



la Bussola



MARIO TOLEDO TEDESCO

**FONDAZIONE
RAZIONALE
DEL CONCETTO
DI STATO MODERNO**



la Bussola



la Bussola

©

ISBN

979-12-5474-032-3

PRIMA EDIZIONE

ROMA 7 FEBBRAIO 2022

INDICE

- 11 *Premessa. Dottrina dello stato di necessità di fondare il fenomeno statale su basi razionali*
- 15 **Capitolo I**
Thomas Hobbes e la nascita della teoria dello Stato moderno: la forma di Stato assoluto
- 1.1. Prima esperienza di teorizzazione del genus “Stato moderno”, 15 – 1.2. La figura di Hobbes tra astratto giusnaturalismo e necessità di rispondere a bisogni concreti della società, 16 – 1.3. Esperienza biografica ed effetti sulla teorizzazione dell’organizzazione politica Stato, 19 – 1.4. Lo stato di natura hobbesiano come testimonianza di una realtà concreta, 21 – 1.5. “Ordine” moderno e pre-statalità, 23 – 1.6. Rappresentanza: moltitudine e potere, 26 – 1.7. Rappresentanza come mezzo di razionalizzazione del potere, 30 – 1.8. Diritto come forma di razionalizzazione del fatto-potere, 38 – 1.9. Costituzionalismo moderno e rappresentanza hobbesiana, 39 – 1.10. Corollari alla teoria hobbesiana: l’autolegittimazione del rappresentante, 40 – 1.11. Corollari alla teoria hobbesiana: terzietà del Sovrano

all'accordo sociale, 41 – 1.12. Teorizzazione dello Stato in forma assoluta, 43 – 1.13. Corollari alla teoria hobbesiana: irrevocabilità del contratto sociale, 47 – 1.14. Corollari alla teoria hobbesiana: il concetto di verità nel contesto dello Stato assoluto, 49

53 **Capitolo II**

Il pensiero post–hobbesiano: Locke

2.1. John Locke tra scienza e giusnaturalismo, 53 – 2.2. Fondazione razionale dell'organizzazione politica Stato, 55 – 2.3. Lo stato di natura lockiano, 58 – 2.4. La nascita della moneta e la necessità di una regolamentazione razionale dei rapporti sociali, 61 – 2.5. Locke teorico dello Stato di diritto, 63

67 **Capitolo III**

Il pensiero post–hobbesiano: Rousseau

3.1. Rousseau: giusnaturalista campione dell'esperienza rivoluzionaria francese, 67 – 3.2. L'uso della ragione come mezzo di perseguimento dell'ordine, 71 – 3.3. Uguaglianza e libertà in Rousseau, 72 – 3.4. Costruzione razionale di uno Stato democratico, 74 – 3.5. Stato di diritto francese e Stato di diritto americano, 79 – 3.6. L'istituto del voto: mezzo imprescindibile di riaffermazione della capacità sovrana del singolo consociato, 83 – 3.7. Necessità di una religione civile, il limite della democrazia: volontà di partecipazione e necessità di una coscienza sociale forte, 88

93 **Capitolo IV**

Lo Stato liberale nella sua prospettiva storico–istituzionale

4.1. la forma Stato di diritto come idealtipo del genus Stato moderno, 93 – 4.2. Il modello legicentrico dello Stato di diritto in Francia, 100 – 4.3. L'esperienza lockiana di Stato di

diritto in America, 104 – 4.4. Lo Stato di diritto in Germania: progressione storica di evoluzione dell'ordinamento e analogie con l'esperienza italiana, 109 – 4.5. La teorizzazione dello Stato di diritto nell'esperienza giuridica italiana e tedesca: Jellinek, Gerber e Vittorio Emanuele Orlando, 114 – 4.6. Lo Stato di diritto nel panorama italiano alla luce delle teorie giuspubblicistiche di Vittorio Emanuele Orlando, 125 – 4.7. Vittorio Emanuele Orlando: tra superamento del giusnaturalismo moderno e riviviscenza del giusnaturalismo tomistico, 132

