo dai più è in parte la conseguenza di pregiudizi: intendendo con “pregiudizi” le opinioni o sentimenti che non hanno fondamento nel principio di utilità generale». J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna 1995, p. 323.

*obbligati* e mette in guardia contro i pericoli (anche pratici<sup>69</sup>) insiti nell'idea che dal fatto che una norma esista in un orizzonte normativo dato possa essere immediatamente derivato il dovere di obbedirvi<sup>70</sup>. Verrebbe altrimenti evocato il carattere in qualche modo assoluto dell'obbligazione morale (l'unica che possa di per sé sola dar conto del compimento di un'azione conforme a norma) e della sua pretesa di validità. La pretesa di vincolare incondizionatamente i comportamenti è infatti innegabilmente, comunque poi si cerchi di darne conto in sede di riflessione teorica, propria degli ordinamenti morali. Dunque non si tratta solo di perdere la distinzione tra diritto e morale: la perdita della differenza ha qui, nei fatti, un senso più insidioso, quello di consentire per così dire la "moralizzazione" del diritto, cioè l'indebita trasposizione del modo d'essere proprio dell'obbligazione morale sul terreno dell'obbligo giuridico (precisamente quel aspetto che è stato già messo in luce dal punto di vista teorico/ideologico)<sup>71</sup>.

Ed è per l'appunto questa trasposizione che si compie, nell'ottica legalista, quando un certo modo di intendere la giustizia irrompe *senza mediazione* sullo scenario normativo imponendo il proprio marchio al diritto ed alla legge. La degenerazione legalista della legalità come *habitus* individuale affonda in questo equivoco, talvolta tragico, le proprie radici.

## 9.2. – *Il percorso di giustificazione legalista*

È possibile a questo punto, tentare una ricostruzione più analitica del *percorso di giustificazione* implicito nel comportamento legalista. In esso la motivazione necessaria e sufficiente dell'azione viene individuata nella conformità alla regola giuridica, sicché la conformità alla regola giuridica sembra essere esibita *al posto* della finalità in vista della quale l'azione dovrebbe essere intrapresa: «compio (non compio) l'azione A in base alla norma N perché voglio conformare il mio comportamento alla norma N» e compiere (non compiere) l'azione A è ravvisato come il mezzo adeguato a tale scopo. Questa bizzarra figura suona certamente come una caricatura del percorso di giustificazione proprio dell'ottica della legalità, che può invece essere rappresentato in questi termini: «compio l'azione A, in base a quanto prescritto dalla norma N perché intendo raggiungere lo scopo S e la norma N definisce le condizioni in base alle quali posso farlo rimanendo nella legalità». Non si intraprende l'azione, in questo caso, perché la legge dice di agire in un certo modo ma perché si vuole raggiungere un certo scopo. Il legalista invece si decide all'azione perché la legge dice di agire in un certo modo ed egli vuole agire nel modo in cui dice la

<sup>69</sup> Se non si tenesse ben fermo che altro è la pretesa di conformità propria delle regole giuridiche, altro il dovere di adeguarvisi, nessun baluardo difensivo potrebbe essere eretto contro regole che pretendono comportamenti inaccettabili, per es. da un punto di vista morale.

<sup>70</sup> «... le norme giuridiche sono comunque eventi o entità fattuali, ma né un fatto né la sua descrizione può fornire una giustificazione di una azione o decisione, poiché da un fatto non si può derivare il giudizio normativo che costituisce il contenuto della decisione o volizione che determina l'azione. Questa non è che un'applicazione del principio humeano sul salto logico tra "is" e "ought", tra giudizi di fatto e giudizi di valore» C.S. Nino, *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, in "Ragion Pratica" n. 1, 1993, pp., 32-33; cfr. anche M.C. Redondo, *Normas y Constitución*, in P.E. Navarro, A. Bouzat, L.M. Esandi (compiladores) *Interpretation constitutional*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999, p. 48.

<sup>71</sup> Questa trasposizione può ovviamente costituirsi anche in senso inverso. Ma forse proprio in questa ovvietà sta una chiave possibile di distinzione tra il legalismo giuridico ed il legalismo morale (preso come la "giuridicizzazione" del punto di vista morale).

legge. In altre parole, esibisce l'obiettivo di rimanere nella legalità al posto del fine particolare che di volta in volta è assegnato all'agire.

In questo senso, il comportamento legalista tende a fare della stessa conformità alla regola giuridica, che è il metodo in base al quale si sviluppa l'azione, anche il *fine dell'azione*. Ma qui il fine viene assegnato, per così dire, assolutamente. Come si è detto, è sufficiente che una prescrizione abbia validità di norma perché sia posto l'obiettivo di conformarsi ad essa. Per questo il suo schema di giustificazione deve necessariamente muovere dalla premessa per cui è obbligatorio (doveroso, giusto: nel senso dell' "essere moralmente costretti a") conformare i propri comportamenti alle regole giuridiche, per il puro e semplice fatto che esse sono lì, a fare da «criteri finali di valutazione della giustizia delle azioni»<sup>72</sup>.

In questa forma di coazione morale prende corpo allora una sorprendente catena inferenziale che (muovendo dalla particolare teoria della giustizia che consente di stabilire che ogni regola, se giuridica, è giusta) conduce all'azione. Essa potrebbe essere formulata in questo modo:

- a) la regola R è giusta perché giuridica;
- b) voglio comportarmi secondo giustizia;
- c) devo seguire la regola R;
- d) la regola R prescrive di compiere (non compiere) l'azione A;
- e) compio (non compio) l'azione A.

Se si chiede dunque al legalista di giustificare il proprio comportamento (conforme alla regola R) egli risponde in definitiva: perché ho voluto comportarmi secondo giustizia. Eppure, come si vede, il suo ragionamento non ha mai bisogno, per produrre l'affermazione che è giusto conformarsi alla regola giuridica R, di implicare il giudizio che quanto la regola R prescrive di fare è giusto<sup>73</sup>! Un simile giudizio non è mai richiesto nel procedimento di giustificazione legalista. Quel che egli voleva, nel compiere l'azione A, era conformarsi alla regola R e non già la particolare trasformazione di stati di cose che l'azione A produce. È questo il tratto che più fortemente lo contraddistingue. Il procedimento legalista consente di produrre in chi lo segue *la convinzione di essere nel giusto senza che egli debba per questo valutare come giusto il contenuto specifico della norma* ed assumersi dunque la responsabilità morale dell'atto compiuto. Ma qui, per l'appunto, sono tanto la nozione teorica quanto la comprensione concreta del "seguire una regola" a mutare di senso: ci si trova appunto proiettati nel campo del *formalismo etico*. In realtà, se si segue la regola giuridica *alla lettera* per produrre giustizia e se un comportamento difforme non potrebbe che essere (valutato come) ingiusto, i connotati del fanatismo morale finiscono col distendere la loro ombra lunga sul legalismo giuridico.

