

Osservatorio sulle fonti

LA RAPPRESENTANZA POLITICA.

NOTE SUL RAPPORTO DI PROSSIMITÀ 'DIVERGENTE' TRA PROCESSO E VALORE (DI LEGGE)

di *Laura Buffoni**

SOMMARIO: 1. La crisi della rappresentanza politica come «postulato assiologico». - 2. I 'passaggi'. - 3. Il punto cieco: dal proceduralismo impuro al valore di legge. - 4. La soluzione: la rappresentazione come forza attiva. - 5. L'antifondazionalismo della rappresentanza/rappresentazione nella Costituzione pluralista. - 6. Per una teoria interpretativa del valore di legge.

The paper aims to give an account of the issues of representation in public law, treated in connection with the procedural theories. The author tries to rethink, between political and legal constitutionalism, the representation, which also today shapes the deliberativist democratism and the Rousseau's constitutionalism. It looks at the representation as a force of quality 'active' than the social pluralism, which gives form to the ideas (people, nation ..) that did not pre-exist.

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Sassari.

Osservatorio sulle fonti

1. La crisi della rappresentanza politica come «postulato assiologico»

Queste note traggono la loro origine dalla recensione al mio libro *‘Processo e pluralismo. Apologia e limiti dell’universalismo procedurale’* pubblicata sulla rivista *Diritto pubblico*¹. Per ringraziare l’autore e la rivista, in modo niente affatto formale per l’attenzione dedicata al mio lavoro, ho pensato di proseguire, in dialogo, il *discorso* in una direzione che non replica alla recensione e che non replica neppure il libro.

Le repliche alle recensioni sono, infatti, inutili e presuntuose, perché diventano o una recensione dell’autore al libro o una recensione della recensione².

Non ha senso, quindi, difendere ciò che si è già *scritto*, parola per parola o ciò che non si è scritto, omissione per omissione.

Questo non è un argomento per sottrarsi al dibattito, ai contro-argomenti: sarebbe paradossale in un discorso che prende l’avvio da un libro sul processo. Significa solo che qualsiasi difesa, ora, delle decisioni prese, allora, nella scrittura di un libro, nella scelta delle questioni e delle relative soluzioni, sarebbe inutile, perché a un certo punto i testi vivono di vita propria, separata dal loro *autore* (o, per non sopravvalutarsi, ‘firmatario’) e producono sensi e conseguenze inintenzionali³.

Tutte le osservazioni che la recensione solleva, però, sono di quel tipo che merita una considerazione adeguata: solleva critiche che attengono tanto a questioni di metodo che di merito. Ma ve ne è una, tra tutte, che invita a ri-pensare quello che nel libro appare come un «postulato assiologico»⁴, ossia la crisi della rappresentanza politica. Mi occu-

¹ F. COSTANTINO, *Recensione*, in *Dir. pubbl.*, 2014, n. 3, p. 1121 ss.

² Secondo l’avvertimento di H. ARENDT, *Antologia*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 194. Per essere perfetti, infatti, i *commenti* a un libro, le sue *critiche*, come sono la recensione ed anche la replica, ma lo stesso potrebbe dirsi per il titolo, per l’indice, per i prologhi, per tutte le sue *rappresentazioni*, per tutte le sue *mappe*, dovrebbero contenere tutto il libro, essere quindi un libro del libro, fino alla regressione all’infinito della mappa della mappa di Royce (J. ROYCE, *The world and the individual* (1899), come letto da J. L. BORGES, *Magie parziali del «Don Chisciotte»*, in ID., *Tutte le opere*, Mondadori, Milano, 2001, vol. I, p. 952). Così, però, si finirebbe ossessivamente per *ripetere* il medesimo testo, secondo il paradosso della tensione alla perfezione della mappa (cartografica o testuale) in Borges e, quindi, per scrivere, inutilmente, lo *stesso* libro (J. L. BORGES, *Del rigore nella scienza*, in ID., *Tutte le opere*, cit., vol. I, p. 1253; ID., *Pierre Menard, autore del «Don Chisciotte»*, *ivi*, p. 649 ss.; J. L. BORGES, A. BIOY CASARES, *Cronache di Bustos Domecq*, Einaudi, Torino, 1975, p. 23). Non vi è, infatti, *rappresentazione* migliore di una cosa che la sua immagine, la sua *riproduzione*: nella mappa più perfetta la rappresentazione cartografica dei punti finisce per coincidere con il territorio, così come la descrizione più perfetta del testo originario giunge a coincidere con il testo. Ma per ciò stesso l’operazione sarebbe inutile e destinata, proprio come le mappe che corrispondono al suolo d’Inghilterra o il Don Chisciotte di Menard o la Divina Commedia del critico Formento, di cui scrive Borges, al macero e alla rovina nel deserto di lettori.

³ Senza arrivare alla conclusione strutturalista di Roland Barthes che già nel 1968 decretava *La mort de l’auteur*, l’autore si trasfigura in *funzione* (dell’autore), che perde la propria individualità e intenzionalità nel *discorso*, in M. FOUCAULT, *Che cos’è un autore?*, in *Scritti letterari*, Feltrinelli, Milano, 1971, pp. 1-21. Nel *discorso* costituzionale la scissione tra autore e testo costituzionale è la precondizione della Costituzione *vivente* e, quindi, dello scarto tra questa ed il testo, riscritto nella bella immagine della ‘vita del testo’ da O. CHESSA, *Che cos’è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 1, p. 41 ss. Si potrebbe proseguire dicendo che la separazione strutturalista (e non solo) tra autore e testo nella teoria costituzionale conduce dritto al rigetto delle ragioni dell’originalismo ed alla normatività della *living Constitution*...

⁴ F. COSTANTINO, *cit.*, p. 1128.

Osservatorio sulle fonti

però di questa, per cercare di fare un passo in avanti rispetto al libro scritto e di mostrare come, in verità, il proceduralismo, sebbene diffusamente pensato come sostitutivo delle prestazioni di unità sostanziale (non più) garantite dalla struttura rappresentativa del potere politico, non sia affatto antinomico a una *valorizzazione* della rappresentanza nel diritto pubblico.

Oscillando tra l'inutile rappresentazione perfetta di tutti i punti del testo scritto e la sua riduzione, altrettanto inutile e fastidiosa, a un solo punto, da un lato, cercherò di portare alla luce il rapporto tra processo e rappresentanza politica nella teorica proceduralista. Dall'altro, proseguirò il discorso: la fine di quel libro è, infatti, l'inizio di uno nuovo, già però implicato negli scarti, nel non detto o, addirittura, nell'impensato, nei dislivelli dell'ordine del discorso sul processo. E lo farò partendo proprio da quelle zone d'ombra del testo colte nella recensione, che consentono di concatenare il testo chiuso nel libro recensito a un nuovo testo, di cui la recensione rappresenta provvidenzialmente (per chi scrive) il punto di passaggio.

Alla fine, insomma, la questione messa in gioco dalla critica apre alla scrittura di un *altro* libro.

2. I 'passaggi'

Partiamo dalle relazioni, già scritte, che legano, in senso pluriverso, processo e rappresentanza politica.

Nella premessa del libro si critica il processo come tecnica di immunizzazione del potere: se deve garantire prestazioni autentiche di legittimazione del potere in luogo della rappresentanza politica, il processo non deve divenire una nuova 'liturgia', un rito secolarizzato della contemporaneità. Diversamente, non supplirebbe ai guasti della rappresentanza. Nella recensione si *ri-scrive* che la partecipazione alle decisioni, funzionale alla tutela dei diritti, svolgerebbe «una funzione di immunizzazione del potere»⁵. Invero, il processo, per le aspettative valoriali di cui sono state caricate le teorie proceduraliste (impure), innanzi alle disfunzioni dei 'meccanismi' rappresentativi, non deve essere (anch'esso) una moderna tecnica di immunizzazione del potere. Deve, al contrario, limitare la capacità performativa dell'autorità ed il suo potere di *assoggettamento* dell'individuo trasfigurato in *soggetto*⁶. Ma la 'comunitarizzazione' del potere si dà solo se regge il legame tra processo e tutela dei diritti in funzione di limite al potere (ed all'altro da sé). Altrimenti, se il processo è dominanza della forma, è, al pari di tutte le figure della governamentalità liberale decostruite da Foucault, quali il contratto (ma lo stesso potrebbe dirsi per la rappresentanza), una maschera, appunto, che legittima il potere e costruisce *soggetti*, dissimulando, però, il conflitto e non costituendo alcuna unità politica.

⁵ *Ibidem*, p. 1122.

⁶ Nel senso della critica alla nozione di soggetto di M. FOUCAULT, *The Subject and the Power* (1982), trad. it. *Il soggetto e il potere*, in H. L. DREYFUS, P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Ponte alle Grazie, Firenze 1989, p. 237.

Osservatorio sulle fonti

La terzietà, che manca sia nel procedimento amministrativo che in quello legislativo, appare nella recensione teoricamente ostativa alla processualizzazione di quelle funzioni. In verità, non pare superato l'argomento che la terzietà del giudice è un connotato distintivo non tanto del processo, quanto della giurisdizione, la cui attribuzione allo schema processuale è imputabile a quella sinonimia storica fra processo e attività di giustizia che ha portato a far risplendere il primo per i *principia individuationis* della seconda. E, d'altronde, è la stessa parità dialettica delle parti, immanente a «ogni processo» (art. 111 Cost.), a recare sempre con sé un *quid* di terzietà del soggetto decidente, che nel procedimento amministrativo conosce quella particolare declinazione che è l'imparzialità. E, se anche non si condivide la nota teorica dell'imparzialità amministrativa di Allegretti, difficilmente potrebbe negarsi che l'imparzialità rinvia a una teoria del non *partigiano*, del superamento delle *fazioni*, la cui ipostatizzazione è proprio la terzietà del giudice.