137 Capitolo V

Liberalismo: separazione tra sfera pubblica e privata

5.1. Teoria generale dello Stato di diritto e libertà individuale: la tutela delle libertà e degli interessi della borghesia, 137 – 5.2. Evoluzione storica della forma dello Stato liberale: lo Stato di diritto inglese, 143 – 5.3. La matrice della legittimazione dello Stato liberale: l'interesse economico della borghesia, 149 – 5.4. Il costituzionalismo liberale come fallimento nella razionalizzazione del potere dello Stato, 161

171 Capitolo VI

Costituzionalismo e razionalizzazione del potere

6.1. Costituzionalismo: razionalizzazione del potere all'interno di forme stabili e ripetibili, 171 – 6.2. La giuridicizzazione del potere mediante la trasposizione scritta delle forme di limitazione del potere stesso: il diritto costituzionale positivo. Le esperienze costituzionali delle varie manifestazioni storiche dello Stato di diritto, 176 – 6.3. Costituzionalismo e stato di diritto, due facce della medesima medaglia di limitazione del potere, 182 – 6.4. costituzionalismo tra derive di potere assoluto e affermazione dello Stato liberale, 190 – 6.5. Stato di diritto come circostanza storica e naturale di formazione del costituzionalismo, 201

– 6.6. Nascita dello Stato federale tedesco. Rilievi dottrinali nel passaggio tra la dottrina storica ottocentesca e il positivismo di inizio 1900. Dal concetto di comunità alle forme di positivizzazione del potere in ambito tedesco, 213

221 Capitolo VII

Crisi dello Stato liberale e nascita dell'idea totalitaria

7.1. La crisi dello Stato liberale, esperienza storica del declino dell'organizzazione politica in un'epoca di cambiamento. La forma di Stato totalitaria e lo Stato costituzionale come possibili evoluzioni della precedente forma di organizzazione politica, 221 – 7.2. Lo Stato liberale come esperienza politica incapace di adattarsi all'evoluzione di un mondo in profondo cambiamento: il mutamento dell'idea stessa di libertà da un contesto individualista alle forme di Stato sociale, 225 – 7.3. I fattori di crisi dello Stato liberale: la nozione di uguaglianza, 228 – 7.4. I fattori di crisi dello Stato liberale: la flessibilità dei Documenti costituzionali, 231 – 7.5. I fattori di crisi dello Stato liberale: il principio elettivo, 236 – 7.6. Le possibili conseguenze della crisi dello Stato liberale: lo Stato totalitario e lo Stato costituzionale, 237

243 Capitolo VIII

Stato totalitario e morte dello Stato di diritto: il doppio Stato

8.1. Elementi di crisi dello Stato di diritto. Possibilità di leggere la involuzione dello Stato di diritto come morte dell'organizzazione politica e nascita di una nuova forma di organizzazione sociale, 243 – 8.2. Dittatura commissaria e dittatura sovrana: il potere tra la sua forma istituzionale e la sua forma degiuridicizzata, 248 – 8.3. Stato costituzionale: evoluzione delle fragilità dello Stato di diritto come freno alla deriva totalitaria, 253 – 8.4. Il doppio

Stato. Suicidio dell'organizzazione politica o frattura esterna?, 256 – 8.5. L'esperienza totalitaria tedesca nazista, 261 – 8.6. Elementi caratteristici del modello Stato totalitario, 264

269 Capitolo IX

Stato costituzionale ed esasperazione dei limiti al potere

9.1. Stato costituzionale: evoluzione delle forme di imbrigliamento del potere come risposta alla deriva dello Stato totalitario. Rigidità costituzionale e procedimento aggravato di revisione, 269 – 9.2. Rigidità costituzionale e sindacato di legittimità delle leggi, 275 – 9.3. Rigidità costituzionale il principio di legalità, 276 – 9.4. Rigidità costituzionale e intermediario tra sovranità e persona, lo sviluppo della soggettività complessa della persona, 282

