

ai giuristi svizzeri, e di dare un contributo per un'auspicata revisione della materia nella Confederazione elvetica.

Ma un'analogia funzione l'opera assume per i giuristi italiani. Anche per essi la lettura sarà di grande profitto e interesse.

GIUSEPPE GANDOLFI

G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, «Diritto e Istituzioni», Cedam, Padova 1992, pp. XII-449.

Alla fine della lettura del libro sul potere di Giuseppe Di Gaspare mi son sentito preso da una sorta di rimorso: aver fatto parte cioè della schiera di coloro che, nella ricostruzione dogmatica delle cose pubbliche, hanno creduto di trovare nel potere, come verbo e come concetto, la figura centrale della dinamica giuridica; di coloro cioè che hanno creduto che il potere, per il fatto stesso di avere comunque assunto una propria individualità, servisse allo stesso tempo a designare sia la fonte primaria di ogni processo giuridico, sia la regola coattiva o imperativa, destinata a reggere questo processo sino agli approdi finali dell'atto giuridico e della responsabilità. Mi pare che nel libro di Di Gaspare si colga anzitutto l'ansia di mettere a nudo questa figura, proprio attraverso l'analisi della varietà di punti di vista, di premesse culturali e di costruzioni sistematiche; la pluralità, non sempre coordinata o razionale, delle immagini e delle ombre che tale figura ha gettato nel pensiero giuridico teso appunto alla ricerca di un'appropriata articolazione dell'insieme noto come Stato di diritto.

Fu fatica giustificata o comunque richiesta, o si trattò invece dell'assurdo gioco di costruire un alibi per spiegare ciò che rifiutava veramente qualsiasi spiegazione razionale o veritiera, volendo invece accontentarsi di approssimazioni per nascondere le mille ambiguità di fondo del rapporto tra l'arbitrio politico e la garanzia giuridica? Il potere, diciamolo pure, è una trappola in cui tutti i giuristi sono caduti: un'immagine accattivante e talora attraente non poteva lasciare indifferenti coloro che per professione ed anche per convinzione tendevano a conciliare la potenza con il rispetto delle regole, l'autorità con il controllo democratico e con i diritti, e via dicendo.

Ha fatto bene Di Gaspare a prendere le mosse dall'unitarietà del potere nel diritto privato e nel diritto pubblico (forse più che di unitarietà si dovrebbe discorrere di figurazioni simmetriche) per approdare subito all'individuazione degli elementi di crisi impliciti nell'utilizzo del concetto, il che vuol dire nell'impossibilità del concetto stesso di costituire una valida dimensione della conoscenza.

Ed è stato anche opportuno, a mio avviso, che gli abbia messo costantemente in luce il peso che, anche nelle definizioni del potere, la dottrina ha attribuito alla personalità giuridica dello Stato, che mostra così in tutta evidenza il suo contenuto di artificio e di polivalenza.

Senza il gioco della personalità dello Stato, né Santi Romano né Donato Donati avrebbero potuto percorrere con relativa agilità i pur divaricanti sentieri. Interno ed esterno, legge positiva e istituzione, potere politico ed economia si racchiudono ad un certo punto nell'orizzonte della personalità dello Stato e questa funge allo stesso tempo da recipiente e da misuratore per qualsiasi operazione culturale ed anche di prassi. Infatti, il potere va via via internandosi nelle situazioni soggettive e lo stesso diritto personale ne rimane inquinato ed alla fine sfigurato.

Poi, con la Costituzione repubblicana, il pensiero si fa più complesso ed è più

difficile argomentare sui presupposti della vecchia dottrina, che vengono tuttavia utilizzati ancor per lungo tempo ma con crescente difficoltà. La persona dello Stato si era avvolta in una rigida spirale di gerarchie e di competenze; si era via via artefatta ed aveva contribuito anche ad indurire e ad allontanare dalla sottostante realtà l'azione pubblica e anche l'attività dei privati. Tutto si era posto nella direzione dell'astrazione e della mistificazione. Il diritto celebrava la sua purificazione a prezzo della conquista di distanze vieppiù siderali della dura ma viva realtà dei rapporti di forza ed anche di quelli che si componevano nelle dinamiche private e commerciali.

La Repubblica, la sovranità popolare, ad onta della difficoltà di assumere contorni precisi, hanno impresso una svolta agli studi sullo Stato, per lo meno agli occhi di coloro che con maggiore sensibilità avevano avvertito la necessità di ritagliare sulla nuova società adatti vestimenti. La società stessa appariva ormai attiva e non disposta a subire puramente e semplicemente i giochi e gli arbitrii di un potere politico, pur recalcitrante a riconoscersi nelle derivazioni popolari e rappresentative.

L'idea di organizzazione, con le sue ombre, volle allora essere il segno di una nuova giuridicità che si reggeva al di fuori e al di sopra della politica; di un'oggettività capace di raccogliere in se stessa, ordinandole, le facce dello Stato e del potere, con attenzione finalmente accesa ed anche preoccupata alla valorizzazione delle persone e dei loro rapporti.

Può essere che fosse niente altro che illusione. Anche l'organizzazione è in se stessa ambigua e disposta a giustificare poteri spontanei e incontrollati. Peraltro, bisognava pur ricominciare da un'operazione condotta con metodo giuridico. Si era scoperto che non poteva enuclearsi una vera nozione giuridica del potere e che l'unica versione giuridica primordiale dell'affermarsi del diritto nella società appariva essere l'organizzazione. Ecco: l'organizzazione allora diviene la faccia giuridica di ciò che ancor si chiama potere, nel momento stesso in cui essa significa l'ordine in una serie infinita di rapporti; un ordine non tanto normativo quanto dinamico e concreto, perché fattore necessario e parametro di ogni rapporto. Infatti, non c'è rapporto se non c'è prima un'organizzazione che lo accolga. In questo concetto giuridico parevano allora sciogliersi altri e più accettati concetti, come quello dell'organo. Questo è in realtà la trascrizione di un brano di organizzazione, e cioè di quella parte coinvolta nella singola bisogna.

