

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

LAURA BUFFONI

LA RAPPRESENTAZIONE E IL VALORE DI LEGGE.
CONTRO I DISPOSITIVI

13 MARZO 2020



Laura Buffoni
La rappresentazione e il valore di legge.
Contro i dispositivi

SOMMARIO: 1. La crisi. – 2. La rappresentazione del Parlamento nella Costituzione. – 2.1 La pubblicità e il principio democratico. – 2.2 La pubblicità e il principio rappresentativo. – 2.3 La rappresentanza/*rappresentazione* e l'immagine. – 2.4 L'iper-rappresentazione e l'idolo. – 3. La *legi-matica* e il «valore di legge». – 3.1 Valore e rappresentanza. – 3.2 La pro-fanazione dei dispositivi.

1. *La crisi*

È giudizio diffuso, sino ad essere divenuto un luogo comune, 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, non 'funzionano'. Il politico è preso, sur-determinato, dal giudiziario, dal tecnico, dall'economico.

Dalla constatazione dell'arretramento del politico non si può, però, affatto dedurre che sia privo di 'valore', da non tenere in 'conto'. Quella perdita di campo, di *terra*, è un fatto. Ma dall'osservazione di questo fatto non se ne può trarre un giudizio di dis-valore sulla rappresentanza politico-parlamentare e sulla legge. Ancora prima della dottrina kelseniana della separazione tra essere e dover essere¹, a consigliarlo è la deduzione logica che funziona tra termini omogenei.

In ogni caso, al giurista positivo la Costituzione vigente impone di non arrendersi, di cercare un modo per far 'funzionare' il politico con il 'meccanismo' rappresentativo ed elettivo, senza rinunciare né al pluralismo né all'interesse/volontà generale.

Si è così guardato alla tecnica, alla sua applicazione al 'politico', come mezzo di soluzione della *crisi*. La mente corre in particolare alle tecniche di visibilità del Parlamento e di scrittura della legge.

Nel diritto parlamentare, alle tradizionali forme di pubblicità-descrizione si sono affiancate forme di pubblicità-propaganda quale rimedio allo svuotamento di contenuto della rappresentanza parlamentare e allo sfilacciarsi della relazione rappresentanti-rappresentati: accanto alla riproduzione diretta, mediante immagini, o indiretta, mediante trascrizione, dell'attività parlamentare si diffondono tecniche di comunicazione pubblica che ri-costruiscono, mediante forme narrative più dirette della scrittura dei resoconti, l'immagine del Parlamento.

Allo stesso modo, alla 'scienza' della legislazione è succeduta la 'tecnica' della legislazione. La *legi-matica* tende alla 'modellizzazione', alla 'standardizzazione', mediante la tecnica informatica, del ragionamento e della produzione legislativa ed alla verifica di fattibilità, di efficacia, della legge. Nei manuali è diffusa l'espressione «tecniche della legislazione» o «produttori normativi».

La tesi che argomento è che non possono essere i *dispositivi* tecnici a supplire alla crisi o all'aporia della rappresentanza politica e del suo prodotto, la legge, perché tra gli uni e le altre non vi è commensurabilità, non sono misurabili con la stessa unità di misura. Tutto al contrario, i dispositivi sono opposti e nemici della sostanza, del politico.

Tra le fonti di legittimazione della tecnica e del politico vi è incongruenza. Della tecnica può predicarsi la sincera *méfiance* per la politica e per le sue categorie e la radicale alterità rispetto alle forme di meta-narrazione fondativa, a cui appartiene la rappresentanza politica moderna². La prima guarda ai mezzi, è agire strategico, strumentale, la seconda ai fini, si avvale – ove agisca per la città – dell'agire comunicativo-discorsivo.

¹ H. KELSEN, *Una teoria fenomenologica del diritto*, Esi, Napoli, 1990, 39; ID., *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, 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, 25.

² J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, ed. XVII, 2006.

In ogni caso, guardare alle prestazioni dei «dispositivi» à la Agamben per dare un futuro al Parlamento ed al suo atto politico tipico è un argomento tutto *economico*, che attinge alla logica del funzionamento, alla funzione tecnico-economico-macchinica del ‘fare’, degli ‘apparati’, tipica dell’Età delle leggi dell’economia, l’età di Epimeteo.