287 Capitolo X

Nozione di costituzione tra storicità e razionalità dello Stato

10.1. Costituzione e razionalizzazione delle forme di potere tra valenza “prescrittiva” e “descrittiva” del Documento, 287 – 10.2. Struttura del Documento costituzionale e radici della razionalizzazione del potere, 289 – 10.3. Influenza delle forme di organizzazione politica sulle modalità della limitazione del potere e sul contenuto delle Costituzioni. L'organizzazione politica Stato moderno è una modalità di manifestazione del potere, che si colora di sfaccettature diversificate a seconda della forma di Stato, 296 – 10.4. Costituzione in senso formale e in senso materiale, 313

323 Capitolo XI

Considerazioni sul documento costituzionale repubblicano

335 Capitolo XII

Stato sociale: continuità ed evoluzione

12.1. Crisi dello Stato totalitario e evoluzione delle forme di organizzazione della vita politica nello Stato sociale, 335 – 12.2. Elementi di crisi dello Stato di diritto e soluzioni nello Stato sociale: l'uguaglianza declinata nel suo senso sostanziale, 337 – 12.3. Elementi di crisi dello Stato di diritto e soluzioni nello Stato sociale: la nascita dei diritti sociali, 341 – 12.4. Continuità e discontinuità istituzionale tra Statuto Albertino e Costituzione repubblicana del 1948, 345 – 12.5. Stato sociale e divisione dei poteri, 356

361 Capitolo XIII

Democrazia e storia dello Stato sociale

PREMESSA

DOTTRINA DELLO STATO E NECESSITÀ DI FONDARE IL FENOMENO STATALE SU BASI RAZIONALI

La Dottrina dello Stato in primo luogo è una scienza descrittiva, a differenza delle Scienze politiche che sono scienze non certo descrittive, ma potremmo dire in senso lato prescrittive nella misura in cui queste ultime non pretendono di indagare lo Stato come fenomeno storico, cioè per come “è”, ma al contrario provano a individuare quel novero di principi che fondano razionalmente lo Stato al fine di cogliere non come quest’ultimo “è”, ma come questo dovrebbe “essere”. La Dottrina dello Stato, invece, si pone come scienza descrittiva che legge la complessa nozione di Stato come fenomeno storico, quindi analizzandolo come manifestazione storica di una delle possibili tipologie di organizzazione politica, tipica nel caso di specie della modernità. Lo Stato in senso moderno, infatti, non rappresenta nient’altro che una tipologia di organizzazione politica tipica della modernità.

Quest’ultimo poi come manifestazione tipica della modernità si struttura sulle idee hegeliane che concepiscono appunto lo Stato non più come struttura istituzionale ba-

sata solo razionalmente, come accadeva, invece, nelle filosofie di stampo giusnaturalistico e nei tentativi tipici dello Stato di diritto di ricondurre tale organizzazione della vita politica a istanze razionali. Non si tenta più, infatti, di fondare lo Stato attraverso istanze di matrice giusnaturalistiche, cioè su basi razionali, radicando sulla sola razionalità umana il tipo di organizzazione politica che è lo Stato moderno, ma al contrario in particolare nella dottrina tedesca di fine Ottocento, ispirata in larga parte dalle idee e dalle filosofie hegeliane, si concepisce il fenomeno statale come una sorta di prodotto storico. Lo Stato diventa quindi il deposito della storia di un popolo che giunge, infine, ad assumere la forma di organizzazione storicamente data a un'organizzazione di carattere politico.

In particolare poi si concepisce il fenomeno dello Stato moderno come una declinazione storicamente data dell'organizzazione politica frutto nel XVII secolo di conflitti che rompono la legittimità di quell'ordine che era l'organizzazione politica tipica del Medioevo. I tentativi originari da parte del giusnaturalismo, in particolare mi riferisco ad Hobbes, di fondare razionalmente il concetto di Stato, cioè di radicare su basi logiche e razionali l'organizzazione politica, in realtà non sono altro che tentativi attraverso i quali giuridicizzare una forma di potere che di per sé risulta sempre come deposito storico. Ciò appunto perché il potere non è mai razionalità, in quanto in primo luogo il potere dello Stato è sostanzialmente una manifestazione di potere di fatto, cioè una manifestazione di una volontà di potenza di fatto. Da qui, di fronte a un esercizio di potere tendenzialmente incontrollabile in quanto assoluto e pretensivo di absolutezza, il tentativo di razionalizzare una condizione di fatto attraverso forme di giuridicizzazione che per defi-