Il problema resta certo irrisolvibile per la deliberazione politica, se si nega il dover essere della politica come imparzialità e si afferma che «senza l'identificazione di una parte responsabile, che evidentemente non può essere imparziale, il sistema democratico non funziona»⁷.

Non si nega, contro il principio di realtà, che la decisione politica sia presa da chi è parte, da chi ne può trarre giovamento. Ma non pare, però, dimostrato né che quella decisione sia migliore, in chiave controfattuale, per il funzionamento del meccanismo rappresentativo in direzione ascendente e per la sanzione della responsabilità in linea discendente, se teleologicamente orientata all'interesse di una parte, di una fazione, piuttosto che della *città*, né che quella parte sia, per il diritto costituzionale positivo, davvero responsabile. L'argomento ha la forza per superare l'obiezione se il predicato dell'imparzialità lo si riferisce non già al *realismo* della decisione politica, ma a una *dottrina* della rappresentanza politica che, contro la sua emarginazione nel pluralismo esplosivo dell'ordinamento costituzionale, legga il testo costituzionale alla luce della genealogia del concetto di rappresentanza/*rappresentazione*. Per questa operazione è forse utile il passaggio linguistico dal femminile al maschile o, meglio, all'impersonale, dalla politica al 'politico'.

Per un verso, la rappresentanza della Nazione senza vincolo di mandato di cui all'art. 67 Cost. e la rappresentanza dell'unità nazionale di cui discorre l'art. 87 Cost. impongono al 'politico' prestazioni di unità. Potrebbe dirsi che gli artt. 67 e 87 sono la risposta che la Costituzione dà alla questione dell'unità politica, che ha ossessionato il costituzionalismo del Novecento. E risponde nel senso che anche gli organi *rappresentativi* devono agire per la società generale, per la città, per l'interesse generale *versus* gli interessi particolari. Prendiamo l'art. 67 Cost.: il Parlamento rappresenta sì l'unità politica, ma nella separazione/indipendenza governanti-governati. Può allora dirsi che il Parlamento rappresenta ed è responsabile dinnanzi al popolo? La questione non cambia ove ci si chieda se la maggioranza che decide sia responsabile dinnanzi al corpo elettorale. La non revocabilità, implicata dall'art. 67, induce a rispondere negativamente. La non

⁷ F. COSTANTINO, *cit.*, p. 1126.

Osservatorio sulle fonti

rielezione, l'unica sanzione possibile da parte degli elettori, con effetto interdittivo della prosecuzione del rapporto politico, non è rimozione del governante. Quindi, il governo parlamentare, come ogni governo rappresentativo, è funzionalmente indipendente dal popolo, più precisamente dal corpo elettorale, ma organicamente dipendente attraverso le elezioni⁸. Sulla rappresentatività dell'art. 87, teoricamente, la compatibilità tra politicità e imparzialità del capo dello Stato vive già nel (la corretta lettura del) *pouvoir neutre* di Constant⁹.

Per l'altro, il nesso rappresentanza, elettiva e non, ed unità, declinata nella forma dell'interesse generale, è proprio ciò che distingue l'idea moderna di rappresentanza rispetto a quella medievale e che la avvicina alla struttura teoretica della *rappresentazione*. Non è questo il luogo per dibattere la relazione nel diritto costituzionale contemporaneo tra la rappresentanza del diritto pubblico e la rappresentazione della teologia politica. Qui è sufficiente registrare che la rappresentanza del tutto e non di una parte, dogmaticamente implicata dall'art. 67 Cost., non è incompatibile con la decisione politica della maggioranza. Significa, però, che la rappresentanza politica si fa rappresentazione: il rappresentante ha (deve avere) la capacità di *valorizzare* l'idea che rappresenta, oltre l'idea. In una, deve essere capace di rispondere a una economia suppletiva, creativa, e non mimetica, implicata dallo scarto tra il visibile e l'invisibile, tra l'assente che deve essere reso presente, presentificato, proprio perché assente e la sua personificazione, sino a porre il dubbio che il *fondamento*, assente, si dà soltanto nel suo essere rappresentato¹⁰. Solo così il rappresentante può decidere per la città. E solo così si spiega la tensione immanente alla rappresentanza politica, la sua aporeticità, talvolta apparsa ideologia e finzione, che deriva, appunto, dalla sua stessa struttura logica, dalla sua trascendenza rispetto al mero rispecchiamento del rappresentato¹¹. Portare alla luce nella rappresentanza/rappresentazione la dialettica tra l'uno ed il molteplice, tra l'unità ed il pluralismo aiuta il diritto costituzionale e la sua eterna (nel senso di primordiale) aspirazione all'unità dell'agire di una pluralità di uomini – e, quindi, alla convivenza – a fondare teoricamente la compatibilità tra la logica (unitaria) della rappresentanza e la logica della differenza/concretezza. In gioco vi è la relazione tra l'astrazione-universalizzazione rappresentativa, cui si connettono i concetti di popolo, unità politica e sovranità, e la

⁸ Così P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1459-60. Invero, l'indipendenza giuridica del Parlamento dal popolo che elegge (quindi, dal corpo elettorale) nel governo rappresentativo, senza mandato imperativo, è argomento tipicamente kelseniano (tra i vari luoghi, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 295 ss.). La critica kelseniana alla «finzione politica», alla ideologia, annidata nella rappresentanza del popolo da parte del Parlamento, i cui membri non possono essere revocati, non aiuta, però, ad elaborare una teoria interpretativa del testo costituzionale, che – anche a voler seguire l'argomento kelseniano – ha accolto quella finzione.

⁹ O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare, Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, 2010, p. 145 ss.

¹⁰ Per tutti, nel dibattito costituzionalistico sulle implicazioni teoriche del nesso tra rappresentanza ed unità politica M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e diritto*, 2014, n. 2, p. 14.

¹¹ Per una ricostruzione genealogica della rappresentanza/rappresentazione, sulla scia della corposa monografia di Hasso Hofmann, vedi G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 151 e p. 174 ss.

Osservatorio sulle fonti

concreta differenziazione sociologica, alla quale si attagliano le idee procedurali e integrative dell'unificazione politica¹². In fondo – e qui sta uno dei ‘passaggi’ – è la stessa ossessione che sta dietro al discorso sul processo (al di fuori della giurisdizione) come strumento di costruzione dell'unità politica che non può più essere presupposta. Al contempo, però, questa è la strada per ripensare le ragioni del costituzionalismo politico contro la crisi del rappresentato ancora prima che del rappresentante¹³ ed a fianco di (se non contro) quelle del costituzionalismo giuridico, che verrebbe privato di una delle armi con cui ha da sempre combattuto il politico¹⁴. L'ideologia della superiorità del giudiziario rispetto al politico poggia, infatti, sulla non faziosità del primo rispetto al secondo. Ma su questo si tornerà più avanti, perché è la vera questione che entra in gioco.

Ancora, anche a non voler accedere a una *dottrina* del processo, la struttura teoretica della rappresentazione è ciò può legare – è un altro ‘passaggio’ – i regolamenti e gli atti amministrativi generali alla deliberazione politica. Nei primi prevale la generalità, se non sempre la normatività e creatività, che attenua la concretezza e particolarità della decisione giurisdizionale e provvedimentale e che allontana dalla logica della *presenza*, dal registro della *immediata dedità* degli interessi che si dà nella giurisdizione e nell'amministrazione provvedimentale¹⁵. Negli atti regolamentari, al registro dell'*identità*, si sovrappone quello della rappresentazione/rappresentanza degli interessi, quello della dialettica tra la politica della presenza e l'idea (generale ed assente) rappresentata, tra l'uno ed il molteplice. Negli atti regolamentari, come in quelli legislativi, quella dialettica segna la distanza rispetto alle funzioni esecutive.

Per contro, proprio l'elemento discrezionale della rappresentanza politica induce a ripensare la relazione tra gli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti e le deliberazioni riconducibili al circuito democratico-rappresentativo e a interrogarsi sul dover-essere della processualizzazione dei primi come fondamento di legittimazione alternativo alla rappresentanza politica. Insistere su ciò che può unire garanzia e indirizzo significa, infatti, attenuare la carica oppositiva e contromaggioritaria dei poteri ascrivibili alla prima rispetto agli organi di indirizzo politico¹⁶. Per converso la giustificazione tecnica, di cui può predicarsi una sincera *méfiance* per la politica e le sue categorie, i valori, e la radicale alterità rispetto a quelle forme di *metanarrazioni* fondative, quale può considerarsi per molti versi la partecipazione ai processi decisionali pubblici (non meno della rappresentanza politica), potrebbe contribuire a separare, differenziare e contrapporre i garanti alla sfera del politico. La legittimazione tecnica non ha bisogno né di consenso né di partecipazione, né tanto meno tende alla stabilità ed alla condivisione. Al contrario proprio la processualizzazione potrebbe tradursi in un fattore di delegittima-

¹² P. ROSANVALLON, *Il Politico. Storia di un concetto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 20.