Ma l’argomento economico dell’utilità non pare affatto decisivo per il ‘politico’. Anzi ne è la negazione.

In una, la questione teorica da affrontare è se il «valore di legge», di cui discorre la Costituzione, possa essere una questione di resa della ‘macchina’ parlamentare o se piuttosto il Parlamento, quando diventa un meccanismo, un regime tecnico-operativo, quando è automatizzato, scompaia dall’universo rappresentativo e perda il suo valore.

Se così fosse, la pro-fanazione dei dispositivi sarebbe il solo possibile nuovo inizio, il punto di fuga, del politico per aprire ad un altro discorso sulla rappresentazione parlamentare.

2. La rappresentazione del Parlamento nella Costituzione

L’immagine pubblica del Parlamento è affidata dal diritto parlamentare a plurime forme di visibilità: pubblicità radiotelevisiva, pubblicità cartolare nella forma dei resoconti (stenografici e sommari), comunicazione istituzionale e giornalismo parlamentare, comunicazione interattiva sulla rete³.

Queste *tecniche* rappresentative del Parlamento pongono una questione di diritto costituzionale positivo: attuano la Costituzione? Sono coerenti con la rappresentatività propria del Parlamento?

Più precisamente, la *rappresentazione* del Parlamento mette in questione gli artt. 64 e 72, comma 3, della Costituzione: su queste vanno misurate le regole parlamentari di pubblicità.

L’art. 64, comma 2, della Costituzione prescrive che le «*sedute*» di ciascuna delle due Camere e del Parlamento a Camere riunite sono (devono essere) pubbliche e l’art. 72, comma 3, impone al regolamento la determinazione delle forme di pubblicità dei «*lavori*» delle Commissioni in sede deliberante.

La pubblicità delle sedute delle Camere rende immediata la percezione del Parlamento e non può non includere la pubblicità materiale, storica e fenomenica, dei lavori che si svolgono nell’Assemblea⁴. La pubblicità dei lavori è, invece, la soglia minima che deve essere garantita per le Commissioni in sede deliberante, le cui sedute non godono della garanzia costituzionale della pubblicità.

Potrebbe dirsi, ad una prima lettura del testo costituzionale, che tutte le forme rappresentative sono legittimo svolgimento di queste norme costituzionali, in quanto nessuna ha valore legale⁵ e, quindi, tutti i mezzi di comunicazione, formale e informale, tipizzati e non, sono ammissibili. Potrebbe aggiungersi che la *pubblicità* dell’attività parlamentare, l’apertura del Parlamento, delle sue sedute e dei suoi lavori, al *popolo*, è legata all’art. 1 della Costituzione e, con esso, alla attribuzione della

³ Sulle nuove tecniche di comunicazione parlamentare cfr. l’analitica ricerca di P. CARETTI, M. MORISI (a cura di), *La pubblicità dei lavori parlamentari in prospettiva comparata. Speciale Seminario di studi e ricerche parlamentari “Silvano Tosi”*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2014, n. 2. Più di recente v. gli scritti in G.L. CONTI, P. MILAZZO (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa University Press, Pisa, 2017.

⁴ C. ESPOSITO, *Atti parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 77 ss.

⁵ A partire da [Corte cost., sentt. n. 9 del 1959](#) e [134 del 1969](#), ove si legge che «processi verbali, resoconti sommari e stenografici, messaggi del Presidente dell’Assemblea legislativi sono [...] mezzi di prova particolarmente autorevoli, a nessuno dei quali però è riconosciuta efficacia privilegiata. Giacché, se così fosse, la garanzia del rispetto delle norme costituzionali sarebbe concretamente rimessa all’organo attestante una verità incontrovertibile, anziché al giudice della costituzionalità delle leggi». Sul punto, P. COSTANZO, *Osservazioni in tema di pubblicità dei lavori legislativi*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà: atti regolamenti e prassi della Camera nella VII legislatura*, Giuffrè, Milano, 1979, 493-4.

titolarità della sovranità al popolo⁶ ovvero al principio fondamentale dell'art. 3 di partecipazione del cittadino all'organizzazione politica⁷. La pubblicità è ciò che rende presente il popolo rappresentato: immette un poco di identità, di immediata datià del popolo, nella forma politica rappresentativa.