nizione sono forme razionali, in quanto il diritto è sempre razionalità. Quest'ultimo, infatti, si basa sempre su schemi logici e si sostanzia nel caso di specie in forme di imbrigliamento razionali di un potere che per definizione è un qualcosa di irrazionale in quanto si manifesta motu proprio, senza richiedere quindi basi di carattere razionale. Nelle definizioni di Weber, infatti, il potere sociale, e il potere politico è un tipo di potere sociale, altro non è che "la possibilità che un individuo, agendo nell'ambito di una relazione sociale, faccia valere la propria volontà anche di fronte a un'opposizione", cioè una situazione di fatto, non giuridicizzata, che solo eventualmente a causa della propria precarietà pretende appunto sulla base della propria capacità di vincere l'opposizione di sedimentarsi in istituzioni stabili e razionali di tipo giuridico.



CAPITOLO I

THOMAS HOBBS E LA NASCITA DELLA TEORIA DELLO STATO MODERNO: LA FORMA DI STATO ASSOLUTO

SOMMARIO: 1.1. Prima esperienza di teorizzazione del genus “Stato moderno”, 15 – 1.2. La figura di Hobbes tra astratto giusnaturalismo e necessità di rispondere a bisogni concreti della società, 16 – 1.3. Esperienza biografica ed effetti sulla teorizzazione dell’organizzazione politica Stato, 19 – 1.4. Lo stato di natura hobbesiano come testimonianza di una realtà concreta, 21 – 1.5. “Ordine” moderno e pre-statalità, 23 – 1.6. Rappresentanza: moltitudine e potere, 26 – 1.7. Rappresentanza come mezzo di razionalizzazione del potere, 30 – 1.8. Diritto come forma di razionalizzazione del fatto-potere, 38 – 1.9. Costituzionalismo moderno e rappresentanza hobbesiana, 39 – 1.10. Corollari alla teoria hobbesiana: l’autolegittimazione del rappresentante, 40 – 1.11. Corollari alla teoria hobbesiana: terzietà del Sovrano all’accordo sociale, 41 – 1.12. Teorizzazione dello Stato in forma assoluta, 43 – 1.13. Corollari alla teoria hobbesiana: irrevocabilità del contratto sociale, 47 – 1.14. Corollari alla teoria hobbesiana: il concetto di verità nel contesto dello Stato assoluto, 49

1.1. Prima esperienza di teorizzazione del genus “Stato moderno”

Thomas Hobbes rappresenta uno degli autori più rilevanti ai fini della comprensione del fenomeno della statualità,

intesa come quel fenomeno di organizzazione politica che è l'esperienza storica dello Stato moderno. Questo autore, infatti, sedimenta una serie di categorie che rappresentano gli elementi di fondo dell'esperienza dello Stato. In una certa misura si potrebbe dire che da un punto di vista filosofico sia proprio dal pensiero di Hobbes che si affermano a livello estrinseco gli elementi distintivi di questa forma di organizzazione politica. Nonostante, infatti, la nascita di quest'ultima sia certamente precedente, sotto il profilo della teorizzazione la prima formulazione espressa degli elementi costitutivi del genus "Stato moderno" nasce nella filosofia hobbesiana. All'interno del pensiero hobbesiano si ritrovano, infatti, ante tempo alcuni di quei concetti cardine che la dottrina generale dello Stato successivamente avrebbe qualificato come il fondamento stesso della statualità: appunto la "sovranità", cioè la pretesa di assolutezza entro un preciso ambito spaziale, il concetto di "territorio", inteso da Hobbes proprio come la dimensione spaziale della sovranità e la nozione di "popolo" che nella filosofia hobbesiana viene piuttosto meglio rappresentata con il concetto di "moltitudine di individui". A questi ultimi si aggiunge poi l'ulteriore nozione di "rappresentanza" che, pur non essendo annoverata tra i cardini della teoria dello Stato, configura un aspetto centrale della filosofia di Hobbes oltre ad essere stata oggetto di sistematico confronto per molti autori con tali teorie.