Dinanzi al *solido* tra diritto e morale che in tal modo si configura, è possibile concludere che il legalismo giuridico si caratterizza come una dottrina *formalista*,

<sup>72</sup> «The idea of treating law as a self-contained system of norms that is "there", identifiable without any reference to the content, aim, and development of the rules that compose it, is the very essence of formalism» (J. Shklar, *cit.*, p. 33-34).

<sup>73</sup> In altre parole il ragionamento legalista non ha mai bisogno di contenere un'inferenza del tipo: la regola R è giusta perché giuridica /la regola R prescrive di fare X/ dunque fare X è giusto. Dal suo punto di vista, fare X non è in sé né giusto né ingiusto. L'essere giusto è un valore che gli compete solo nel limite della considerazione che, per suo tramite, si realizza l'obiettivo della conformità alla norma.

*statalista e conformista* cui segue, da parte di coloro la mettono in pratica un atteggiamento ciecamente moralista e conservatore. Bobbio concluderebbe: «non siamo più dinnanzi ad una dottrina scientifica ma ad una dottrina etica del diritto»<sup>74</sup>. Una dottrina etica che vive nella fiduciosa convinzione che basti seguire alla lettera le regole giuridiche per agire in modo giusto<sup>75</sup>, senza nemmeno farsi lambire dal sospetto che altro è la giustizia della regola altro la giustizia conseguente alla sua (più o meno) corretta applicazione e che non è affatto detto che l'applicazione di una norma anche giusta sia per ciò stesso giusta<sup>76</sup>.

In definitiva, il fallimento in cui incorre il legalismo riguardo all'impresa della legalità è figlio di un duplice inganno procedurale. Il legalista si inganna quando tenta di tradurre il criterio morale della giustizia in criterio giuridico; e si inganna ancora quando è costretto, per questo, a tradurre il criterio giuridico del seguire una regola in criterio logico-grammaticale.

A questo proposito e per questi motivi, penso si possa indicare come *legalismo ingenuo* o *per convinzione* il modello di legalismo giuridico che ho cercato di tratteggiare.

## 10. – *Il legalismo ingenuo come illegalità sommersa*

È chiaro allora il senso della degenerazione: nell'ottica del *legalismo ingenuo*, gli elementi della “legge” e del “seguire una regola” risultano indebitamente enfatizzati: alla fiducia cieca in essi riposta deve essere con tutta evidenza ascritto quel *vizio per eccesso* tendenzialmente distruttivo della legalità come *habitus* di cui andavamo in cerca<sup>77</sup>.

Si può, a questo punto, ritengo, trarre le file di quanto detto e chiarire in che senso la degenerazione legalista possa essere rappresentata come una forma grave di violazione della legalità e quindi come una *illegalità* essa stessa. Alla base del legalismo ingenuo sta la fallace convinzione che sia possibile essere nel giusto, nel duplice senso di adoperare un criterio di giustizia e di compiere le opere della giustizia, senza assumersi l'onere di giudicare quel che qui e ora è giusto o è ingiusto. Nella misura in cui la si può intendere non semplicemente come una particolare teoria della giustizia (che, per altro, nessun teorico ha mai professato fino in fondo), ma come una regola pratica, una regola cioè di comportamento, questa convinzione contraddice radicalmente nella prassi il principio di legalità. Essa opera *contro* la legalità. Non per nulla la legalità, pensata non soltanto in quanto obiettivo da raggiungere (fine, valore), ma in quanto metodo ed in quanto virtù, interpreta la pretesa di conformità che il diritto positivo avanza come una pretesa che esige di venire soddisfatta sulla base dell'intervento della ragion pratica, cioè di un giudizio, esito della capacità deliberativa dell'agente, chiamato ad individuare e valutare la regola da seguire a fronte del contesto nel quale si tratta di operare. Non per nulla, un tale giudizio, se mi si consente la trasposizione, lega insieme

<sup>74</sup> N. Bobbio, *cit.*, p. 236.

<sup>75</sup> «Justice is thus not only the policy of legalism, it is treated as a policy superior to and unlike any other» (J. Shklar, *cit.*, p. 111).

<sup>76</sup> «The rules...control us rather than we control them. What we concentrate on is the rules themselves; rather than to look at their instantiation in the social context. Fiat iustitia ruat caelum.» Z. Bankowski, *cit.*, p. 48.

<sup>77</sup> «...it is not formalism, rules and certainty that are the problem. The problem rather, is excessive reliance on them» Z. Bankowski, *op.cit.*, p. 69.

necessariamente la giustificazione “interna”, la giustificazione in base alla regola, alla giustificazione “esterna”, la giustificazione *della* regola<sup>78</sup>. Il legalismo ingenuo consiste invece nell’interpretare la pretesa di conformità del diritto positivo come una pretesa che esclude pregiudizialmente l’intervento della ragione pratica e non tiene alcun conto del contesto concreto di riferimento e di applicazione della norma. L’atto del “seguire una regola” ed il senso di questo atto perdono definitivamente ogni possibilità di configurarsi come *habitus* e come *virtù* proprio perché non può darsi virtù fuori da una prassi decisionale. In altri termini ciò che si perde di vista, o, per meglio dire, ciò che si distrugge è il senso complessivo del seguire una regola giuridica.

Ne viene che, se la pratica dell’illegalità consiste semplicemente nel disattendere, violando le regole, la pretesa che esse hanno di essere seguite, il legalismo ingenuo costituisce una grave forma di illegalità perché è un modo di disattendere questa pretesa in se stessa, distorcendola, pur senza violare nessuna delle disposizioni in base alle quali essa si articola. In questo senso è, forse, tra le forme più insidiose e pericolose di illegalità perché non concerne una o più norme ma il *senso complessivo dell’obbedienza* al sistema giuridico che caratterizza l’ottica della legalità.