A cascata, potrebbe pacificamente concludersi che la messa in pubblico dell'attività parlamentare, in tutte le sue forme, vecchie e nuove, inverte la Costituzione o, per lo meno, queste disposizioni costituzionali e accorcia lo scarto tra rappresentanti e rappresentati. E così chiudere la questione.

Ma la conclusione può essere revocata in dubbio e la questione restare tale ove si acceda ad un secondo livello di lettura del testo costituzionale e ci si interroghi sul senso pregnante della pubblicità di una assemblea parlamentare rappresentativa. Entra in gioco il legame pluri-verso tra pubblicità, principio democratico e principio rappresentativo che potrebbe ridimensionare la decisività delle nuove tecniche di visibilità del potere per uscire dalla crisi del Parlamento.

2.1 La pubblicità e il principio democratico

Non è in discussione il fatto, storicamente e teoricamente fondato, che la pubblicità del Parlamento è stata un portato della democratizzazione del parlamentarismo, della lotta per la sovranità popolare e, con essa, per l'elettività del Parlamento⁸. È vero che nel parlamentarismo inglese è stata la segretezza, il *privilege*, a consentire al Parlamento la contrapposizione all'assolutismo monarchico⁹. Ma le contingenti ragioni di quella segretezza sono indubabilmente venute meno.

Dopo l'atto dell'elezione, dell'investitura, la democraticità della relazione tra governanti e governati esige per lo meno la conoscenza dell'attività parlamentare che sola ne consente la controllabilità. E ciò è ancora più essenziale per la democraticità, intesa volgarmente come esercizio concreto del potere da parte del popolo, della rappresentanza connessa con quella *contradictio in adiecto* che è il 'libero mandato': la segretezza dell'attività parlamentare interromperebbe qualsiasi relazione con i rappresentanti.

Non pare, però, che il senso, che più significa per il diritto costituzionale, del nesso tra pubblicità dei lavori parlamentari e democrazia sia quello, politologico, della retorica della visibilità e pubblicità del potere.

La pubblicità attiene all'*essenza* del parlamentarismo elettivo in un'accezione più pregnante.

Ora, si può giustificare il primato del Parlamento con la sovranità popolare. Ma non occorre attingere alle radicali critiche rousseauiane, marxiste o conservatrici-reazionarie della rappresentanza parlamentare per svelare la debolezza, dal punto di vista della sovranità popolare, di quella legittimazione. È sufficiente la critica kelseniana, interna alla democrazia parlamentare: la volontà del Parlamento non può valere *come* volontà del popolo rappresentato, perché, con l'introduzione del libero mandato, il primo è giuridicamente indipendente dal popolo che lo elegge e perché «non esiste

⁶ Tra i molti, legano la pubblicità alla democraticità del potere visibile, controllabile, à la Bobbio, L. GIANNITI, C. DI ANDREA, *Art. 64*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 1235; R. MORETTI, in T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DE CARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2005, 185; G. F. CIAURRO, *La resocontazione dei lavori parlamentari*, in *Nuovi studi politici*, 1983, n. 3, 10-1.

⁷ A. MANZELLA, *Art. 64 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1986, 37.

⁸ Con specifico riferimento alla Francia rivoluzionaria si veda l'ampio saggio di P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari (profili storico-comparatistici ed aspetti attuali)*, in *Rass. parl.*, 1980, 203.

⁹ *Ibidem*, 205. Il punto è pacifico negli studi storici: per tutti V. STRINATI, *La pubblicità dei lavori parlamentari dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, n. 2, 24.

affatto una volontà del popolo in senso giuridico e, oltre a ciò, una volontà unitaria del popolo è una chimera»¹⁰ o, detto altrimenti, «il popolo nel suo complesso è muto»¹¹.

