

QUESTIONI SUL LEGALISMO

Massimo La Torre

Universidad «Magna Graecia» di Catanzaro

Di seguito pongo alcune questioni a partire dalla lettura del libro *El imperio de la ley* di Francisco LAPORTA.

La sua prima tesi mi pare essere questa. Che la autonomia personale, assunta come valore morale fondamentale, non possa darsi senza la *legge*, intesa come norma precettiva e coattiva di carattere generale. Questa tesi ricorda un argomento che, se non sbaglio, si ritrova nella *Stern von Erlösung* di ROSENZWEIG: la legge, qui la legge assoluta e formale del Decalogo, e poi delle disposizioni contenute nel Levitico, permette l'autonomia, in quanto rende evidente ed operativa la distinzione tra Essere e Dover essere, in quanto fa sì che ci si renda conto che la libertà risiede nella dimensione del Dover essere, non in quella dell'Essere. Si è liberi se si resiste all'impulso, all'«inclinazione», al dettato della natura, ai sensi, al piacere. Se si apprende cioè a non fare tutto ciò che ci piacerebbe fare, e ciò ce lo insegna la «legge». Ricordo un articolo di Joseph WEILER, di qualche anno fa, in cui si argomentava in maniera simile.

Ora, potrebbe plausibilmente sostenersi, contro tale argomento, e contro LAPORTA, che la legge, lungi dal favorirla, l'autonomia personale, la mette sotto scacco. Può dirsi, ed è stato detto ed argomentato, anche autorevolmente, che la legge nega l'autonomia personale in quanto pretende obbedienza incondizionata. Come direbbe Joseph RAZ il diritto (la legge) è una ragione di secondo grado che abroga la ragione di primo grado (che è quella del giudizio autonomo e individuale). Nella legge, come è visto bene dalla dottrina tedesca ottocentesca, da Paul LABAND per esempio, coesistono due «cose»: c'è il precetto, il comando, e c'è la generalità della fattispecie regolata e della classe di destinatari. Ma il comando è ciò che prevale. Constatazione che servirà a LABAND per affermare che la legge di bilancio può essere una prerogativa del sovrano, l'Imperatore, e non necessità di conferme parlamentari ulteriori. Ora il precetto, il comando, risulta fenomenologicamente quanto di più opposto e ostile possa darsi rispetto all'autonomia personale. Quanto meno deve giustificarsi rispetto ad essa, e questa può sempre chiedergli conto del fatto della sua emanazione, della sua «durezza», e della stessa idea di comando. L'anarchismo filosofico, solo faticosamente contestabile, ma anche in generale il liberalismo democratico, e la teoria del discorso (che si basa sul principio regolativo del *zwangloser Zwang*) si alimentano proprio della contraddizione esistenziale tra comando e autonomia individuale.

D'altra parte nella legge la generalità non si dà necessariamente come universalizzabilità in senso morale. È solo l'universalizzabilità formale che è richiesta, ma questa

è soddisfatta da qualunque fattispecie astratta. Se prescrivo che tutti i Siciliani devono essere internati in un campo di concentramento, non mi sottraggo, come ci insegna Richard HARE, all'universalizzabilità formale. Se tale regola sia anche universalizzabile *moralmente* è però assai dubbio. Dubbio che poi spinge HARE a rivolgersi all'utilitarismo per dare forza e fondamento normativo forte (universale in senso morale) alla sua teoria metaetica prescrittivistiva universalistica.

Temo poi che LAPORTA, in ciò invero in buona compagnia (in quella di John FINNIS, per esempio), trascuri un fatto centrale della fenomenologia della regola. La regola fondamentale nella determinazione della condotta umana è quella *costitutiva*, non quella regolativa. Infatti il problema della condotta umana è innanzitutto il *senso*, non la coordinazione. I giocatori di una partita di calcio si coordinano intono al senso, al *Witz* direbbe WITTGENSTEIN, del loro «gioco». Per cui l'universalizzabilità rilevante qui non può essere un mero criterio logico, o un espediente solo pragmatico, e nemmeno un principio morale (ché questo a sua volta è un criterio fondamentalmente regolativo, non costitutivo). E la regola allora non può essere definita a partire dalla questione della coordinazione. Coordinazione *di che?* E *il che* che deve essere prima dotato di senso. E da dove traiamo il senso? Da quella regola o legge (norma «regolativa», non «costitutiva») che lo presuppone?