¹³ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 109 ss.

¹⁴ Si utilizza qui la dicotomia costituzionalismo ‘politico’ e ‘giuridico’ nel *senso di-segnato* da M. GOLDONI, *Cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto&questioni pubbliche*, 2010, n. 10.

¹⁵ Non a caso è un *problema* la ‘rappresentanza’ degli interessi diffusi e collettivi nei processi giurisdizionali e nei procedimenti amministrativi di natura provvedimentale.

¹⁶ S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Ets, Pisa, p. 248 ss. e p. 296 ss.

Osservatorio sulle fonti

zione dell'autorità e performatività del sapere tecnico. Né la processualizzazione dei regolamenti delle Autorità indipendenti può probabilmente valere come surrogato della legittimazione democratico-rappresentativa. Innanzitutto, perché a ciò osta l'assenza della previa legge autorizzatrice dei poteri regolamentari e/o l'assenza di fondamento in Costituzione. In ogni caso, perché tra le fonti di legittimazione del sapere scientifico e del politico vi è incongruenza, incommensurabilità, cosicché non vi è alcun bisogno in quelle fonti di supplire alla crisi della rappresentanza politica.

3. Il punto cieco: dal proceduralismo impuro al valore di legge

Ma è proprio il presupposto comune a questi passaggi intermedi e pluriversi, e cioè la (crisi della) rappresentanza politica, il punto, rimasto in ombra nel libro e colto nella recensione, che ha sollecitato in chi scrive la prosecuzione del discorso *oltre* (se non *contro*) il libro sul processo. Quel punto cieco potrebbe, infatti, rivelarsi sensibile alla luce.

È vero che la crisi della rappresentanza politica, come moderna forma di dissoluzione dello *jus publicum Europaeum*, è data per scontata. La crisi è determinata dal pluralismo, che frantuma l'interesse generale o che fa perdere le tracce della volontà generale. Non c'è più una fonte generale, né un soggetto, un cittadino, che 'elege'. La rappresentanza non funziona più non solo perché non c'è un popolo, ma anche perché gli individui che formano la moltitudine sono attraversati da plurime appartenenze: il consenso per intersezione rischia di avere spazi davvero esigui. Se la rappresentanza può teoricamente essere eccedenza, trasformare la moltitudine in popolo (o Nazione) che così può esistere politicamente, più difficilmente la medesima potrà riempire di contenuto(i) quell'unità politica, perché – nella attuale condizione di pluralismo esplosivo – sarebbe eccedenza del nulla, dunque nulla. La rappresentanza resta un contenitore vuoto e l'esito il nichilismo, come nelle teorie proceduraliste. Con la ulteriore conseguenza che la legge arretra a vantaggio di ciò che non è politico, la giurisdizione, il tecnico o l'economico. Le prestazioni del politico misurate con un altro metro (la verità o la performatività) sono inferiori alle potenze alternative. Il politico è preso, surdeterminato, dal giudiziario, dall'economico, etc.

Ma dare per scontato l'arretramento del politico non significa considerarlo privo di 'valore', da non tenere in 'conto'. Significa che quella perdita di campo, di *terra*, è un *fatto* che nella dottrina costituzionalistica pare incontrovertibile. Dall'osservazione di questo *fatto* non se ne può trarre, però, un giudizio di disvalore sulla rappresentanza politica e sulla legge. Ancora prima della dottrina kelseniana della separazione tra essere e dover essere¹⁷, a consigliarlo è la deduzione logica che funziona tra termini omogenei. Per questo, può anche essere che nelle teorie proceduraliste la crisi della rappresentanza sia solo un «postulato», indimostrato e non risolto, ma, in ogni caso, non un postulato «as-

¹⁷ H. KELSEN, *Una teoria fenomenologica del diritto*, Esi, Napoli, 1990, p. 39; ID., *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 131. La confusione, nella dottrina costituzionalistica, tra essere e dover essere proprio sul tema della rappresentanza è colta da M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, n. 1, p. 25.

Osservatorio sulle fonti

siologico»¹⁸. Se pure è un assunto, esso non ha *valore*. Tanto che la soluzione processuale è un tentativo, di fronte al fatto di quella crisi, di valorizzare la legge come fonte generale costruttrice di unità plurale innanzi alle contro-forze in campo.

Piuttosto, la risoluzione di quel postulato passa attraverso la domanda se alle (scarse) prestazioni del processo nella sfera del politico si possa supplire tornando al meccanismo rappresentativo. E, cioè, se si trova un modo per far ‘funzionare’ il politico con quel meccanismo o bisogna arrendersi: rinunciando al pluralismo o regredendo al pluralismo delle corporazioni.

Vero è, infatti, che la Costituzione si è (già) posta il *problème*, inaggrabile, della legittimazione del politico e lo ha risolto con la struttura rappresentativa del potere (e non già con il processo)¹⁹. La soluzione di quel problema, però, unisce, e non separa, il discorso sul processo e sul proceduralismo debole in ambiente pluralista (l’unico possibile) con quello sulla rappresentanza politica²⁰. Il passaggio dall’uno all’altro è il più immediato punto di ricaduta della rappresentanza politica nel sistema delle fonti, il *valore* di legge²¹ nell’ordinamento costituzionale pluralista e la possibilità che la legge da *forza* diventi *limite*. In questo caso il prodotto della rappresentanza politica apparterebbe allo stesso orizzonte concettuale del processo, quello di limite. In uno, potrebbe ascrivere al *costituzionalismo* e sottrarre la legge alla svalutazione che ha subito per effetto dell’alleanza Costituzione-giurisdizione.

Innanzitutto, i limiti alla diffusione del processo oltre la giurisdizione (o al suo interno, quando, come nella giurisdizione costituzionale, entra in gioco la plurale comunità politica) non sono così dissimili dai limiti della rappresentanza politica: la questione è sempre quella della rappresentazione della pluralità di uomini nella formazione della decisione. La rappresentanza politica soffre le tensioni proprie del passaggio dalla pluralità dei rappresentati all’unità del rappresentante: è divisa tra i registri della identità e della alterità, tra l’uno ed il molteplice. Un po’ come il paradosso delle mappe a grandezza naturale di Borges, che – non a caso – con una trasposizione linguistica dalla *rappresentazione* cartografica dei punti alla rappresentanza politica degli individui immagina l’enigma del «Parlamento Mondiale», che ha tutti gli uomini di tutte le nazioni come deputati, il mondo come luogo e l’intera storia come durata²². Il processo tende alla immediata, concreta, perfetta, *datità* dei partecipanti al discorso, senza però potersi mai liberare – ove applicato alla sfera del politico – dall’esigenza di una qualche astrazione e, dunque, senza liberarsi del tutto dall’aporia che affligge la rappresentanza. Entrambi, quindi, soffrono le ansie e le frustrazioni immanenti alle tensioni disgreganti del plurali-

¹⁸ F. COSTANTINO, *cit.*, p. 1128.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ È significativa la circostanza che chi, come A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 115 ss., attribuisce alla rappresentanza democratica elettiva l’ultima parola sul significato delle disposizioni costituzionali e, soprattutto, sui diritti fondamentali, la cui interpretazione è sempre fonte di disaccordo, muova dalla connessione tra i concetti di valore e procedura e discorra di «valori procedurali» (A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Torino, 1996).

²¹ Per la valorizzazione del nesso tra rappresentanza e legge basti qui L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Istit. Enc. Ital., 1990, p. 1 ss.

²² J. L. BORGES, *Il Parlamento*, in *ID.*, *Tutte le opere*, *cit.*, vol. II, p. 577 ss.

Osservatorio sulle fonti

smo e corrono il rischio della degenerazione neocorporativa²³. Ma in nessuna delle due soluzioni, l'esportazione del processo oltre la giurisdizione o la valorizzazione della rappresentanza politica come fonte di legittimazione del potere, la contro-misura potrà essere la negazione del pluralismo per evitarne gli esiti indesiderati.

In secondo luogo, il proceduralismo impuro e l'idea di procedura sostantiva *à la* Rosenfeld²⁴, che è parsa l'unica soluzione costituzionale possibile, seppure paradossale, per costruire *una* unità politica pluralista, abitua all'idea che il consenso sulle procedure implichi il consenso sui valori: i valori permangono, ma si riferiscono alle procedure e non già agli esiti²⁵. L'etica del valore è antitetica all'etica del risultato (o dello scopo). Restano, quindi, quei temperamenti che sono necessari affinché la procedura garantisca «la sopravvivenza dei valori in gioco»²⁶. Ma, soprattutto, abitua alla connessione tra i concetti di valore e procedura o, detto altrimenti, tra sostanza e forma, perché solo così sono pensabili «valori procedurali». Se così è, però, si accorcia la distanza tra la soluzione processuale e il discorso sulla rappresentanza politica (e il suo prodotto), di cui la Costituzione predica il «valore» (e talvolta la «forza»). La nozione di procedura in condizione pluralista deve contaminarsi con quella di valore, perché solo in questo caso il proceduralismo può vincere le sfide del pluralismo senza assecondare le sue tensioni disgreganti e ridursi a nichilismo. Rovesciando, il valore – per attenuare la propria natura tirannica, aggressiva, che tende ad annichilire il pluralismo ed, al contempo, per non svalutarsi totalmente, pena lo sgretolamento di qualsiasi principio sostanziale – deve assumere natura ancipite, *indeciso* tra forma e sostanza. Del resto, il superamento della recisione tra forma e sostanza del diritto, la duplicità del diritto, è ormai divenuto luogo diffuso²⁷.