1.2. La figura di Hobbes tra astratto giusnaturalismo e necessità di rispondere a bisogni concreti della società

Quasi tutti i teorici del diritto dello Stato moderno si sono scontrati con questi concetti; dallo Stato assoluto, allo Sta-

to liberale, allo Stato anche nella sua declinazione totalitaria e fino ad arrivare all'odierna forma di Stato di matrice sociale, tutte rappresentano riletture più o meno critiche del pensiero di Hobbes. Tuttavia, con un'importante differenza di fondo che rappresenta il vero portato innovativo del pensiero di Hobbes rispetto al suo tempo. A differenza di molti autori non di tanto successivi, ma certamente di altrettanto spiccato rilievo ai fini della fondazione della nozione di statualità, quali Locke o Rousseau che possono ex post pacificamente essere ricondotti all'alveo della filosofia politica, il pensiero di Hobbes, invece, presenta delle caratteristiche problematiche di gran lunga più complesse. Non è solo un teorico, la filosofia di Hobbes, infatti, è in primo luogo pratica, risponde a esigenze concrete, esigenze che nascono da situazioni storiche contingenti che sono il frutto dell'esperienza storica di una tipologia nuova di organizzazione politica che appunto è lo Stato moderno. Hobbes non muove da presupposti meramente teorici, ma analizza una situazione di fatto estrapolando, per primo, quei caratteri che rappresenteranno poi il cardine dell'intera teoria dello Stato. Esiste una differenza sottesa tra filosofia politica e dottrina dello Stato; la prima è una scienza prescrittiva, nata proprio dalle filosofie di quei pensatori che hanno per primi letto in senso critico il pensiero hobbesiano, tra i quali Locke e Rousseau, che tenta di ricavare da modelli teorici quei principi cardine ai quali lo Stato dovrebbe ispirarsi. Una scienza, dunque, che risponde alla domanda su come dovrebbe essere lo Stato e che trascende da come lo Stato effettivamente sia. La dottrina dello Stato, invece, è una scienza di carattere tipicamente descrittivo che indaga il fenomeno statale nella sua storicità. In questa dicotomia Hobbes si colloca nel mezzo; quest'ul-

timo non è certamente un mero precursore della dottrina dello Stato, che nascerà ufficialmente nel 1900 con la Teoria generale dello Stato di Jellinek, in quanto non indaga lo Stato da un punto di vista puramente storico, cioè non descrive lo Stato come nel suo periodo storico. Tuttavia, non si limita neanche semplicemente a prospettare una teorica ricostruzione di come lo Stato dovrebbe essere. La filosofia di Hobbes è una filosofia pratica, che certamente si può ricondurre all'alveo della filosofia politica. Hobbes, infatti, ricerca un principio ordinante in grado di imprimere una forma razionale allo Stato, tuttavia, a differenza di autori successivi come Locke e Rousseau, non risponde meramente a un'esigenza di carattere teorica di mutamento dei principi fondamentali di uno Stato già esistente, ma al contrario prospetta una soluzione pratica a una situazione storica contingente quale era la Rivoluzione inglese. Una contingenza storica nella quale non si può validamente parlare di Stato in senso moderno, ma semmai, come è tipico delle rivoluzioni, di un potere costituente libero e incapace di trovare una forma stabile. Lo stato di natura di Hobbes è la guerra civile inglese e le sue filosofie una delle possibili soluzioni pratiche della crisi interna al Paese, che trova il suo elemento pacificante nel riconoscimento di potere esclusivo nei confronti del monarca. È una filosofia pratica, che non tenta di descrivere meramente come lo Stato dovrebbe essere, ma che tenta fattualmente di fondare su basi razionali il potere di modo da rendere stabile la sovranità del sovrano, oggetto di contestazione nel pieno della Rivoluzione. In questo contesto non si può parlare dell'esistenza di un vero e proprio Stato, ma di una pluralità di poteri sovrani, tutti tendenzialmente assoluti, che si scontrano in maniera libera in cerca della supremazia. La fondazione razio-

nale del potere, secondo Hobbes, rappresenta l'elemento di sedimentazione dello stesso, al fine di garantire a quest'ultimo una nuova ripetitività e di ricostituire la pace.