Se si vuole, le regole del gioco del calcio possono essere lette come criteri di coordinazione di condotte. Ma quelle condotte si coordinano una volta che si sia dato il quadro generale di riferimento, e di senso, dell'istituzione del gioco del calcio. Dunque, prima viene l'ambito d'azione dotato di senso, l'*istituzione*, e solo dopo si può pensare ad una regola regolativa —qualcosa del genere dice Ota WEINBERGER, ma anche e innanzitutto il secondo WITTGENSTEIN, e poi John Langshaw AUSTIN.

Riproduco di seguito un passaggio dell'*Imperio de la ley*. «¿Puede limitarse jurídicamente el poder soberano haciendo con ello posible el imperio de la ley? Pues bien, si el llamado poder soberano no es sino un conjunto complejo de prácticas sociales de aceptación de reglas, entonces podemos decir aquello que ya afirmó con cierta obscuridad Robert VON MOHL, uno de los padres fundadores del *Rechtsstaat*: lo que puede limitar al poder soberano es una “norma racional de moralidad positiva”» (p. 81). Qui la tesi, detto altrimenti, è che la legge limita il potere ed è veramente capace di fare ciò. Ma, per affermare ciò, LAPORTA ci presenta una «legge» in versione sociologica. La legge razionale della morale positiva, si dice, non è la regola formale cui mi pare quasi sempre faccia riferimento LAPORTA, di certo non è quella del legalismo giuspositivista. È un'altra cosa qui, una *pratica sociale*. La tesi del vincolo alla legge del potere, sarebbe così quella secondo cui il potere è vincolato dalla sua pratica sociale. Un'affermazione che starebbe bene in bocca a Monsieur DE LAPALISSE, e che però vale sia per lo Stato di diritto sia per lo Stato autoritario, e forse più per questo che per quello.

Tra i grandi legalisti nella storia recente del pensiero giuridico se ne contano due che devono confrontarsi drammaticamente coll'auge del nazionalsocialismo in Germania. Parlo di Hermann HELLER e di Franz NEUMANN, entrambi socialdemocratici convinti e militanti. Il primo contrappone la legge come decisione del parlamento e dunque della rappresentanza popolare ad ogni ambizione costituzionalistica forte di organi esecutivi e giudiziari. La legge, afferma, è al di sopra della costituzione, una tesi difesa anche dallo stesso LAPORTA, mi pare.

Ma è la tesi di NEUMANN quella che qui ci interessa di più. Questi afferma, e lo argomenta a fondo nella sua tesi di dottorato londinese, che la regola generale, la legge, è un limite al potere politico, proprio per il suo carattere di generalità ed astrattezza. Tuttavia NEUMANN rivedrà questa tesi negli ultimi saggi. E lo farà perché si renderà conto in seguito che la regola, se resta pragmaticamente a disposizione del potere politico, nel senso che è modificabile da questo, è un argine assai debole, e basso, contro la forza e arbitrio del potere medesimo. D'altra parte, la generalità qui, risultando puramente formale, può essere allargata e ristretta più o meno a piacimento. Infine, la regola va applicata, e se l'esecuzione è ancora volta affare del potere politico, del governo, e questo non vuole, o non può applicarla, la regola non si applicherà. O si applicherà secondo l'interpretazione che l'esecutivo ne dà, o le possibilità che ne ha. Per NEUMANN allora è più la divisione istituzionale dei poteri che la «legge» la via per imbrigliare la forza potenzialmente egocentrica del potere politico, dell'esecutivo in special modo.