Ma, esempio di tale indecisione o decisione indecidibile (nel senso che non deve essere *de-cisa*), oltre alle teorie proceduraliste impure, è proprio il dibattito costituzionalistico sul *valore* di legge tra sostanza e forma ovvero tra legge in senso materiale o legge in senso formale²⁸: la legge *vale* per il suo contenuto *generale*, per la sua capacità rappresentativa dell'idea di popolo o, soprattutto se relativizzata da una Costituzione rigida che, da un lato, le sottrae il «dominio del valore», dall'altro, la reintegra in una posizio-

²³ F. COSTANTINO, *ult. loc. cit.*

²⁴ M. ROSENFELD, *E' realmente possibile la giustizia procedurale pura?*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 138; ID., *Venti domande su giustizia e procedure*, *ivi*, pp. 99-101; ID., *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, Berkley, 1998, trad. it. G. Pino, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 201.

²⁵ Non molto dissimile è la recente proposta teorica di V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2012, sebbene la medesima si autoascriba al proceduralismo 'puro', di cui tenta una ridefinizione.

²⁶ F. COSTANTINO, *ult. loc. cit.*

²⁷ Per tutti G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 15 ss. Nella teoria generale, sul rapporto dialettico tra forma e sostanza per la comprensione globale del diritto M. G. LOSANO, *Introduzione (1975)*, in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino, 2000, p. XXX ss.

²⁸ O forse, sulla scia della critica kelseniana al carattere equivoco della denominazione «legge in senso formale», meglio sarebbe scrivere «“forma di legge” in cui possono figurare, non solo le norme generali, ma anche altri contenuti»: H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 2000, p. 107.

Osservatorio sulle fonti

ne di «indipendenza dal valore»²⁹, per il procedimento (di formazione o di sindacato) ovvero per il *rango*? Il proceduralismo sostantivo o, specularmente, il sostanzialismo procedurale conduce a una teoria interpretativa del valore di legge che supera l'alternatività tra forma e sostanza: se valore di legge si riferisse solo alla forma di adozione (della legge ordinaria), non avrebbe senso l'art. 77, comma 1, Cost., ove il valore è predicato – quale *rappporto di equivalenza* tra decreto e legge³⁰ – di un decreto del governo, sebbene adottato previa delegazione delle Camere e salvo poi trasfigurare il valore del decreto in *forza* (forma?) nell'art. 134. Si è consapevoli di tutti i limiti di queste poche battute: implicano la questione, la cui sola evocazione spaventa, delle teorie della validità, formale, materiale e assiologica e, più in generale, del rapporto tra valore e validità e delle diverse soluzioni offerte dal normativismo, dal decisionismo, dal realismo, etc. Ma paiono sufficienti per instillare il dubbio che l'idea di procedura sostantiva, ove la forma della decisione non si oppone alla sostanza, sia performativa del valore di legge anche se la processualizzazione del procedimento di formazione della deliberazione politica incontra limiti teorici e dogmatici che ne pongono in discussione la desiderabilità.

4. La soluzione: la rappresentazione come forza attiva

Restano, però, obiezioni micidiali al passaggio dal proceduralismo, seppure impuro, al sostanzialismo della rappresentanza politica e della legge che *vale*: al primo sono connaturate le idee di difesa o promozione del pluralismo, di limite al potere e di tutela (giurisdizionale) dei diritti fondamentali; al secondo quelle di fondazionalismo, di potere e di decisione a maggioranza che non pone i diritti al riparo dalla sovranità popolare.

Si potrebbero aggirare le obiezioni notando come nei contesti pluralistici i valori sostanziali sono naturalmente indeterminati e controversi, cosicché qualunque sostanzialismo si traduce in un proceduralismo sotto mentite spoglie. Oppure potrebbe ricorrersi al paradosso del relativismo che affligge tutte le teorie antifondazionaliste, a cui sono ascrivibili le teorie proceduraliste. Se è impossibile e insieme inevitabile 'relativizzare il relativismo', cosicché la stessa idea di relativismo si autoconfuta, allo stesso modo, il proceduralismo che predica la pluralità delle verità e l'assenza di *una* verità sostantiva preassume l'unità e la verità del proprio asserto e con ciò si autoconfuta.

Ma il passaggio dal discorso sul processo a un nuovo discorso sul valore di legge, senza sacrificare il pluralismo e l'idea di limite, è possibile senza ricorrere al paradosso.

Se la virtù del processo applicato alla sfera pubblica è quella di costruire, all'esito del discorso, *una* unità, che nell'ordinamento pluralista non può essere data, presupposta, e il suo limite la generalità e astrazione del sostrato materiale su cui tale unità poggia, tanto da indurre a ritenere inutili le teorie proceduraliste quali teorie per una Costituzione,

²⁹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tip. Veneziana, Roma, 1984, p. 124.

³⁰ Tutta da *scrivere* è la genealogia del valore come rapporto di equivalenze dall'economia al politico, passando per la semiologia di Barthes e Saussure. Lo studio della semiologia e della linguistica, sia che si consideri la prima come una parte della seconda o viceversa, è, infatti, uno studio di diritto e per il diritto: il diritto è sempre linguaggio e il linguaggio ha sempre un che di obbligante, di normativo, di giuridico.

Osservatorio sulle fonti

la domanda di *passaggio* è se tale virtù possa predicarsi della rappresentanza *scritta* nel documento costituzionale, senza, però, precipitare nell'abisso del particolarismo della rappresentanza antica o nella incapacità di costruire il popolo come unità sostantiva, pena la medesima astrazione (e alla fine inutilità) che affligge le teorie proceduraliste.

Dinnanzi al popolo «introvabile»³¹, alla società di individui 'dispersi' nelle democrazie pluraliste contemporanee, il rapporto tra il momento empirico-immanente della rappresentanza e l'idea trascendente non funziona, non identifica, senza cadere nella disgregazione pluralistica, ove si continui a guardare alla rappresentanza politica come rispecchiamento, riproduzione, copia o, persino, imitazione del sociale, come a una forza 'reattiva'. Quel rapporto può, però, tornare a funzionare – e tentare di rispondere alle prestazioni sostantive di unità plurale non soddisfatte dalla forma del processo – ove ad essa si guardi come a una forza di qualità 'attiva', affermativa e non negativa, forza che combina e non che dissolve. Quella forza deve *formieren* la persona sociale, essere da contrappeso alla autonomia del sociale dal politico e, quindi, produrre e costruire la forma dell'unità politica di un popolo che non c'è, non è dato se non come presupposizione che attende di essere trasformato in soggetto reale³². In una, costruire l'*identità*. Da questo punto di vista, potrebbe dirsi che il divieto di mandato imperativo mette a profitto l'aporia costitutiva del governo rappresentativo, in tensione permanente tra i registri dell'istituente e dell'istituito, dell'identificazione e della distinzione, del pluralismo, il 'sociale', e dell'unità del 'politico', della volontà individuale e della volontà generale, della differenza e della ripetizione. Rappresentante è allora una parola che «nel linguaggio costituzionale ha senso solo al plurale»³³. Contro la 'poetica' dell'Uno. In fondo è la medesima dialettica che vive nella forma plurale del processo, il cui epilogo è, però, sempre l'uno, la *de-cisione*.

L'operazione dogmatica si sostiene teoricamente ricorrendo alla linea Hobbes-Schmitt-Leibholz³⁴: la rappresentanza/rappresentazione, nella struttura teoretica, è rimando ad altro, non è solo stare al posto di qualcun altro, è costitutiva dell'unità del popolo, della sua esistenza politica e, quindi, della nazione o di tutte le idee rappresentate. Il rappresentante non è prodotto del consenso dei molti, ma viene a esistere in occasione del consenso, per cui il potere ha un *plus-valore*, nel senso che è un 'di più' rispetto al consenso dei 'molti' (*plus* comparativo di *multus*). È un accrescimento o un eccesso dell'origine. Affinché possa darsi rappresentazione attiva, la persona giuridica, nel cui *dispositivo* sono immanenti la dualità che tende all'unità attraverso il dominio di una parte sull'altra, la binarietà tra unità e separazione, tra identità e pluralità, nonché lo

³¹ Di cui discorre P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Il Mulino, Bologna, 2005.

³² *Ibidem*, p. 337 ss.

³³ P. L. ROEDERER, *Abus d'un mot à l'aide duquel on a fait d'horribles choses*, in *Journal de Paris*, 15 gennaio 1797, riprodotto in *Euvres du comte Pierre Louis Roederer*, t. VI, Paris, 1857, p. 231. Declina tale pluralità nella pluralità dei poteri rappresentativi nella Costituzione italiana O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., p. 169.

³⁴ In queste poche, incomplete ed approssimative, battute non può che rinviarsi ai lavori sistematici di G. DUSO, *La rappresentanza politica*, cit., e G. A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Guida, Napoli, 1999, p. 490 ss.