Il problema è però che liberarsi dal vizio legalista è estremamente difficile per due ordini di motivi: a) perché è estremamente difficile distinguere comportamenti ispirati alla legalità da comportamenti legalisti. Quindi, per così dire una *difficoltà di diagnosi*; b) perché non è attraverso il ricorso a strumenti giuridici che diviene possibile combattere il legalismo ingenuo. Quindi anche una *difficoltà di terapia*. Esaminiamo più in dettaglio queste difficoltà.

*Difficoltà di diagnosi.* La prassi della legalità ha sempre come risultato la conformità alla regola, anche se questo risultato è frutto di un processo deliberativo. Anche la prassi legalista ha però come risultato la conformità alla regola dal momento che si fonda “sulla pura e semplice conformità alla lettera della legge”. Come distinguere allora –non in teoria ma in pratica- una conformità virtuosa da una conformità viziosa? A quali condizioni individuare in una obbedienza letterale al diritto un fraintendimento della pretesa che il diritto ha di essere obbedito? In altri termini, come distinguere, in un effettivo corso d’azione che ha comunque alla fine il senso di un comportamento conforme alla regola giuridica, il carattere della legalità da quello del legalismo? Si badi, la difficoltà non riguarda, è il caso di ripeterlo, la teoria, ma la pratica. Qui non si tratta di giudicare di un *habitus*, di un atteggiamento mentale, ma di comportamenti effettivi. Rispetto all’eccesso costituito dal vizio legalista, la virtù della legalità non si atteggia, al riguardo, come le altre virtù. Infatti, mentre in generale, per accertare un vizio per eccesso (come ad es. la temerarietà), ci si può rifare a criteri facilmente individuabili da parte di tutti, per determinare invece l’eccesso di legalità (legalismo) non si può guardare alla singola azione (il vizio per eccesso della legalità non si distingue né potrebbe distinguersi, in prima battuta, dalla virtù della legalità). Altro è in definitiva, cogliere una misura giuridica del legalismo (come si è cercato di fare in queste pagine), altro è disporre di criteri giuridici per accertare in concreto che un comportamento è legalista.

*Difficoltà di terapia.* Al contrario dell’illegalità che si manifesta chiaramente come un andare contro il diritto perché si esprime in un comportamento che viola una norma giuridica, ed è quindi perseguibile attraverso opportuni rimedi sanzionatori proporzionali al grado di illegalità (dalla annullabilità di un atto alla pena), il legalismo

---

<sup>78</sup> Per la differenza tra giustificazione “interna” e giustificazione “esterna” cfr. ad. es. R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, pp. 176 e segg.

nasconde il *vulnus* alla legalità dentro le maglie dell'obbedienza al diritto; dunque, dal punto di vista del diritto non solo non è, come si è detto accertabile, ma non è nemmeno perseguibile: come stabilire sanzioni contro chi applica letteralmente il diritto? Come potrebbe il diritto positivo pretendere conformità alle proprie regole e nello stesso tempo sanzionarla? Se in generale in un sistema morale è possibile condannare sia il difetto che l'eccesso rispetto alla virtù (il pavido e il temerario ecc...), all'interno del sistema giuridico è possibile rispetto alla legalità condannare solo il vizio per difetto, cioè l'illegalità manifesta, non l'eccesso legalista che è invece una illegalità sommersa. È dunque difficile colpire questa espressione occulta di illegalità; essa è esente da sanzione in quanto si nasconde dietro la legalità, pur escludendo proprio ciò che di essa fa una virtù e cioè l'attività di deliberazione del soggetto alla ricerca del *modo giusto* di agire per rispettare il diritto.

Ciò significa che la lotta contro il legalismo sia in partenza perduta? In linea di principio la risposta non può che essere affermativa. Finché ci si muove, infatti, nell'ambito di un'analisi del legalismo ingenuo o per convinzione, questa duplice difficoltà rimane insormontabile ed è giusto che lo sia. Il legalismo sfugge, per sua stessa struttura, alla presa del diritto positivo le cui maglie risultano sempre troppo larghe non solo per catturarlo ma anche per individuarlo. Il fatto è che, in quanto principio pratico, il principio di legalità non può essere imposto; resta anzitutto un principio cui si aderisce quando se ne comprende l'importanza. Anche in questo la legalità si comporta come una virtù: le virtù non si impongono e così nessun ordinamento giuridico normativo potrebbe imporre la virtù della legalità senza diventare dittatura. Pur se c'è un modo giuridicamente corretto di seguire una regola giuridica (corretto perché conforme alla *recta ratio* del sistema) e ci sono invece un modi scorretti di farlo, nessun ordinamento giuridico può prescrivere di attenersi al primo e vietare i secondi. Non può farlo, ovviamente, avvalendosi di specifiche regole perché questa prescrizione è il senso stesso dell'ordinamento nella sua interezza. Il diritto positivo incontra qui un suo limite ben preciso; non vi è infatti alcun modo giuridico per fronteggiare questa forma di illegalità, non solo per il suo carattere occulto, ma anche perché il corretto rapporto tra regole e comportamenti non è una fattispecie che possa essere giuridicamente regolata; con una formula paradossale, si potrebbe asserire che il legalismo è, per questo aspetto, una sorta di *illegalità autorizzata*.

## 11. – *Il legalismo strategico/politico*

Le cose vanno in modo assai diverso se cambiamo l'ottica di analisi. Il legalismo giuridico si può configurare, lo si è visto, come il frutto di una sorta di inganno prospettico nel quale l'agente cade suo malgrado. Proprio perché esibisce ostinatamente a sua giustificazione l'amore esclusivo per la legge, il legalismo giuridico non può presentarsi in prima battuta che come una forma inconsapevole di violazione della legalità.

Nulla impedisce tuttavia di riconfigurare come legalista un comportamento volto a *produrre deliberatamente* quell'inganno prospettico nel quale è poi facile cadere. Se assumiamo questa nuova ottica, il fenomeno del legalismo si ripropone nella forma del *legalismo strategico/politico*. Quest'ultimo, come cercherò di far vedere, pur presentando le medesime difficoltà di terapia del legalismo ingenuo, non presenta questa volta le medesime difficoltà di diagnosi, è individuabile abbastanza facilmente ed è quindi possibile prendere le distanze da esso.