D'altra parte, nella storia dello Stato di diritto non c'è, mi pare, nessun colpo di Stato che sia stato contrastato efficacemente da una sentenza giudiziale o da una corte costituzionale. La domanda allora è: può una regola formale (astrazione fatta della pratica sociale e delle istituzioni che questa regola rendono viva ed operante) contrapporsi efficacemente al potere politico e pertanto tenerlo sotto scacco? Il legalismo potrebbe continuare a sostenerlo forse solo a condizione di presentarsi come espressione di un forte idealismo filosofico.

Nel capitolo quarto di *Imperio de la ley* LAPORTA ci presenta una serie articolata di caratteri strutturali e sostanziali distintivi della legge come regola generale. Molto bene. Ma ciò che lui ci offre è alla fine dei conti qualcosa di simile alla «morale interna» del diritto di cui parla Lon FULLER. Il che dovrebbe indurre LAPORTA a ripensare il suo giuspositivismo. O no? C'è una morale intrinseca alla legge: questo sembra sostenere LAPORTA. Ma allora probabilmente con questa sola tesi si fuoriesce dal positivismo giuridico e dal suo legalismo formalista, e ci si fa, *horribili dictu*, giusnaturalista. Non sarà che il legalismo (l'idea dell'«impero della legge») è una versione di giusnaturalismo?

L'interpretazione del diritto per essere tale deve operarsi come fatto ricognitivo o cognitivo, non ascrittivo o decisionistico. LAPORTA assai giustamente si rivolge criticamente contro certi eccessi del realismo giuridico, che crede di affermare che il significato di una norma è solo e tutto nel momento dell'interpretazione o dell'ascrizione di significato: questa tesi ovviamente è paradossale e conduce a conseguenze assurde con buona pace di Riccardo GUASTINI e di Michel TROPER, il quale ultimo deve poi metterci una pezza con la tesi delle *constraints* sociologiche dell'interprete. LAPORTA cita David WIGGINS e l'idea che il linguaggio in un'orazione non può che essere trattato come preesistente all'orazione medesima. «La interpretación, por tanto, presupone siempre el significado, no lo atribuye» (p. 182). Da ciò però, facendo riferimento a Adrian VERMEULE, un giurista ultraconservatore della facoltà giuridica di Chicago, LAPORTA crede di potere affermare una teoria grosso modo testualista ed «esplicita» del diritto (un originalismo moderato, potrebbe dirsi). Il diritto della legge è esplicito, ed è ciò che conta; quello implicito, che pure LAPORTA non nega, si dà eminentemente nella forma di principi, che ci sono. Ma se ci sono i principi il legalismo si attenua necessariamente, e assai. E c'è un altro punto da sottolineare.

Non tutto il diritto è prescritto esplicitamente, né può esserlo. Si pensi alle leggi della logica, oppure al dizionario della lingua in cui una legge è data. Così che l'impeativista, che è un esplicitivista radicale, come l'ultimo Kelsen per intenderci, deve infine negare la vigenza nel diritto delle leggi della logica, laddove queste non siano state esplicitamente prescritte da legislatore. La potenza del diritto implicito è negata o è messa sotto tono al legalista. Ma ciò non si giustifica veramente né teoricamente né praticamente. Può il diritto esplicito, la legge, fare a meno del diritto implicito e funzionare senza questo? E se no, non è l'«*impero* della legge» solo e più modestamente una «repubblica», «*repubblica* della legge», un potere a sua volta limitato e condiviso?

Per LAPORTA la legge ha grosso modo la meglio idealmente sulla costituzione. «La objeción democrática formulada como una reivindicación de competencia para el legislador tiene que servir de aviso constante frente a las tentaciones de amparar bajo la rigidez constitucional aspectos de la vida colectiva que no merecen hurtarse a la voluntad de la mayoría» (p. 242). Come dargli torto? Soprattutto con la crisi finanziaria che affligge oggi l'Unione Europea, e specialmente l'Eurozona, e con il processo di integrazione europea che mediante la costituzionalizzazione (in via giurisprudenziale) dei Trattati e della politica economica che questi sanciscono rende i parlamenti degli Stati membri meri spettatori o ratificatori di decisioni prese altrove, in sedi non accessibili alla deliberazione democratica.