Osservatorio sulle fonti

scarto tra sovranità e rappresentanza³⁵, perché rende presente l'idea (quella sì sovrana) assente³⁶, deve essere capace di rappresentare ed il rappresentato, per suo conto, deve essere capace di progredire nell'*esistenza pubblica, politica*, deve avere «valore»³⁷. In questa lettura della teologia politica schmittiana, così come l'unità non esige l'astrazione, così la rappresentanza non è incompatibile con la logica della differenza e della possibilità, perché esclude la presenza immediata nella sua datità. Potrebbe dirsi che è bene che la rappresentanza politica, in *esistenziale* tensione tra identità e differenza, sia aporetica, perché esclude, da un lato, un potere totalmente sovrapposto alla società, guidato da una profonda logica dell'identificazione, dell'incarnazione e dell'immedesimazione, dall'altro, una appropriazione indebita di sovranità da parte di una frazione del popolo³⁸.

Da qui potrebbe tentarsi una teoria normativa delle disposizioni costituzionali attraverso cui 'tutto si tiene'. La rappresentanza politica della nazione, con divieto di mandato imperativo, dell'art. 67 non annulla la sovranità del popolo dell'art. 1, ma deve avere la capacità di rendere visibile l'idea, che può vivere solo come eccedenza rispetto al rappresentato, il quale, a propria volta, deve avere la capacità di progredire nella propria esistenza politica. I partiti politici dell'art. 49 sono lo strumento costituzionale attraverso cui i rappresentati-individui diventano cittadini e ricompongono la dispersione pluralistica delle loro molteplici appartenenze sociali ed i rappresentanti (ri)acquisiscono la capacità di rappresentare. Il rappresentante dell'art. 87 concorre a costruire l'unità nazionale che non gli preesiste³⁹; quell'unità, poi, non esclude la relazione tra rappresentanza e differenze; a seguire, la recisione del legame teorico tra rappresentanza e logica dell'uniformità impone di rivalutare la rappresentatività delle assemblee territoriali⁴⁰ e

³⁵ Il nesso tra la rappresentanza ed il *dispositivo* binario della persona giuridica, in cui il corpo politico non è mai interamente sovrapponibile a quello del sovrano, è indagato da R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2014, p. 16 ss. e p. 105 ss.; ID., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, p. 7 ss., p. 41 ss. e p. 109 ss.

³⁶ Questo scarto tra sovranità e rappresentanza dal discorso filosofico è penetrato nel discorso costituzionalistico, ma con un rovesciamento: è la diffusività della inesauribile sovranità popolare (l'idea che deve essere rappresentata) che eccede le forme della rappresentanza politica e spezza il legame di identità Parlamento-sovrano popolare. La mente corre alla sentenza della Corte costituzionale n. 106 del 2002, nota come la decisione sui 'Parlamenti regionali', che ha escluso che «le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi» «si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

³⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 277.

³⁸ Stigmatizza tali polarizzazioni P. ROSANVALLON, *Il politico*, cit., p. 35.

³⁹ Per una rappresentanza/rappresentazione attiva del capo dello Stato vedi O. CHESSA, *op. ult. cit.*, pp. 46-7, spec. nota 7 e p. 166. *Contra* discorre di rappresentanza magistratuale G. SCACCIA, *Espansione di ruolo del Presidente della Repubblica e funzione di rappresentanza dell'unità nazionale*, in *Lo Stato*, 2014, n. 3, pp. 109 e 113.

⁴⁰ Anche la conciliabilità teorica tra rappresentanza/rappresentazione e differenza ha già avuto ricadute dogmatiche. Una per tutte la diffusività della rappresentanza nella Repubblica e, quindi, la rappresentatività delle autonomie territoriali ammessa dalla decisione della Corte costituzionale n. 106 del 2002, con la sola eccezione della declinazione della rappresentanza politica nazionale, limitata al luogo del 'Parlamento'. Ma nel dibattito costituzionalistico per un ri-orientamento in senso pluralistico anche della rappresentanza politica nazionale, che supera «la tradizionale inconciliabilità tra nome predicativo della rappresentanza nazionale ed elementi di rappresentanza territoriale», A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 250 ss. e spec. p. 261, cui si riferisce il virgolettato.

così via.

A questa lettura del testo costituzionale si oppongono le difficoltà teoriche di riorientare in ambiente pluralista la dottrina (hobbesiana e poi) schmittiana della rappresentanza/rappresentazione⁴¹.

Ma l'argomento schmittiano è utile per chiarire la relazione tra processo e rappresentanza per due ragioni.

La prima ragione è che dalla singolarità aporetica della rappresentazione, sorretta dai registri della presenza/assenza, del visibile/invisibile, del finito/infinito, deriva che il potere politico rappresentativo si fonda sulla distinzione tra una parte e l'altra, nel tentativo – che mai si completa – di colmare quello scarto, di unificare⁴². Ma quello scarto, quel differenziale, è incolmabile proprio perché, senza quella scissione, quella binarietà, non si dà rappresentanza, che rinvia alla logica del segno, della trascendenza della persona *versus* l'immanenza del corpo. Similmente, il processo, che si da solo se vi sono due o più parti, è una continua corsa a ostacoli per *decidere* superando le parti e giungere all'Uno. Ma anche quello, come il trarre dall'assenza la forma della presenza nella rappresentazione, è dominato dalla tensione tra l'infinito e la frattura della decisione. Borges, a proposito delle ossessioni che reggono l'opera di Kafka, scrive che domina il motivo della proroga infinita: «Il *pathos* di quei romanzi «incompleti» nasce precisamente dal numero infinito di ostacoli che fermano e tornano a fermare i loro identici eroi. Kafka non li completò perché era fondamentale che fossero interminabili [...] Franz Kafka non ha alcun motivo di enumerare tutte le vicissitudini. Ci basti capire che esse sono infinite come l'Inferno»⁴³. E proprio *Il Processo*, che definisce «un processo senza fine»⁴⁴, dominato dalla «dilazione» e dal «rinvio»⁴⁵, in un romanzo incompleto, sono l'emblema della «cattiva infinità» delle storie di Kafka⁴⁶, della «cattiva infinità di un arabesco»⁴⁷.

⁴¹ Sebbene nell'opera di Schmitt vi siano almeno due soluzioni al problema dell'unità politica: la prima sembra delineare l'unità politica non quale presupposto, ma quale prodotto della decisione sovrana, che 'miracolosamente' le imprime forma (*Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità e I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 39-40 e pp. 260); la seconda, contaminata dal pensiero fondato sull'ordinamento concreto, prefigura l'unità politica del popolo, la sua esistenza politica, come preesistente alla decisione fondamentale, che segue e non crea la normalità (*Dottrina della Costituzione*, cit., p. 168 ss.). E' la prima declinazione dell'unità politica che può essere recuperata nell'ordinamento costituzionale pluralista: può, infatti, sorreggere la costruzione di una rappresentanza che mette *en form* una unità politica che nella democrazia, ideologicamente e territorialmente, pluralista non può che essere una unità politica da raggiungere e non un baluardo precostituito da difendere. La Costituzione è la forma pluralistica della convivenza civile e politica degli individui. Solo il monismo assiologico può riflettere l'elemento identitario di un popolo autenticamente unito. Il pluralismo, invece, se preso sul serio, mal si concilia con l'idea che l'ordinamento presupponga un fine politico unitario ed ordinante. Il pluralismo non muove dall'unità, ma tende all'unità attraverso l'agire strategico dei soggetti che animano il tessuto pluralistico.

⁴² Forse la presa d'atto dell'aporia della rappresentanza politica aiuta ad accettarne la componente aristocratica, su cui vedi C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 156.

⁴³ J. L. BORGES, *Franz Kafka: La metamorfosi*, in ID., *Tutte le opere*, cit., vol. II, p. 858.

⁴⁴ W. BENJAMIN, *Franz Kafka. Per il decimo anniversario della sua morte*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 2014, p. 278.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 293.

⁴⁶ R. SOLMI, *Introduzione* in W. BENJAMIN, *Angelus Novus*, cit., p. XXI.

⁴⁷ W. BENJAMIN, *Di alcuni motivi in Baudelaire*, in ID., *Angelus Novus*, cit., p. 122.

Osservatorio sulle fonti

La seconda ragione è che quella linea teorica che parte da Hobbes, e che genera repulsione nella coscienza democratica contemporanea, non si ferma all'orizzonte elitista, *capacitaire*, della rappresentanza/rappresentazione della teologia politica, aristocraticamente sciolta, come principio della forma politica (in contrapposizione al principio di identità), dalla democrazia.