Ecco di che si tratta. Se valgono le considerazioni fin qui svolte, l'*illusione*, o per meglio dire l'*errore* legalista finisce con l'assumere i contorni di una visione del mondo, di una ideologia personale e sociale<sup>79</sup> nella quale, come si è detto, il rispetto della regola fa corpo unico, senza differenza né articolazione possibile, con il rispetto per il contenuto letterale della regola nella convinzione che basti questo per comportarsi legalmente. Come si è detto, il rapporto di eccessiva fiducia che nel legalismo ingenuo si istaura così tra l'agente e la regola, benché errato (perché frutto di convinzioni sbagliate, di bisogni ancestrali etc.) non è però insincero, altrimenti non potrebbe nutrirsi di "fiducia": sebbene imbrigliata in un procedimento di giustificazione fallace, la volontà di giustizia presiede sinceramente al ragionamento legalista.

Abbiamo visto, però, che questo ragionamento si organizza secondo una sua fisionomia abbastanza strutturata e proprio questo lo rende riproducibile artificialmente. L'attitudine a fabbricare legalismo può essere vista come il frutto di una ben precisa "degenerazione della legalità", che affligge questa volta la dimensione della legalità come *virtù del sistema giuridico* e quindi non riguarda tanto gli atti individuali di applicazione/esecuzione delle norme quanto un certo modo di usare il potere all'interno del sistema.

Per capire quale sia l'aspetto della vita giuridica chiamato in questione, si deve ora tener presente che, sebbene la legalità come "conformità alla legge" si apprezzi il più delle volte dal punto di vista della sua esecuzione/applicazione, non è unicamente da questo punto di vista che essa può essere inquadrata. Com'è noto la sua differenza dalla legittimità è dovuta al fatto che mentre la legittimità riguarda il titolo del potere, la legalità riguarda l'esercizio di esso. Ne viene che la legalità qualifica anzitutto il comportamento di chi detiene il potere. Diverse volte, del resto, nel corso di questo studio, si è avuto modo di accennare all'importanza determinante che un corretto uso del potere ha in ordine al realizzarsi di una prassi effettiva della legalità e come soltanto a partire da esso abbia senso parlare della legalità in quanto virtù del sistema. A coloro che detengono il potere infatti, non è richiesto soltanto di usarlo secondo i principi della legalità ma, anzitutto, di tutelare ed accrescere le condizioni a partire dalle quali, per i destinatari delle regole resta sensato conformarsi ad esse.

In questo quadro è necessario ora ambientare un'acuta puntualizzazione di Finnis a proposito (non per caso) dei *Limiti della Rule of Law*: «In ogni epoca in cui l'ideale del diritto, della legalità e della *Rule of law*, gode di una popolarità ideologica (cioè, di un favore non radicato in una forte e ragionevole comprensione dei principi pratici), chi cospira contro il bene comune cercherà regolarmente di ottenere e mantenere il potere attraverso un'adesione alle forme costituzionali che non sarà certo la meno "scrupolosa" per il fatto di essere insincera, temporanea e motivata da ragioni strategiche»<sup>80</sup>. L'osservazione è preziosa e degna della massima attenzione è l'opposizione da cui muove. Altro è la *popolarità ideologica* dell'ideale della legalità, altro è la *pratica* della legalità. Fra le due cose esiste un rapporto di antagonismo e su questa base si fonda l'ipotesi di una «scrupolosa adesione alle forme costituzionali» ispirata non dal rispetto della legalità ma dal desiderio di «mantenere il potere» e di «cospirare contro il bene comune». L'osservazione di Finnis ci mette dinanzi, in altre parole, ad una fedeltà al diritto *usata, strumentalizzata* non in funzione del governo della legge ma per scopi faziosi.

---

<sup>79</sup> «...represents correct and personal conduct as a matter of rule following, and the rules as fixing the rights and obligations that we have. It is thus both a personal ethic and a social ideal». Questa è almeno l'opinione che Z. Bankowski, (*cit.* p. 44) attribuisce a J. Shklar.

<sup>80</sup> J. Finnis, *op. cit.*, p. 298.

Qui non siamo soltanto di fronte ad una considerazione di fatto; ad essere chiamata in causa è anche una connessione che ha un certo carattere strutturale e che dice molto del rapporto che la dimensione della legalità, nel suo senso più forte e più autentico, intrattiene con quella patologia che è la sua degenerazione legalista: il legalismo che si insinua sistematicamente dentro le maglie della legalità, che nasce e si fa strada, per così dire, dentro la legalità, il *legalismo giuridico* nella sua forma originaria e paradigmatica non è, in realtà, il legalismo ingenuo ma il legalismo *strategico/politico*. Esso consiste nell'appellarsi ad una legalità di facciata per «cospirare contro il bene comune», nascondere le illegalità sostanziali che ogni governo fazioso o di parte comporta e mascherare il cambiamento di fondo (dal governo della legge al governo dell'uomo sull'uomo) che si sta cercando di mettere in atto. Nella mia analisi, lo strumento privilegiato che il legalismo strategico adotta per portare avanti con successo la propria opera di sovversione è il potenziamento e lo sfruttamento del legalismo ingenuo al solo scopo di avvantaggiarsi opportunamente delle conseguenze pratiche cui quest'ultimo conduce. Questa volta, come è ovvio, il legalismo agirà come un *paradigma pratico*, non come un'ideologia. Come è facile capire da quanto già anticipato, la differenza tra il legalismo ingenuo ed il legalismo strategico sta nel fatto che il secondo non cade per nulla nell'inganno da cui prende origine il primo, ma anzi lo produce o meglio lo riproduce, lo imita; e proprio perché non cade nell'inganno, proprio perché *finge* (scrupoloso rispetto per la regola), là dove il primo fa sul serio, può ben caratterizzarsi come un tentativo sistematico di aggirare il principio di legalità. Da un certo punto di vista, dunque, si potrebbe anche sostenere che il legalismo strategico viene prima, dal punto di vista teorico-strutturale, del legalismo ingenuo, che la finzione viene, in questo caso, prima della realtà. Ciò non deve sorprendere poiché la legalità, come si è detto, riguarda essenzialmente l'esercizio del potere, e quindi è necessariamente dalla parte dell'esercizio del potere che prende avvio la degenerazione della legalità.