Dunque LAPORTA ha ragione: attenzione a fare della Costituzione una norma «obesa», ricolma di dettati sostanziali, che invece dovrebbero essere lasciati all'arena della sovranità popolare, della politica di partito e del gioco parlamentare. La legge non può diventare mera applicazione della Costituzione, altrimenti è la stessa democrazia a trasformarsi in oligarchia o tecnocrazia, e gli Stati in mere agenzie amministrative di applicazione di principi e standards. Ma per sostenere ciò, che è invero ampiamente condivisibile, presupponiamo della legge non la definizione di regola formale che è propria del legalismo. In questa critica del costituzionalismo «obeso» la «legge» che si rivendica non è quella di Paul LABAND o la regola universale di cui ci parla Richard HARE in *Freedom and Reason*, bensì qualcosa di ben più sostanziale.

Si presuppone l'idea della legge come luogo o dimensione della legislazione, e questa come pratica di partecipazione cittadina, «democrazia deliberativa», se si vuole. La «legge» in questo senso ha ben altri caratteri che solo quelli formali che elenca LAPORTA nel capitolo quarto di *Imperio de la ley*. È non tanto un'entità semantica, quanto una situazione pragmatica, una pratica per l'appunto. E questa pratica è quella discorsiva, definita dal chiedere e dare ragioni, e dal riconoscimento mutuo dei suoi partecipanti come titolari di diritti.

Per difendersi dal costituzionalismo «obeso» LAPORTA dovrebbe allora rivolgersi, più che alla tradizione del positivismo giuridico, o a VERMEULE, alla teoria del discorso, a HABERMAS, o al «political liberalism» rawlsiano. La nozione di «legge» messa in gioco sarà allora sostanziale, e il suo prodotto potrà allora pure, ma solo come risultato, soddisfare i requisiti della «morale interna» di FULLER e quelli assai più pallidi della regola generale di cui ci parla Franz NEUMANN o certa filosofia giuridica post-kantiana. La «legge» allora dovrà almeno presupporre l'uguale dignità di coloro che la deliberano e che sono soggetti ad essa, ed il principio per cui la legittimità di tale criterio normativo

le deriva dall'autoproduzione di coloro che sono poi chiamati ad osservarlo o implementarlo nella propria condotta. Tutto ciò, però, non ci conduce ben oltre il legalismo e il giuspositivismo?

Il legalismo trova di solito una applicazione tradizionale nella determinazione della deontologia delle professioni giuridiche, in particolare in quella dell'avvocato. Qui esso si manifesta nella cosiddetta deontologia «standard», per cui l'avvocato sarebbe un attore parziale che con zelo difende gli interessi del suo cliente e solo questi. Si tratterebbe di quella «morale amoralità» che si è fatta valere da più di un teorico di *legal ethics* (da Stephen SPENDER, per esempio). In Italia per qualche tempo una simile tesi è stata difesa da Luigi FERRAJOLI, che poi però, anche reagendo a qualche mia obiezione in merito, ha rivisto tale posizione. In Spagna mi pare che questo sia l'atteggiamento teorico di Liborio HIERRO, ben in linea con la prospettiva legalista difesa dall'amico e collega LAPORTA.

HIERRO (vedi «Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto», *Sistema*, n. 137, 1997: 27 ss.) ci dice che l'avvocato è e dev'essere parziale. E poi da ciò deriva un'etica sostanziale dell'avvocatura, la tolleranza. Se so di esser parziale, allora, questo è l'argomento, devo poter riconoscere all'avversario dignità di argomentazione e quindi concedergli una qualche possibile ragione. Devo dire che quest'argomento non mi convince, e mi pare afflitto da una fallacia, quella dell'*osservatore*. L'argomento potrebbe infatti valere solo dal punto di vista dell'osservatore (che è quello tipicamente assunto al giuspositivista).