1.3. Esperienza biografica ed effetti sulla teorizzazione dell'organizzazione politica Stato

La centralità della figura di Hobbes risiede in primo luogo nel dato biografico. Costui vive, infatti, in un periodo di profondo cambiamento della storia inglese che ha portato alla nascita di una delle prime e più stabili forme di declinazione dello Stato nella forma di Stato di diritto. Un periodo storico, quello vissuto da Hobbes nella sua lunga vita, caratterizzato in primo luogo dalla rottura di un sistema ormai secolare, da una breve parentesi segnata dalla nascita di uno Stato declinato in senso assoluto, fino a giungere all'affermazione in ultimo della forma di quest'ultimo in senso liberale. Hobbes è vissuto quasi un secolo, in uno dei periodi più bui della storia dell'Inghilterra. Nasce nel 1588 come "figlio della paura", come racconta in uno dei suoi scritti, mentre la madre lo partorisce prematuro a causa del terrore dei colpi di cannone dell'Invincibile Armata che attaccava le coste inglesi. Lo stesso Hobbes vive nell'idea che la sua nascita coincida proprio con l'affermazione del concetto di sovranità. La stessa esistenza del filosofo si sovrappone allo sviluppo di un concetto di sovranità che si stava affermando; sovranità intesa in questa accezione come assolutezza in senso esterno, cioè di difesa dell'integrità del territorio nazionale da parte della Monarchia contro l'invasione del nemico esterno. Hobbes coglie uno dei cardini dell'intera teoria dello Stato nella stessa storia in cui

vive, cioè l'idea della distinzione tra ciò che è sotto la protezione del Monarca e ciò che invece si trova all'esterno; l'idea di una sovranità intesa come una membrana che delimita spazialmente il territorio entro il quale il sovrano può esprimere pretese di *assolutezza*. Lo spazio entro il quale quel potere fattuale si manifesta come legittimo.

In seguito, Hobbes vive il tragico periodo della morte della regina Elisabetta, dopo la sua lunga vita, nel 1605, con l'ascesa al trono di Giacomo I, che diede avvio ai primi disordini con il Parlamento, e, soprattutto, visse l'ascesa al potere del successore di Giacomo, Carlo I, che nel 1625 tagliò definitivamente i ponti con l'assemblea elettiva, decidendo di non convocare più il Parlamento. Sarà quest'ultimo, infatti, a continuare il retaggio del padre e a determinare la definitiva rottura del sistema istituzionale, che sfocerà appunto nella Rivoluzione inglese a metà del secolo. Di qui uno dei secoli più tristi e complessi della storia inglese, che lo stesso Hobbes definì nell'opera "Behemoth" un'"epoca rare e suggestiva". Un secolo di profondo cambiamento, una frattura del sistema preesistente (il pre-moderno) che apre la strada a una novità sconosciuta, che Hobbes racconta nel Leviatano. Quest'ultimo certifica e razionalizza dal punto di vista filosofico-scientifico un cambiamento ormai in essere, creando così le basi per le moderne teorie dello Stato.

Hobbes si muove appunto in un'idea di profondo cambiamento. Come già detto, vive il clima di scontro tra Carlo I e il Parlamento che culmina nella Rivoluzione e nella morte del Re. Di qui successivamente, dopo che il figlio di Cromwell rifiutò la costituzione di un nuovo protettorato, memore della sorte del padre, si procederà infine alla restaurazione della monarchia. Tuttavia con una profonda differenza, nasce qui