E poi l'organizzazione consente di far comunicare con l'ordinamento tutte le figure giuridiche. Questo infatti prende corpo nell'organizzazione giacché ha bisogno immediato di esprimere effetti sensibili e puntuali. Nell'organizzazione si diluiva la potenza dello Stato, e questo fu il primo passo verso una nuova dimensione della parte pubblica, quella adatta all'attuazione costituzionale. Nel corpo greve della persona dello Stato non trovavano invece adeguata collocazione né i grandi diritti riconosciuti alle persone, né la loro capacità attiva verso l'edificazione del politico, né le formazioni sociali, né le autonomie territoriali, che apprivano ormai l'espressione più immediata e convincente dell'ordinarsi politico e giuridico della società, oltre la famiglia e le associazioni spontanee.

Ecco allora la necessità di adeguare a questa organizzazione le figure del diritto pubblico ricevute dal passato, e questo fu lo sforzo maggiore della dottrina, che doveva fare i conti ancora con troppe resistenze. Si trattava di reimpostare i fenomeni al di fuori della soggettività impressa a tutto l'andamento pubblico alla predominante persona dello Stato, e ridisegnare il tutto secondo quel criterio di oggettività che consentiva non solo l'esplicarsi del pluralismo politico e sociale, ma anche e soprattutto della persona umana e dei suoi diritti. Ma su questo processo difficile e pieno di problemi e di perduranti incertezze, non è il caso di diffondersi: ne ha parlato assai bene Di

Gaspare, con un'indagine attenta a cogliere anche gli aspetti riposti.

Indubbiamente il punto di crisi rimaneva e rimane nel dover cogliere il formarsi della giuridicità attraverso l'organizzazione: a questo proposito ha avuto certamente molta importanza, proprio nella linea di discriminare fra il momento della spontaneità sociale e quello che si può dire organizzante, l'afflusso della dottrina sociologica e politologica in confronto a quella giuridica; ed ha avuto grande peso la difficoltà di congiungerne i punti di adattamento, superando gli attriti, le incomprensioni, ancora oggi troppo vive e marcate. Di Gaspare avrebbe forse dovuto corredare il suo pur articolato discorso con l'analisi del peso che le scienze sociali diverse dal diritto, ma anche la filosofia politica, hanno esercitato nel confondere molto spesso la visuale giuridica del fenomeno complessivo, facendo cedere i più deboli dei giuristi che trovarono così comodo rifugiarsi ancora nelle vecchie figure e nella vecchia sistematica. Così si mantennero in vita due modalità fondamentali di concepire giuridicamente il rapporto fra la società e la politica, uno progressivo e l'altro regressivo, di cui tante testimonianze si ritrovano ancora tutte le volte che parte della dottrina e della giurisprudenza accedono volentieri alla figurazione dell'uomo come soggetto al potere, dei suoi diritti, come cedevoli.

Dall'altra parte però, coloro che adottano un più vasto orizzonte si rendono conto che la pluralizzazione dei protagonisti e la crescita della personalità umana accoglie sempre meno e con sempre minore convinzione la forza della politica, anche nel più gradevole rivestimento del potere giuridico. Si accetta il potere pubblico solo nel momento in cui se ne vedono dei forti limiti. I limiti cui necessariamente soggiacciono i diritti si riflettono sul potere e ne mettono in evidenza la riduzione della forza, la necessità di disvelarne ad ogni momento la sostanza o il contenuto. Mai come in questo momento potere e diritti si vedono nella luce loro propria, come forze che si attraggono nel momento stesso in cui ciascuna mostra le proprie impossibilità. Ed ecco allora, in questo contrasto-accordo essenziale sembra dissolversi la dicotomia pubblico-privato e si intravede la necessaria continuità dell'ordine giuridico.

Le ultime pagine del libro di Di Gaspare mettono bene in evidenza anche queste nuove dimensioni del fenomeno complessivo, talora ancor commiste nel magma dell'imponente e pesante passato, eppure tese a liberarsene. È probabilmente questo il dramma delle società di oggi, ma forse di tutte le società, sempre in bilico tra la propensione a cedere all'arbitrio e quella a vincerlo nella razionalità di comportamenti consapevoli e responsabili. La libertà, dice J.R. Commons (*I fondamenti giuridici del capitalismo*), è inseparabile dal potere. Anche le libertà sono potere economico. Però non vorremmo cedere neppure a questo e vorremmo piuttosto che l'esercizio di ogni potere dovesse scontare in sé il costo della libertà, come immagine dell'altro, della persona che ciascuno trova di fronte a sé nel proprio agire quotidiano.

Il merito fondamentale da riconoscersi alla fatica di Di Gaspare è allora proprio quello di averci fatto partecipare, nella continua problematicità della materia e nel diverso modo di manifestarsi dei problemi in una lunga e turbinosa stagione dell'ordinamento, alle diverse immagini del potere come segno del perenne confronto tra il dispiegarsi spesso violento della politicità e l'altrettanto forte e spesso vincente razionalità giuridica. Il confronto non può chiudersi e deve anzi permanere ad essere vissuto diuturnamente da ciascuno di noi. La vera democraticità non è mai nella vittoria di una parte ma nell'essere consapevoli della pluralità delle forze, degli interessi e dei punti di vista. Il colloquio o il confronto, anche di fronte alle regole giuridiche, diventa così il criterio fondamentale della convivenza.