Arriva all'«arcano della rappresentazione» nella critica al paradigma teologico-politico di Nancy⁴⁸. Nella sua teoria dell'immagine (della violenza e violenza delle immagini), costruita sulla filosofia di Bergson, la rappresentazione, proprio come nel teologico-politico che Nancy critica ma non *inverte*, non va pensata soltanto come un regime operativo e tecnico⁴⁹: «la rappresentazione non è un simulacro: non è la sostituzione della cosa originale – in verità non si riferisce a una *cosa*: è la presentazione di ciò che non si riduce a una presenza data e compiuta (o data come compiuta), oppure è la messa in presenza di una realtà (o di una forma) intellegibile attraverso la mediazione formale di una realtà sensibile»⁵⁰. Non è ripetizione della cosa assente, perché è nella presenza che la cosa assente viene ad assomigliarsi, ad essere sé stessa, ma per assomigliarsi essa si assembla: Nancy sottolinea la radice comune (*simul*) tra *ressembler* (rassomigliare) e *rassembler* (assemblare, riunire...)⁵¹. Sulla scia del discorso aperto da Nancy, potrebbe dirsi che è l'*assemblea* parlamentare il luogo della messa in presenza della cosa, o meglio dell'idea, assente da rappresentare politicamente: ma quell'idea, che nel testo costituzionale è la nazione, l'unità nazionale e, indirettamente, il popolo, è «l'assenza che costituisce il tratto fondamentale della presenza rappresentata»⁵². Anche laddove registra la fine del «teologico-politico, cioè di quel paradigma che identifica, raffigura, rappresenta l'essere-insieme nella forma dell'Uno. O, in altre parole, che presuppone una soggettività imperativa alla relazione tra gli uomini secondo le modalità tipiche della tradizione ontoteologica»⁵³, il punto non è tanto la critica alla rappresentazione (anzi è il divieto di rappresentazione che presuppone il paradigma – teologico-politico – *sacrificale*), quanto piuttosto ricostruire la politica oltre e contro la sua 'unitotalità' perché ciò che la politica non può più essere è «luogo di messa-in-forma o di messa-in-presenza dell'incommensurabilità o di una qualsiasi altra unità d'origine e di fine»⁵⁴. Ma questo non è né più né meno che il problema costituzionalistico della costruzione di una comunità politica nel pluralismo che non pre-suppone una unità e non ne pre-conosce l'esito.

Tutto ciò per dire che la rappresentanza/rappresentazione come costruttrice di identità non preesistente vive anche fuori dall'orizzonte monistico-aristocratico schmittiano.

La conclusione è la sostenibilità teorica di un rapporto di prossimità 'divergente' tra teoria del processo e questione della rappresentanza politica come soluzioni *contro-*

⁴⁸ La discussione sulla fine del teologico-politico, che qui non può che essere maldestramente sfiorata, attraversa Benjamin, Derrida, Deleuze, fino a Nancy.

⁴⁹ J.-L. NANCY, *Tre saggi sull'immagine*, Cronopio, Napoli, 2011, p. 66, cui si riferisce il virgolettato che precede e segue.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 63 ss.

⁵¹ *Ibidem*, p. 24, nota 15.

⁵² *Ibidem*, p. 68.

⁵³ R. ESPOSITO, *Introduzione a J.-L. NANCY, Essere singolare plurale*, Einaudi, Torino, 2001, p. XV.

⁵⁴ *Ibidem*, p. XVIII.

Osservatorio sulle fonti

fattuali del pluralismo. Questo, al contempo, conferma l'idea che tra forma e sostanza non vi è recisione e che proprio perché indistinte, confuse, entrambe si orientano (d)alle ragioni del pluralismo.

5. *L'antifondazionalismo della rappresentanza/rappresentazione politica nella Costituzione pluralista*

Più limitatamente, per completare il passaggio dal proceduralismo, impuro, al sostanzialismo della rappresentanza politica, occorre, infine, verificare, se il prodotto della rappresentanza, la legge, sia, al pari del processo, antinomico al fondazionalismo del valore declinato al singolare e coerente con l'idea di limite del potere.

Tutto ruota attorno al «valore» che la Costituzione attribuisce alla legge ed alla sua ascrivibilità o meno al relativismo delle teorie antifondazionaliste.

Tra la rappresentanza/rappresentazione (politica) ed il valore (di legge) il nesso è non solo dogmatico, ma iscritto nella struttura teoretica della rappresentazione: ancora Nancy «la rappresentazione non presenta mai qualcosa senza esporne il *valore* o il senso minimo – se non altro il *valore* o il senso minimo dell'essere-là, davanti a un soggetto [...] la rappresentazione [...] presenta ciò che è assente dalla presenza pura e semplice, il suo essere in quanto tale, il suo essere o la sua verità»⁵⁵. Nella rappresentazione, anche in quella politica, è in questione il rapporto con un'assenza e con «un *absenso* di cui ogni presenza si sostiene»⁵⁶.

La domanda di diritto costituzionale è quale è il *valore* – è qui fuori gioco la *forza* di legge, che non richiede la ricerca di un *sensu* – che la legge può assumere per assicurare quelle prestazioni che garantiva nel costituzionalismo liberale. Il contenuto della primarietà è stato pensato, costruito, sulla rappresentanza, il valore come primarietà della fonte. Quel valore di legge sopravvive nello Stato costituzionale? Solo se si ritrova il suo valore e si costruisce una teoria normativa del valore di legge può andarsi oltre il fatto della sua crisi e della sua 'svalutazione'⁵⁷.

La relazione di equivalenza, misura del valore, è nella democrazia costituzionale pluralista rimasta priva di contenuto perché non si rappresenta più l'unità omogenea presupposta. Anzi se vi fosse omogeneità vi sarebbe l'immediata datità, l'identità, e non il principio di rappresentanza.

In un discorso che qui può solo essere avviato, il valore è la capacità della legge, attingendo alla logica dell'eccedenza, della trascendenza, della rappresentazione, di costruire una unità politica che bilancia i diritti ed i principi in attuazione della Costituzione ed abbandona il paradigma *sacrificale* degli uni o degli altri delle società omogenee e in cui la comunità politica si riconosce sotto l'egida della ragionevolezza e sotto il controllo del giudice costituzionale, che giudica la legge. Non lo può fare il regolamento e non lo può fare la Costituzione (che li contiene tutti). Nel movimento di rendere presen-

⁵⁵ J.-L. NANCY, *Tre saggi sull'immagine*, cit., p. 68. Il corsivo è nostro.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁷ Questo l'interrogativo che muove le sconsolate, ma non arrendevoli, considerazioni di P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2010, n. 1.

Osservatorio sulle fonti

te l'invisibile la legge costituisce, crea, l'assente: il politico non riproduce l'esistente, l'immanente, l'*oikonomico*. La legge *vale* proprio perché non può ridursi ad amministrazione o a polizia⁵⁸. E la deliberazione legislativa può avere un valore, può valere, può essere volontà solo se la rappresentanza politica non ha mandato imperativo, perché in tal caso non potrebbe volere, non potrebbe deliberare, ma solo scoprire, conoscere.

Ricorrere all'economia suppletiva e non mimetica della rappresentazione significa, però, che la rappresentanza politica incorpora un plusvalore dei rappresentanti rispetto ai rappresentati, perché i primi esercitano più potere di quello che la logica democratica del rapporto tra governanti e governati giustificherebbe. La questione democratica si ridimensiona in virtù dell'idea di sovranità limitata accolta all'art. 1, comma 2, Cost.: nella rappresentanza libera della democrazia costituzionale vi è una legge che limita la volontà del popolo, perché non ne è (e non ne può essere) copia⁵⁹. Il potere rappresentativo, proprio perché rappresenta il bene comune (che assume molti nomi nella Costituzione), è un potere che frena, è un potere 'catecontico'⁶⁰: ritarda, contiene, ma per ciò stesso comprende in sé, la presenza immediata, immanente, dell'idea, e, al contempo, alimenta di continuo, nella rappresentazione, l'idea assente, che trascende dalla presenza pura e semplice. A cascata, ne deriva che la giustizia costituzionale è parte (e non già *contro*-parte) della questione della rappresentanza. La matrice logica della declinazione della rappresentanza libera non è dissimile dall'idea del potere limitato sottesa alla pensabilità stessa del controllo di costituzionalità, che è tutt'uno con la rinuncia all'unicità del centro di irradiazione del potere politico ed alla diffusività immediata ed esclusiva della sovranità popolare⁶¹. L'esito non è lontano dalle implicazioni dell'esportazione del processo alla deliberazione politica ed alla giurisdizione costituzionale.

Ma questo non è ancora sufficiente per sottrarre la legge, al pari della forma-sostanza processo, al fondazionalismo dei valori. Si deve escludere che nella democrazia costituzionale il valore della legge sia dello stesso tipo delle filosofie dei *valori*, sia, cioè, un punto di attacco, una volontà di potenza e di dominio, con una naturale propensione tirannica⁶². È il discorso sulla sovranità: se la legge ha valore perché promana dal sovrano, chiunque esso sia, non ha valore ma *forza*, perché è, perché esiste come forza origi-

⁵⁸ A questa conclusione conduce anche la teoria della rappresentazione elaborata da M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013, p. 38, da cui potrebbe partirsi per costruire una *dottrina* del valore di legge che ridetermini il rapporto tra il politico e l'economico e risvegli i poteri catecontici, giunti al loro tramonto nell'Età delle leggi dell'economia, l'età di Epimeteo.

⁵⁹ In ogni caso, sul carattere mitizzante della nozione di sovranità popolare vedi O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, n. 3, p. 851 ss. e spec. p. 919 ss.

⁶⁰ Nel senso della teologia politica di M. CACCIARI, *op. cit.*, spec. p. 118 ss., che lega, significativamente, la fine del *katéchon* paolino, dell'età di Prometeo, alla perdita da parte degli ordinamenti catecontici della capacità di rappresentare il bene comune trascendendo la somma degli interessi particolari.

⁶¹ È questa l'obiezione che i costituzionalisti 'giuridici' muovono ai costituzionalisti 'politici'. Ogni democrazia che funzioni mediante il principio rappresentativo annulla gli argomenti contro il controllo di costituzionalità: M. KUMM, *Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, n. 2, p. 1 ss.