Se così è, la rappresentanza parlamentare, la rappresentanza di diritto pubblico, laddove imputa al popolo la volontà del Parlamento, è una «finzione giuridica»: la prova più evidente è che non vi è una *regola* di diritto costituzionale positivo che attribuisca alle deliberazioni del popolo il valore di legge e che disponga che il Parlamento, in casi eccezionali, può adottare leggi, imputandone gli effetti al popolo, *come se* fossero state poste dal popolo stesso¹².

Questa regola resta valida e probante anche per il diritto costituzionale vigente.

La Costituzione prescrive la *norma*, la regola costitutiva dell'art. 70: la legge è atto, deliberazione collettiva, del Parlamento. Al più, gli artt. 77, comma 1, e 87, comma 5, predicano il «valore di legge» o «valore» legislativo di decreti del Governo. Confermano che la legge, quindi l'atto dell'Assemblea rappresentativa, è costituita quale valore: nel valore *di* legge la legge non ha valore ma è il valore, l'ideal-tipo. L'art. 77, comma 1, aggiunge che a quel valore, a quell'unità di misura, la Costituzione equipara, ad una condizione, solo atti del Governo che, pur non essendo leggi, *valgono* come se fossero leggi. La condizione dell'*equi-valenza* tra decreti/atti del governo e legge è l'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento. Potrebbe obiettarsi che nella Costituzione vigente, in virtù dell'art. 75, il popolo partecipa della funzione legislativa mediante il referendum abrogativo, che è, almeno potenzialmente, fonte del diritto, più specificatamente atto con 'forza' (se non con 'valore') di legge, perché abrogare – sulla scia delle *Lezioni* di Crisafulli – non significa «*non disporre*» ma «*disporre diversamente*». Con la conseguenza che non avrebbe molto senso distinguere tra disporre in negativo e disporre in positivo. Ma, con poca originalità¹³, potrebbe replicarsi che, comunque, anche il referendum è atto *rappresentativo*, in quanto implica sempre forme di rappresentazione, di mediazione, che escludono l'immediata dedità del popolo.

Contro Kelsen, potrebbe mettersi in questione che imputare al popolo la volontà del Parlamento sia davvero una «finzione» giuridica. Il dubbio è che Kelsen scambi per finzione la funzione costitutiva del diritto. In un discorso che qui può solo essere iniziato, il diritto è sempre artificio e costruzione. È il carattere auto-presupponente del diritto (e del linguaggio, del diritto come linguaggio, come pratica discorsiva), la sua potenza. È la performatività e costitutività del diritto (e del linguaggio): nel mondo del diritto gli eventi, i fatti, le cose, non (pre)esistono se non sono nominati, codificati, tradotti, qualificati, dal diritto e per ciò stesso costituiti. Il diritto romano aveva addirittura creato, «istituito», la natura: la realtà era artificio. A dire che anche il concetto di natura dipende sempre, per il diritto, dal modo in cui esso lo determina: neppure la natura è un «dato» già acquisito e, anche quanto lo si consideri dato, è il diritto che lo definisce, lo pre-suppone come dato e, quindi, lo pone come proprio presupposto. È la giuridicizzazione della natura, fondata sulla separazione romanistica tra persona e individuo, che corrisponde alla distinzione tra parole e cose. Cioché anche il successivo movimento della naturalizzazione, personificazione, della realtà giuridica presuppone logicamente la costituzione della natura. La persona, nella tradizione romanistica, è un'operazione funzionale a costituire un punto di imputazione di obbligazioni e diritti. Ogni persona, da questo punto di vista, è persona giuridica. Tutto, a seguire Kelsen, sarebbe finzione.

¹⁰ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, 793. L'idea dell'«indipendenza giuridica» del parlamento dal popolo è anche in H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. S. Cotta e G. Treves, Ed. di Comunità, Milano, 1963, 293 ss.

¹¹ *Ibidem*, 701. Realisticamente, ID., *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, 194, nota che «non si può negare che il popolo, come massa di individui di differenti livelli economici e culturali, non ha una volontà uniforme, che solo l'individuo possiede un volere reale e che la cosiddetta «volontà popolare» è un modo di dire figurato e non una realtà».

¹² H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 693 ss.

¹³ Attingendo alla nota tesi elaborata da M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005.