Se sono un antropologo del pianeta Marte e arrivo sulla Terra, e vedo due avvocati contendersi torto e ragione, allora dovrò concludere che ciascuno è «parziale». Ognuno porta acqua al suo mulino; non c'è nessun tentativo di assumere una posizione generalizzante ed universalizzabile. L'osservatore allora non potrà che essere scettico sulle ragioni di ciascuna delle due parti, e potrà, e forse dovrà, essere tollerante rispetto alle pretese di entrambe. Ma ciò non vale né per la parte né tantomeno per l'avvocato, che non sono osservatori bensì *partecipanti*. Se, dal punto di vista del partecipante, si afferma che sono parziali, che ritengono cioè il loro interesse sia equivalente al loro buon diritto, non si potrà dire che per ciò stesso non devono riconoscere l'equivalenza tra il proprio interesse e il loro buon diritto (ciò in cui praticamente consisterebbe essere tolleranti in quel contesto). Se si è parziali dal punto di vista del partecipante, non si può anche essere tolleranti. Ma fortunatamente per noi, e per il processo, l'avvocato non è parziale in questo modo così forte. O almeno non lo è da un punto di vista «trascendentale».

L'avvocato afferma il buon diritto della sua parte, e questo è qualcosa di diverso dall'interesse della parte medesima. Ciò è riconosciuto in molti codici deontologici dell'avvocatura, che non a caso insistono sulla virtù della *indipendenza* dell'avvocato non solo dal giudice, e dalle autorità, ma anche e soprattutto *dal cliente*. L'avvocato afferma che il suo cliente è nel suo diritto, che ha ragione, e ciò dev'essere provato secondo criteri processuali ed anche di giustizia. Ma una siffatta affermazione, ovviamente, vale anche per la parte avversa. Quelle che si scontrano non sono due *parzialità brute*, ma due *parzialità imparziali*, due pretese di correttezza e di giustizia che si lasciano solo verificare e soddisfare mediante processi di argomentazione universalizzante. Le parti cioè si riconoscono mutuamente la dignità di soggetti di un discorso razionale, che

come tali hanno pari diritti. La tolleranza è già, qua, in questo mutuo riconoscimento, che invece nella lotta di parzialità brute, e di meri interessi, non potrebbe darsi.

Il legalismo risulta così fatale alla deontologia della professione legale. Per un verso la spinge e la schiaccia nella fattualità della razionalità strumentale, neutralizzandone la discorsività e la forte normatività. E d'altra parte, affermando, perché legalismo, che la deontologia è già data nella legge rende una deontologia *a latere* del diritto positivo del tutto superflua. Se all'avvocato nella sua attività professionale è lecito tutto ciò che non gli è vietato dalla legge (tesi difesa fino a qualche anno fa da FERRAJOLI, per esempio), allora perché dovremmo dotarci di un'etica delle professioni legali?

Purtroppo, chi ha fatto, e fa l'avvocato, sa che la sua attività quotidiana è afflitta da questioni morali, cui la legge non dà risposta, né la potrebbe dare, giacché qui si opera entro l'ambito dell'applicazione o dell'uso di questa, *a valle* della legge stessa per così dire. La regola, ahinoi, non regola esaustivamente la sua applicazione. È tesi antica in filosofia. Lo sanno già ARISTOTELE e KANT, che per risolvere la questione mettono in gioco ripetutamente la *phronesis* e l'*Urteilskraft*, facoltà del giudizio che precedono l'operatività d'ogni operazione sillogistica. Ma lo ripete Herbert HART: «Rules cannot provide for their own application» (*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1984: 106). La legge pertanto non può risolvere tutte le questioni morali poste dalla sua applicazione. Un avvocato deontologicamente legalista sarà allora in più di un'occasione un avvocato amorale, tutt'altro che tollerante, il quale o nega o ignora le questioni morali che gli si presentano nell'esercizio della sua professione, oppure le risolve facilmente, e spesso cinicamente, badando solo a non infrangere il dettato formale della legge.