⁶² Il riferimento è, come ovvio, alla critica della filosofia dei valori del 'secondo' C. SCHMITT della *Tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2013.

Osservatorio sulle fonti

naria la cui potenza e volontà sono irresistibili.

L'operazione riesce con uno spostamento. Il (neo)costituzionalismo predica la sovranità della Costituzione (e non della legge)⁶³: la Costituzione contiene valori⁶⁴, la cui specifica forma di esistenza è la validità che reclama la posizione-imposizione⁶⁵ e la cui superiorità, superlegalità, richiede la autoattuazione diretta. La critica schmittiana – che si prende a prestito – individua nella logica dell'annientamento la caratteristica specifica della richiesta dei valori di essere continuamente attualizzati: la loro è «una aggressività immanente», in quanto ogni valore è (valido) in forza di un'ottica prospettica, di un particolare punto d'osservazione o di vista già posto, che diviene propriamente un «punto di attacco»⁶⁶.

Se la Costituzione contiene valori (validi), alla legge può guardarsi come freno alla loro aggressività, alla loro struttura «tético-ponente»⁶⁷. È la legge che, attingendo al meccanismo rappresentativo, bilancia, media, con «regole misurabili»⁶⁸, i valori costituzionali. La legge frena l'attuazione diretta da parte dei giudici dei valori giuridicizzati nella legge costituzionale.

È una proposta contro-corrente rispetto alle ragioni del 'neocostituzionalismo' o, per lo meno, della diretta attuazione costituzionale e della fine della scissione tra ordine legale ed ordine costituzionale⁶⁹, di cui non si sottovaluta la ridda di critiche che di certo attira. Prima fra tutte la non assimilabilità tra *valori* e *principi* nello Stato costituzionale pluralista ed il ridimensionamento delle ragioni del non cognitivismo etico dinnanzi ai secondi⁷⁰.

Ma è una proposta che pare meritevole di essere indagata perché, per una eterogenesi dei fini, potrebbe svelarsi intimamente *costituzionale*. La logica del valore, anche di

⁶³ Sulla «sovranità della Costituzione» cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 352 ss.; M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 5 ss. Sulla pervasività della Costituzione come norma nel 'neocostituzionalismo', di cui si critica – per quanto qui interessa – la possibile conversione in una *strategia* di potere, cfr. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001 ed il dibattito (e metadibattito) ospitato sulla rivista *Diritto&questioni pubbliche*, 2003, n. 3.

⁶⁴ Qui può solo accennarsi all'acceso dibattito sulla Costituzione come tavola di valori (moral) che ha opposto il cognitivismo etico di Baldassarre alla distinzione tra diritto e morale di Guastini sulle pagine della rivista *Giurisprudenza costituzionale*.

⁶⁵ C. SCHMITT, *Tirannia dei valori*, cit., pp. 52-3. Ma, per una singolare convergenza, una relazione tra validità e valore vi è anche in Kelsen. È noto che ne *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1975, pp. 87-90, le *Rechts-Normen* (le norme giuridiche), prodotte dall'autorità giuridica, sono valide oppure no. In *Causalità e imputazione, Causalità ed imputabilità*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 209, se «la proposizione, il cui scopo è di indicare che il comportamento è o non è conforme alla norma presupposta, è un giudizio di *valore*», allora «la norma presupposta costituisce il *valore*» (il corsivo è nostro).

⁶⁶ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, pp. 53, 55-7.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁶⁹ Per la difficile delimitazione delle tesi ascrivibili al 'neocostituzionalismo' (e quindi delle tesi che al medesimo si oppongono), si rinvia, oltre che al dibattito segnalato alla nota 63, a G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 965 ss.

⁷⁰ Su cui, di recente, vedi C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, n. 1, p. 35 ss.

Osservatorio sulle fonti

quello costituzionale – per quanto ‘laicizzato’ dalla natura dell’atto che lo *pone*⁷¹ –, divora quello che è privo di valore (il non-valore) e, dunque, nega la logica del limite. La mediazione della legge può, all’opposto, essere ciò che trattiene il conflitto: proprio come la rappresentazione, nella teologia politica, risponde a una logica ‘catecontica’⁷², così la legge frena l’attacco dei valori costituzionali e del primato della giurisdizione (costituzionale e, in forza della *diffusione* del controllo di costituzionalità, comune) come attuazione diretta dei valori. Vi è un rovesciamento: il valore di legge può rispondere a una logica altra, può capovolgersi nel concetto, opposto, di limite⁷³ alla attuazione aggressiva dei valori immanenti alla Costituzione. In una, il valore della legge si converte nella libertà dai valori (*Wert-Freiheit*), che non significa affatto nichilismo⁷⁴, ma controvertibilità generale dei valori.

Qui siamo andati oltre (se non contro) Schmitt, che non risparmiava dalla critica neppure il pluralismo dei valori, che per il giurista renano implicava relatività, svalutazione, isostenia e, quindi, anarchia.

Il costituzionalismo politico potrebbe, però, così (ri)trovare ragioni innanzi al costituzionalismo giuridico. Il che non significa scegliere tra l’uno e l’altro. Innanzitutto, di tale dicotomia, seppure convenzionalmente usata, è incerta la solidità teorica: il primo, in fondo, è una dottrina politica del costituzionalismo giuridico che ha prodotto la legge, ma anche la Costituzione-legge dopo il tornante rivoluzionario⁷⁵. Ma, soprattutto, la scelta non ha senso dal punto di vista dogmatico: lo studioso di diritto positivo si deve misurare con la Costituzione come norma giuridica suprema dell’ordinamento positivo e parametro di validità delle leggi, che esclude, alla radice, una teoria interpretativa dell’ordinamento vigente che muova dagli esiti neoparlamentaristici del costituzionalismo politico.

Resta, però, che se prima il problema era solo la sovranità illimitata della legge (e del parlamento) e l’esigenza ‘frenante’ era quella della sua limitazione⁷⁶, il dilemma che af-

⁷¹ Nel senso che i valori costituzionali assumono rilevanza nel mondo del diritto per effetto di un atto che, comunque, ha «i caratteri della *posizione giuridica*» (enfasi dell’autore): A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. e soc.*, 2002, p. 79.

⁷² Sulla rappresentanza-rappresentazione come logica ‘catecontica’, ma della identità-conservazione-finitudine, cui si opporrebbe, all’interno della dimensione del teologico-politico, la differente logica ‘catecontica’ della stasiologia, come pensiero escatologico dell’apertura, del frammezzo, della possibilità dell’alterità, vedi T. GAZZOLO, *Rappresentazione e stasiologia. Due logiche catecontiche*, in Aa. Vv., *Il Potere che frena. Saggi di teologia politica in dialogo con Massimo Cacciari*, Aracne, Roma, 2015, p. 30 ss. Ma ciò non esclude che la legge possa *valere* perché partecipa di questa diversa logica catecontica: l’idea da indagare in tal caso sarebbe la legge come *stasis* tra valori.

⁷³ Seppure da altra prospettiva, l’evoluzione del principio di legalità come limite all’esercizio del potere è delineata in M. FIORAVANTI, *Principio di legalità e Stato di diritto*, in *Associazione studi e ricerche parlamentari. Quaderno n. 5*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 26 ss.

⁷⁴ Perché, come notava F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, in appendice alla *Tirannia dei valori*, cit., p. 98, attingendo alla decostruzione heideggeriana, proprio il pensare per valori è l’occultamento definitivo dell’essere e, quindi, è il compimento del nichilismo della metafisica occidentale, in cui dell’essere non ne è più nulla.

⁷⁵ Per questo spunto, tutto da approfondire, si è debitori delle osservazioni del Prof. Pietro Pinna, che ha letto il lavoro in corso di stesura.

⁷⁶ L’opposizione era tra onnipotenza parlamentare e costituzionalismo: per tutti, M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 2004.

Osservatorio sulle fonti

fligge lo Stato costituzionale, affinché non si trasformi in Stato di giustizia, è *chi* debba avere l'«ultima parola» sul significato delle disposizioni costituzionali⁷⁷: quel potere di «dire» l'ultima parola si è tradotto nell'illimitatezza (e per alcuni versi aggressività, perché appunto senza poteri che la frenano) dell'attuazione/creazione giurisdizionale della Costituzione, che, quindi, paradossalmente, corre il rischio di rovesciarsi nel suo contrario. La sovranità della Costituzione è, da questo punto di vista, un non-senso per il costituzionalismo moderno, perché negazione dell'idea del limite. Il *valore* della legge può, invece, attenuare, se non risolvere, quel dilemma costituzionale. E ciò non tanto nel senso più ovvio di contro-forza rispetto alla giurisdizione (costituzionale). Quanto perché il punto di vista della legge e della rappresentanza politica, posto di fronte alla giurisdizione (anche costituzionale), potrebbe non porre alcun dilemma. Potrebbe svuotare di senso quella domanda perché legislazione e giurisdizione sono grandezze incommensurabili, non misurabili con le stesse unità di misura⁷⁸ e tra le quali non si può e non si deve scegliere: entrambe attuano/applicano la Costituzione; ma la legge, che vale perché è rappresentazione, eccedenza, non sacrifica una parte; la giurisdizione sacrifica una parte, da torto o ragione. La validità della Costituzione non si risolve né nel circuito della garanzia dei diritti, racchiuso nel binomio Corte costituzionale-giudici, né nel circuito dell'indirizzo delle forze politiche.