Per mettere a fuoco il modo in cui il legalismo strategico/politico insiste sul legalismo ingenuo conviene anzitutto tener presente che il legalismo ingenuo diviene facilmente un *meccanismo di produzione di obbedienza cieca*. Esso dunque ben si presta ad essere opportunamente *strumentalizzato* da parte di tutti coloro che possono risultare avvantaggiati dal fatto che l'obbedienza di cui si nutre la prassi giuridica assuma i connotati propri dell'obbedienza tipica del legalismo ingenuo: un'obbedienza che si considera in ogni caso moralmente dovuta e per di più dovuta alla lettera; quindi immediata, scontata. Ora, qualunque agente sociale è ovviamente tenuto a seguire le regole giuridiche. Ma se c'è una particolare categoria di agenti sociali che, per la specifica funzione che è chiamata a svolgere, non potrebbe in alcun modo rapportarsi alle regole nei termini tipici del legalismo ingenuo, questa è precisamente la categoria che ha il compito ed potere istituzionale di utilizzare le regole (sia esso un parlamento nazionale, un governo o un consiglio di quartiere etc...) per fare altre regole.

Benché sia in linea teorica possibile ed auspicabile immaginare una produzione legislativa sinceramente ispirata a criteri di giustizia<sup>81</sup>, resta vero che, nelle nostre democrazie costituzionali pluraliste la produzione normativa si ispira generalmente a criteri di convenienza e di opportunità. Chi pone le norme o comunque mette in atto quella «strategia decisionale basata su regole» che altri dovranno osservare, non potrebbe nutrire verso di esse la fiducia psicologica tipica del legalismo ingenuo. Sa bene infatti che ogni strategia

---

<sup>81</sup> Qualora si ritenesse altrettanto sinceramente che il prodotto normativo di questa ispirazione fosse pienamente coronato da successo e quindi oggettivamente giusto e degno della massima fiducia, si ricadrebbe nel caso dell'erronea illusione legalista di cui si è fin qui detto.

decisionale basata su regole è frutto di un processo deliberativo suscettibile di alternative e che, per quanto si possa essere convinti della bontà delle scelte, è impossibile negare sia che altre scelte altrettanto buone avrebbero potuto essere effettuate, sia che la bontà di esse si leghi a particolari contesti storici soggetti a mutamento. Il rispetto per la prassi della legalità si gioca tutto in questo caso nel rispetto delle competenze e delle procedure democratiche, fatto salvo il rispetto per i contenuti costituzionali.

Non sempre però, lo si è visto, il rispetto per la legalità è finalizzato alla realizzazione di una società fondata sulla base del primato del diritto. Dal momento che, come si è detto, è possibile distinguere nel principio di legalità un aspetto assiologico da un aspetto organizzativo, è altrettanto possibile assumere la tecnica della legalità senza aderire ai valori che vi sono connessi: primo fra tutti il governo delle leggi. Ciò cui si ci trova dinnanzi in questi casi è una adozione della legalità soltanto come tecnica organizzativa del potere, come un metodo che ha i suoi capisaldi soprattutto nella suddivisione delle competenze. Che questo metodo possa essere finalizzato alla realizzazione di una società fondata sul governo degli uomini e non delle leggi è del tutto plausibile e lecito. Se il governo forte è accettato, quando non addirittura voluto, dai governati, il quadro generale ha in prima battuta una sua limpidezza basata sul consenso consapevole. Le regole del governo democratico, proprio perché tali, non impediscono, in prima battuta, un passaggio dal governo della legge al governo degli uomini e quindi possono essere usate per una conquista legale del governo da parte di poteri forti. Anche una dittatura può, in questo senso, ricorrere alla tecnica organizzativa della legalità per costruire su di essa, in modo legittimo, la propria impalcatura di potere.

L'enfaticizzazione dell'ideale del governo delle leggi ha, tuttavia, un particolare ruolo in questo processo di transizione verso un governo autoritario quando l'ideale della legalità gode, come dice Finnis, di una «popolarità ideologica» piuttosto che di «un favore ... radicato in una forte e ragionevole comprensione dei principi pratici» e quindi, per un verso non è né facile né tatticamente opportuno sbarazzarsene apertamente, per altro verso è agevole servirsene come di un alleato per coprire la contraddizione della legalità implicita nell'ipotesi di un governo dispotico/autoritario che nasca dentro una democrazia. Perché l'operazione di transizione venga portata avanti in modo efficace e senza traumi, coprendo il mutamento di fondo che si sta mettendo in atto, occorre per un verso mantenere in piedi l'impalcatura della legalità cercando di farla durare il più possibile in funzione di comodo paravento, per altro verso fletterne gli effetti in una direzione opposta a quella del primato del diritto. Si tratta insomma di far giocare espressamente l'*ideologia* della legalità *contro* la *pratica* della legalità. Ciò dà luogo ad un fenomeno complesso che vede continue rotture sostanziali della legalità mascherate sotto la parvenza di una falsa continuità legale. In questi casi quanto più l'illegalità è imperante nella sostanza, tanto più il potere può giudicare opportuno, nella forma, mostrare all'opinione pubblica un aspetto falsamente legale, per stornare l'attenzione dalla lotta in atto tra legalità ed illegalità.

Nella nostra ipotesi, il legalismo strategico è dunque, per sua natura un *fenomeno di transizione*. Non importa che esso possa durare indefinitamente. Il suo senso sta nell'operare la transizione. La sua impresa specifica è quella di costruire le condizioni per un ritorno del governo degli uomini dentro la cornice del governo delle leggi. La *finzione* o, per meglio dire, l'*operazione fraudolenta* che in tal modo si configura sarà ovviamente coronata da successo nella misura in cui riuscirà a strumentalizzare l'appello alle regole giuridiche ed al dovere di seguirle, stimolando anzitutto nei destinatari quell'atteggiamento ideologico di venerazione nei confronti della legge che si è visto essere proprio del legalismo ingenuo. Quanto maggiormente l'operazione di aggiramento del principio di legalità e dei valori che vi sono connessi sarà abilmente

condotta, quanto maggiormente il vessillo del rispetto della legge verrà sbandierato su navi-pirata, tanto maggiormente, è chiaro, verrà ad essere rafforzata l'obbedienza abituale alle regole e la pressione sociale che la circonda a vantaggio non del bene comune ma di quello dei detentori del potere. È appunto questa *frode* che può essere designata con l'espressione *legalismo strategico/politico*.

Riassumendo, il legalismo strategico non comporta alcuna particolare fiducia in un carattere intrinsecamente giusto del diritto e della legge, ma consiste nello sfruttare in modo calcolato e razionale<sup>82</sup> l'errore di coscienza del legalismo ingenuo e la sua venerazione irrazionale delle regole, rendendoli funzionali al gioco dell'accrescimento del potere ed alle sue esigenze; avvantaggiandosi, in particolare, della sottomissione supina e cieca connessa inevitabilmente all'acritica illusione legalista che alle regole si debba comunque obbedienza se si vuole tenere un comportamento giusto. Sta in questo la chiave della connessione e della differenza tra le due forme di legalismo giuridico: entrambe hanno come approdo la degenerazione della legalità, ma diverso è il senso di questo approdo: il legalismo ingenuo fallisce nell'impresa di portare avanti la legalità, il legalismo strategico riesce nell'impresa di creare le condizioni di questo fallimento.

## 12. – *Le costanti del legalismo strategico/politico*

Il legalismo strategico però, proprio perché porta a termine la propria impresa, non rimane occulto e sommerso come quello ingenuo. Non è dunque difficilmente diagnosticabile e forse è possibile delinearne il modello. Mi avventurerò a mettere a fuoco, senza sbordare troppo dagli interessi e dai limiti tematici di questo studio, alcune linee di tendenza sintomatiche, forse alcune possibili costanti della degenerazione legalista della legalità, facendo riferimento ai tre momenti fondamentali che sono stati prima utilizzati per articolare la prospettiva della legalità: 1) lo strumento di regolamentazione e di coordinazione dei rapporti sociali (normazione); 2) il tipo di rapporto esistente tra fase di produzione e fase di applicazione di tale strumento; 3) La visione del diritto positivo implicata nell'ideologia legalista.

Per quanto concerne il primo punto (normazione), sintomatico dell'atteggiamento del legalismo strategico è:

a) una *tendenza riformista*. Mentre il legalismo ingenuo è tendenzialmente conservatore, il legalismo strategico è tendenzialmente innovatore. Ovviamente, poiché supponiamo di muoverci entro l'ordinamento normativo proprio di uno Stato costituzionale di diritto, il cambiamento delle regole è un momento necessario affinché sia possibile l'involuzione in senso dispotico/autoritario di un regime democratico: si tratta in questo caso di costituire un piano legislativo per il quale chiedere e pretendere un'obbedienza che sia funzionale agli scopi e agli interessi di chi detiene il potere. Proprio perché progettate in modo funzionale al governo degli uomini, le nuove regole, anche se prodotte in base ad una procedura legale, saranno tendenzialmente in conflitto, in linea di contenuto con il principio di legalità che implica l'idea del primato del diritto. Ciò vuol dire che saranno indirizzate più o meno implicitamente e più o meno direttamente a creare sacche di privilegi e a determinare

---

<sup>82</sup> «... anche ammettendo che sia irrazionale venerazione della regola seguire regole che, tutto considerato, è meglio non seguire, è tuttavia ancora razionale per l'autorità, cercare di incoraggiare anticipatamente (attraverso sanzioni o altro) proprio quella venerazione della regola che essa eviterebbe se fosse lei il soggetto. Per quanto la venerazione della regola sia irrazionale dal punto di vista del soggetto, è razionale, dal punto di vista dell'autorità cercare di inculcarla» (F. Schauer, *cit.*, p. 212).

discriminazioni. L'atteggiamento legalista ha per sé l'effetto di svuotare di senso la prassi della legalità, separando la conformità alla regola giuridica dal riferimento agli obiettivi che ne costituiscono la finalità interna (primato del diritto, valorizzazione della persona nel contesto sociale etc...). In questo caso, un simile effetto verrà deliberatamente prodotto e sfruttato per coprire la contraddizione che si cela ora nell'impresa stessa del cambiamento delle regole, dal momento che la produzione delle nuove regole obbedisce ad una finalità diversa ed anzi incompatibile col *crecendo* della legalità. La nuova legislazione sta ovviamente in rotta di collisione con la costituzione democratica ed in particolare con i diritti fondamentali ivi positivizzati. Tuttavia la cornice istituzionale da essi tracciata dovrà restare in piedi. Per questo si tratterà di portare il cambiamento quanto più vicino possibile alla sfera dei diritti che costituiscono lo zoccolo duro della costituzione, fino a lambirli, magari dando vita ad un processo di radicali riforme istituzionali<sup>83</sup>. Il provocare l'insediamento di un atteggiamento legalista in funzione dell'obbedienza acritica alla legge sarà, a questo punto, una condizione necessaria per portare avanti con successo l'opera di transizione.

b) *Tendenza moralizzatrice*. Questo atteggiamento riformista si accompagnerà poi, volentieri, nel nostro modello ad una spiccata tendenza al *paternalismo di stato*. Nella tensione tra vecchie e nuove leggi, la strategia intesa a fabbricare legalismo deve comunque puntare sulla qualità etica dei contenuti normativi affinché il dovere dell'obbedienza sia più facilmente percepito come dovere morale. Dopotutto, la convinzione che giusta sia la legge perché legge, si costruisce pur sempre a partire dalla supposizione che giusto sia *per antonomasia* il legislatore. L'elemento di "moralizzazione" del diritto e l'enfaticizzazione della volontà di giustizia essenziale alla produzione di legalismo ingenuo, non sono tuttavia facilmente coniugabili con il disegno del riformismo istituzionale (che non potrà fare appello al piano dei valori e degli ideali, ma a quello, più tecnico, degli interessi e dell'efficienza del sistema). D'altra parte non possono certo essere attinti dal livello dei principi costituzionali, una fonte la cui portata assiologica e progettuale attende di essere progressivamente neutralizzata. Essi vanno dunque ottenuti per altre vie. Sarà in questo senso opportuno affiancare all'opera riformista una frenetica attività legislativa di stampo molto spesso paternalistico (leggi su questioni private di coscienza, di salute, di morale pubblica etc.) sulle quali un giudizio in termini di giustizia sarà, per l'immaginario collettivo, assai più facile. Quest'opera legislativa andrà tendenzialmente a caratterizzarsi per l'*inasprimento delle pene* contro i trasgressori in quanto l'importanza e la giustizia di una norma sono attestate dalla pesantezza della sanzione che segue alla sua violazione (quanto più è grave la pena collegata alla violazione di una norma tanto più va considerato "giusto" il comportamento richiesto dalla norma ed immorale la sua violazione). Così mentre le leggi precedenti saranno quasi sempre soggette a critica e caricate dei guasti reali o presunti denunciati nell'ordine sociale, le nuove leggi svolgeranno pressappoco la funzione di paradigmi certi cui affidarsi (dogmi) per modificare la società in senso non più soltanto razionale ma anche morale e per produrre quella sicurezza cieca di cui il legalismo ingenuo ha esigenza.