Piuttosto, la teoria interpretativa del valore di legge che attinge al meccanismo rappresentativo pone una questione teorica. La Costituzione è (anche) la legge *scritta*: è punto controverso della teoria costituzionale se la Costituzione si risolva nel testo (documento) costituzionale e se coincida con tutto il testo, ma non è controverso che, pur ponendosi le distinzioni, la Costituzione sia anche (se non esclusivamente) quella deliberata, scritta. Se è deliberazione/legge costituzionale, posta come norma superiore e *valida*, pure essa ha un valore (e non solo una forza), che non può essere auto-riferito dal testo costituzionale a sé, ma che non può non essere necessariamente presupposto se essa è, appunto, effettiva e *valida*. Interrogarsi sul valore della Costituzione in questo senso non è molto diverso dal dire che «la sua capacità di imporsi al legislatore e ai giudici, di essere regola superiore, inderogabile, direttamente applicabile» non è scritta nel testo, ma è tutt'uno con la sua «legittimazione»⁷⁹. Potrebbe svilupparsi il discorso sul valore della Costituzione nella direzione del *moral reading* e delle teorie inclusive della norma di riconoscimento della validità della Costituzione. Ma potrebbe anche volgere in altra direzione.

Se il legame, qui appena pensato, tra valore e legge è la rappresentanza politica, quel valore è proprio anche della Costituzione *deliberata*, che, anzi, è l'atto più rappresentativo, perché più *decisamente* eccedente le parti, più originariamente costruttivo della

⁷⁷ L'«ultima parola» non deve spettare né alla rappresentanza politica né alla giurisdizione costituzionale per O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

⁷⁸ Salvo voler considerare la giurisdizione legata alla rappresentanza politica (ed al popolo rappresentato) e, quindi, alla legislazione per il tramite dell'art. 101 Cost. Ma il legame pare rarefatto.

⁷⁹ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, n. 1, pp. 17-8, che, però, lega la questione della legittimazione alla «forza» (e non al valore) della Costituzione.

Osservatorio sulle fonti

forma e specie dell'unità politica e, quindi, più 'valoroso'⁸⁰. Tra Costituzione e legge potrebbe allora esservi solo una differenza di intensità, di quantità. Ciò rafforza teoricamente la contiguità tra Costituzione e legge, perché fatte della medesima *materia* e rarefà il legame tra Costituzione e giurisdizione, ma al contempo indebolisce l'idea della legge come limite alla Costituzione.

Non è, però, detto che tale *affinità* non possa fondare la superiorità, logica e, persino, assiologica, della Costituzione e la sua condizionalità rispetto alla legge: sia perché contiene le regole del procedimento legislativo, sia perché il suo carattere autenticamente rappresentativo ne segna la 'forza' per imporsi alla legislazione successiva, che man mano che il tempo passa – e gli *autori* delle leggi non sono più gli autori del documento costituzionale e non sono più i soli *portatori* della Costituzione – perde quella rappresentatività originaria. Il punto è se ed a che punto la diversa quantità si converte in differente qualità: se, cioè, in forza del meccanismo rappresentativo, è comunque qualitativamente diverso creare nuovo diritto e conservare diritto senza porre nuovi fini, un po' come la relazione in Benjamin tra la violenza creatrice di diritto e la sua *rappresentazione* (dimenticata dai Parlamenti) nella violenza che conserva il diritto⁸¹. In questa direzione è immaginabile una dissimmetria tra Costituzione e legge rispetto al principio di rappresentanza: qui il discorso si sposta sulla pensabilità teorica di una sovranità costituente oltre la rappresentanza, vale a dire di un potere costituente che prende *immediatamente* la decisione sulla forma della propria esistenza politica e pone il testo senza presupporre la rappresentanza, ma costituendo la propria rappresentanza⁸². Fattualmente, appare però difficile pensare a un potere costituente che non esiga una qualche «mediazione rappresentativa» di un soggetto (sia essa una assemblea costituente o un partito rivoluzionario) separato dal popolo come unità originaria d'azione e di volontà⁸³. La distinzione tra l'una e l'altra potrebbe ciononostante permanere, perché nell'assetto rappresentativo costituito si allenta il nesso tra identità e rappresentanza che è, invece, *esistenzialmente* co-implicato nella struttura rappresentativa costituente. In ogni caso, la soluzione che si dà non è ostativa ad una *dottrina* del valore di legge come limite: la legge non è *valore*-limite della Costituzione, ma della aggressività della sua attuazione giurisdizionale, che si impone con la *forza* del principio di effettività⁸⁴. Di talché Costituzione e legge possono anche partecipare della medesima genealogia del valore: questo apre la via a una relazione non contrastiva tra l'una e l'altra, senza obbligare a scegliere le dottrine originaliste della Costituzione scritta contro quelle della Costituzione *viven-*

⁸⁰ Anche qui, le questioni messe in gioco derivano dalle osservazioni al mio scritto del Prof. Pietro Pinna.

⁸¹ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus*, cit., p. 17.

⁸² Questa domanda trova svolgimento, a partire da Schmitt, per superarlo, in O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 2012, n. 3, p. 765 ss. e p. 777 ss.

⁸³ C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 592 ss.

⁸⁴ Sull'effettività-forza come fondamento *fattuale* della (che perciò non fonda la) *normatività* della giurisprudenza costituzionale V. ANGIOLINI, *Una rimediazione sulle relazioni tra «norma» ed «effettività»*, in AA. VV., *La necessaria discontinuità. Immagini nel diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 150.

Osservatorio sulle fonti

te⁸⁵, che potrebbe non limitarsi solo alla giurisprudenza (costituzionale e non) ma includere il momento della legge⁸⁶.

6. Per una teoria interpretativa del valore di legge

È insomma una teoria del valore di legge tutta da scrivere. Ma, ove si rivelasse teoricamente e dogmaticamente sostenibile, potrebbe fondare una teoria interpretativa delle fonti del diritto (dal valore di legge alla apertura o chiusura del sistema delle fonti), dell'interpretazione della Costituzione (ovvero del peso specifico della legislazione nell'attribuzione di significati al testo costituzionale senza, però, restare imprigionati nell'*original meaning* del testo) e, più, in generale dell'interpretazione giuridica (in virtù del nesso tra rappresentazione/valore e segno e, per questa via, della relazione tra significante e significato), dei limiti al (e oggetto del) sindacato costituzionale e, più in generale, dei limiti alla giurisdizione, nonché della tutela dei diritti (in forza dell'argomento kantiano del *volenti non fit iniura* e dell'implicazione tra significato democratico e garantistico della legge).

Intanto, però, ne esce la possibilità di sostenere non solo la conciliabilità teorica tra valore di legge ed antifondazionalismo delle teorie proceduralistiche del diritto, ma anche l'ascrivibilità del *valore* di legge, al pari del *processo*, all'orizzonte costituzionale del limite.

Infine, uno dei punti di ricaduta della dottrina 'valorizzante' del valore di legge aiuta a proseguire il discorso sull'interpretazione⁸⁷. Nel libro scritto si prendeva atto della 'politicalità' del dire diritto e, dunque, del condivisibile *realismo* delle *teorie* scettico-decisioniste del diritto rispetto al meccanicismo delle teorie dichiarative, ma non si sosteneva la desiderabilità di *dottrine* volitive dell'interpretazione, queste sì antilluministe ed antipositiviste. Sempre realisticamente, si cercava nella teoria argomentativa dell'interpretazione una teoria che, senza nascondersi dietro l'ipocrisia di una pacificante teoria cognitiva della giurisdizione, superasse gli esiti nichilistici dello scetticismo. Il valore di legge nello Stato costituzionale potrebbe essere un argomento illuminista e positivista contro le dottrine creative dell'interpretazione giudiziaria, da riorientare però nella democrazia costituzionale.

Forse, dopo la scrittura del libro sul processo sono tornata al suo inizio, non detto. O forse quello scritto è un *Libro di Sabbia*, che non ha né principio né fine⁸⁸, da disperdere in una biblioteca. Forse, ancora, mediata dalla recensione, ho prodotto un nuovo senso del testo o dei testi *concatenati* e forse, a discapito delle originarie intenzioni, è un po'

⁸⁵ La critica alla *living Constitution* è – non a caso – tutt'uno con la critica all'attivismo delle Corti, che annullerebbero il diritto legislativo delle assemblee elettivo-rappresentative, nell'originalismo del giudice Antonin Scalia.

⁸⁶ L'idea sottesa è quella della contiguità Costituzione-legge: per tutti, sul ruolo della legge come ordinario e necessario mantenimento e svolgimento (sviluppo) della Costituzione, F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 1970, p. 148 ss. e spec. p. 159; più di recente, ID., *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2009, n. 3, pp. 4 e 5.

⁸⁷ F. COSTANTINO, *cit.*, p. 1127.

⁸⁸ J. L. BORGES, *Libro di Sabbia*, in ID., *Tutte le opere*, *cit.*, vol. II, p. 650.

Osservatorio sulle fonti

la recensione della recensione. In ogni caso, l'auspicio è che il nuovo discorso nato dalla *critica*, che è in un certo senso *costituzionale*⁸⁹, possa essere utile al dibattito costituzionalistico sul pluralismo.

⁸⁹ Mi riferisco al nesso tra critica (giuridica) e limite delle 'arti di governo' in M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Donzelli, Roma, 1997, p. 37 ss.