---

<sup>83</sup> La presenza dei diritti fondamentali non soggetti a revisione, nell'ottica del legalismo strategico, andrà ben considerata. Potrebbe essere utile sbarazzarsene (per es. accusandoli di antidemocraticità) in quanto argine all'uso discrezionale del potere. Potrebbe però anche fare comodo per via del consenso di cui gode qualora si trattasse di usarli per giustificare e truccare con profumo di nobiltà decisioni politiche di eccezionale rilievo. In ogni caso il legalismo strategico/politico farà sempre un uso strumentale ed opportunistico dei diritti fondamentali.

c) Esaltazione dell'*investitura popolare* e del *principio di maggioranza*. Se il gruppo dominante è arrivato al potere con metodi democratici e dispone quindi di una maggioranza, può sempre, per giustificare queste trasformazioni legislative, specie le più ardite e costituzionalmente criticabili, fare appello a queste due componenti imprescindibili di ogni costituzione democratica, indicativi di un metodo di governo, ma al tempo stesso di un valore. In questo caso, tuttavia, l'*investitura popolare* ed il *principio di maggioranza* verranno fatti intervenire in potenziale conflitto con gli altri valori e contenuti costituzionali (che, finchè tali, in una costituzione rigida, sono indisponibili al legislatore). Il ragionamento del legalista strategico avrà la tendenza ad assolutizzarli entrambi con il duplice proposito di avvalorare lo strumento legislativo in quanto rappresentativo della sovranità popolare e di deprezzare quello costituzionale. Funzionale all'ottica del legalismo strategico è che l'*investitura popolare* e il *principio di maggioranza* *non* vengano invocati come *metodo*, bensì dogmatizzati come *valori*: gli unici valori in cui si compendia e si risolve l'intero processo democratico. Il ricorso ad essi sarà direttamente proporzionale alla misura in cui le proposte di legge risultano sostanzialmente finalizzate al radicarsi del governo degli uomini e servirà a tacitare fastidiose opposizioni.

Il legalismo strategico ci mette così in presenza di un pericolosissimo slittamento di senso del paradigma democratico facilmente destinato a provocare nei più una drammatica *confusione tra la democrazia come metodo e la democrazia come valore* con la riduzione della prima alla seconda.

Per quanto concerne poi il secondo punto, tendenze sintomatiche del legalismo strategico sono:

a) una rivalutazione del concetto di *autorità politica* come autorità personalizzata a partire dalla quale assume una luce specifica il rapporto esistente tra fase di produzione e fase di applicazione dello strumento normativo.

Nella dinamica della legalità, l'autorità è sempre l'autorità del diritto e della legge e non si personalizza se non in quanto la fonte della legge (l'organo legislativo, cioè) si comporta in modo da interpretare con competenza e disinteresse una certa immagine del bene comune (del tutto a prescindere poi dal fatto che questa immagine, che esprime la costituzione materiale, sia realmente la più appropriata o la più vera). Quando diciamo che la legittimità dell'esercizio del potere si misura dalla sua legalità intendiamo appunto esprimere il peso che l'autorità del diritto e della legge assumono in questo contesto. Ed è, probabilmente, per un motivo di questo genere che, nella prassi quotidiana della legalità, il tema dell'autorità, sempre considerato sottoposto al principio di rotazione delle cariche ed a quello di competenza, non assume un rilievo specifico.

Nella dinamica del legalismo strategico, invece l'immagine dell'autorità tende ad essere valorizzata e ad esserlo in funzione della persona o del gruppo che detiene il potere, molto spesso cioè in funzione carismatica. L'idea di *leader* è qui l'idea vincente: il *leader* della degenerazione legalista non è il *leader* della legalità. Quest'ultimo raccoglie e rappresenta le idee, i valori, le scelte di un gruppo che gli dà mandato di esprimerle in nome e per conto proprio, per cui si potrebbe dire che l'autorità nasce in una direzione ascendente (dal basso verso l'alto) dalla necessità che qualcuno si faccia portatore a nome di tutti, specialmente in un'epoca di pluralismo di valori, di decisioni che riguardano la collettività. L'autorità è essenzialmente una funzione. E il carisma personale del leader è al servizio di questa funzione. Il *leader* del legalismo strategico è invece qualcuno che presta a questa funzione il supporto rilegittimante di un'immagine già in se stessa autorevole, tale dunque da configurarlo come già per se stesso ad un livello superiore; per cui si potrebbe dire che l'autorità nasce e si muove in una direzione discendente (dall'alto verso il basso) e coinvolge altri ai quali il leader affiderà il compito di riflettere e di moltiplicare, come in un gioco di specchi, la propria immagine politica/ideologica. Il coinvolgimento dell'opinione pubblica qui

è determinante: esso può realizzarsi attraverso la retorica demagogica o in molti altri modi ma soprattutto attraverso un allentamento della tensione morale, culturale e critica nella società civile. Si tratta insomma di creare le condizioni per far emergere, dietro le leggi e le politiche adottate, la figura rassicurante del padre-padrone, personalizzandola nell'autorità politica.

b) un uso distorto del principio del vincolo del giudice alla legge che tende a trasformarsi nella *soggezione del giudice al legislatore*. La soggezione del giudice alla legge, espressione essenziale ed imprescindibile del governo delle regole, potrà essere utilizzata per aggirare il principio di legalità attraverso un'opportuna manipolazione ideologica. È questo, del resto, l'aspetto che più agevolmente si lascia evincere dalle considerazioni fin qui portate avanti. È ovvio che nella prospettiva del legalismo strategico il senso della soggezione del giudice alla legge verrà riproposto secondo l'immagine paleopositivista più angusta e retriva del giudice *bouche de la loi*, pretendendo non solo che la sentenza si fondi sulla legge da un punto di vista strettamente sillogistico, ma anche da un punto di vista, per così dire, letterale. In questa prospettiva in cui la legge ha qualcosa di sacrale, vale il detto di Rousseau secondo cui «interpretare una legge è quasi sempre corromperla». Si tratterà di depotenziare la funzione creativa del giudice (e quindi di inibire il più possibile quella capacità deliberativa e critica strutturalmente insita nella prospettiva della legalità) a favore di quella meramente dichiarativa, riproponendo eventualmente, laddove è possibile, lo schema del sillogismo giudiziario e privilegiando l'adozione di un metodo interpretativo quale potrebbe essere ad es. l'interpretazione della legge in base alla volontà del legislatore. Il senso dell'operazione sarà quello di trasformare sottilmente il principio della soggezione del giudice alla legge in quello, assai diverso ed addirittura incompatibile col primo, della soggezione del giudice al legislatore. Se, quindi, nell'ottica del principio di legalità il vincolo del giudice alla legge serve a garantire uguaglianza e certezza nell'applicazione del diritto, nell'ottica del legalismo strategico esso deve servire a garantire solo una migliore efficacia della volontà del legislatore.

Per quanto concerne infine il terzo punto e cioè la visione del diritto implicata nel legalismo strategico, si può brevemente sottolineare come il diritto appaia quale strumento del controllo sociale da parte del potere; a farne le spese è ora direttamente la *convivenza fra diversi* che la prassi della legalità favorisce. Essa viene minacciata nei suoi fondamenti dal legalismo strategico perché se si promuove un uso della norma «come il criterio finale di valutazione della giustizia delle azioni», non potrà esserci altra azione giusta se non quella prevista dalla norma. La condotta del diverso, di chi non assume cioè la norma come giusta al modo del legalismo ingenuo e non può quindi apprezzarne l'obbligatorietà se non a partire dal riconoscimento della sua validità giuridica, sarà guardata con sospetto e presentata come condotta da reprimere non solo giuridicamente ma anche e soprattutto moralmente. Dunque *non* sarà più *tollerata*. Come quella del legalismo ingenuo, l'atmosfera del legalismo strategico è sostanzialmente un'atmosfera conformista, atta a favorire tra gli utenti del diritto un atteggiamento di intolleranza che non esclude più il ricorso alle armi. Lo stesso binomio diritto-pace sarà allora soggetto ad una potenziale rottura.

### 13. – *Conclusioni*

Qualche considerazione conclusiva. Come si vede, alla distinzione tra legalità come *habitus* individuale e legalità come virtù del sistema e si connette la distinzione tra legalismo ingenuo o per convinzione e legalismo strategico/politico. Tuttavia il rapporto è rovesciato in modo quasi speculare. Mentre la legalità come *habitus* personale è la condizione sulla quale si regge, per molti versi, anche la legalità come virtù del sistema, viceversa il

legalismo ingenuo prende senso e consistenza a partire dal legalismo strategico: vi è infatti un rapporto di complementarità non solo fra legalismo strategico e legalismo ingenuo (il legalismo strategico è una fabbrica di legalismo ingenuo), ma anche viceversa: in assenza di legalismo strategico il legalismo ingenuo non potrebbe che configurarsi come un errore privato, che non ha sostanziale incidenza nella vita pubblica. Esso non si sviluppa e non prende configurazione ben definita se non in presenza di un legalismo strategico diffuso. Non è forse inutile aggiungere che il legalismo strategico è una gravissima forma di illegalità perché strumentalizza a propri fini l'errore altrui, cioè la distorsione dell'obbedienza al sistema giuridico prodotta dal legalismo ingenuo. Come dire che trae vantaggio sistematico dall'illegalità che il legalismo ingenuo costituisce. Esso può allora trovare una propria *sanzione politica*, da parte della società civile, in tutte quelle forme di dissenso la cui espressione è compatibile con le regole della democrazia fino al recupero non violento del diritto di resistenza (disobbedienza civile, ricorso alla piazza...) per un ripristino dello Stato costituzionale di diritto. Dopotutto non è un caso che le grandi Rivoluzioni della modernità, quella inglese, quella americana e quella francese, cui si deve la nascita graduale dello Stato costituzionale di diritto, abbiano preteso di legittimarsi sul proposito di ripristinare la legalità infranta. La ribellione dei coloni inglesi, ma anche la ribellione del popolo in Francia erano vissute come la ribellione ad una legalità solo di facciata e come denuncia quindi di una *falsa legalità*. L'idea di una falsa legalità non è dunque nuova. A quell'epoca però marcava una differenza (tra vero e falso, autentico e non autentico) giuridicamente e politicamente inedita, che non poteva essere fatta valere se non con il ricorso alle armi. Ho cercato di far vedere che questa differenza tra una vera ed una falsa legalità, così traumaticamente affermata dalle rivoluzioni, è oggi l'anima dello Stato costituzionale di diritto dove la legalità non è pensabile come conformità alla legge se non la si pensa contemporaneamente come un *habitus* personale e comune: quello di chi si fa carico, momento per momento, del progetto costituzionale. Che tale differenza abbia ancora bisogno di essere marcata dentro le maglie stesse dello Stato costituzionale di diritto è un evento meritevole di riflessione<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> «Declino degli stati nazionali, perdita del ruolo normativo del diritto, moltiplicazione e confusione delle fonti, vanificazione del principio di legalità sia formale che sostanziale e crisi della politica e della sua capacità progettuale stanno dunque minando lo Stato di diritto in entrambi i suoi paradigmi, quello legislativo e quello costituzionale. Non è possibile prevedere l'esito di questa crisi: se sarà una crisi distruttiva, all'insegna del primato della legge del più forte o invece una crisi di transizione verso un... modello allargato di Stato di diritto. Sappiamo solo che tale esito dipenderà ancora una volta dal ruolo che sarà in grado di svolgere la ragione giuridica e politica. La transizione verso un rafforzamento anziché una dissoluzione dello Stato di diritto dipenderà dalla rifondazione della legalità –ordinaria e costituzionale, statale e sovrastatale- all'altezza delle sfide a esso rivolte...» (L. Ferrajoli, *cit.* p. 368).