A ben vedere, però, potrebbe significare solo che è costituita, che è artificio, ma che è reale e non finta. Se torniamo alla volontà popolare, è allora piuttosto vero che non esiste una volontà del popolo come volontà naturale della collettività: le comunità umane non hanno volontà, ma agiscono e deliberano sulla base di regole accettate da quella comunità. Sono le regole che costituiscono quella volontà: e le regole sono artificiali, perché poste, ma non sono finte, sono reali.

In ogni caso, resta che nella Costituzione vigente tra rappresentanza parlamentare e sovranità del popolo vi è uno scarto. La rappresentanza parlamentare è legata organicamente, strutturalmente, alla sovranità del popolo mediante le elezioni, ma ne è funzionalmente indipendente¹⁴. Potrebbe persino dirsi che, nella rappresentanza libera dell'art. 67 della Costituzione, la sovranità è di chi rappresenta liberamente e non del popolo. Il senso del principio di sovranità popolare dell'art. 1 è allora quello opposto di disgiungere la sovranità dal circuito rappresentativo: proprio perché la sovranità è del popolo e non dello Stato, questa non si risolve nella rappresentanza parlamentare.

Il principio parlamentare si può, però, legittimare senza l'ausilio della rappresentanza del popolo. E i passaggi di questa legittimazione conducono diritto alla pubblicità del procedimento parlamentare.

Il primato del Parlamento può derivare dall'essenza del parlamentarismo come tecnica di «formazione della volontà normativa dello stato da parte di un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed eguale, e quindi democraticamente, secondo il principio maggioritario»¹⁵ ed «il suo valore giustificato come mezzo specifico di tecnica sociale per la produzione dell'ordinamento statale»¹⁶. A sua volta, la formazione di una valida volontà statale in seno al Parlamento è connessa alla democrazia per il tramite del principio di maggioranza, che corrisponde al massimo di libertà politica che consente il diversificante principio della divisione del lavoro. Il principio di maggioranza non si giustifica, infatti, con il principio di uguaglianza, sostenendo cioè «che più voti hanno peso complessivo maggiore che meno voti»¹⁷, perché significherebbe la prevalenza della forza sul diritto. Piuttosto «soltanto l'idea che, se non tutti, deve comunque essere libera la maggior parte degli uomini, cioè che soltanto una minima parte di loro deve trovarsi in contraddizione con la volontà generale dell'ordinamento sociale, soltanto quest'idea conduce, su una via razionale, al principio di maggioranza»¹⁸. Ma – e questo è il punto decisivo di passaggio – la maggioranza crea la minoranza o meglio il diritto, il 'titolo' giuridico, all'esistenza di una minoranza, che sola consente, concettualmente, l'esistenza della maggioranza. Così facendo, il principio di maggioranza – e il co-implicato principio di minoranza – «crea la possibilità del compromesso»¹⁹. Non è chiaro se per Kelsen, alla fine, il compromesso sia argomentazione o negoziazione, sia agire discorsivo-comunicativo o agire strategico: è «approssimazione reale all'unanimità, richiesta dall'idea di libertà, nella produzione dell'ordinamento sociale da parte di chi a tale ordinamento è assoggettato»²⁰, ovvero decisione ragionevole della maggioranza che rappresenta la volontà generale, ma anche, strategicamente, «accantonamento di ciò che divide in favore di ciò che unisce» ovvero «scambio», «contratto», «accordo»²¹. In ogni caso, il compromesso presuppone un incontro di ragioni o almeno un'intesa transattiva tra interessi particolari che non può darsi al di fuori di una comunità di discorso e di pre-condizioni discorsive: il compromesso è sempre

¹⁴ La disgiunzione nel testo costituzionale tra la sovranità del popolo e la rappresentanza parlamentare poggia, teoricamente, sul *dispositivo* binario della persona giuridica, in cui il corpo politico non è mai interamente sovrapponibile a quello del sovrano, indagato nella riflessione filosofica più recente da R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2014, 16 ss. e 105 ss.; ID., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, 7 ss., 41 ss. e 109 ss.

¹⁵ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982, 175.

¹⁶ *Ibidem*, 178.

¹⁷ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 718.

¹⁸ *Ibidem*, 719.

¹⁹ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 193.

²⁰ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 721.

²¹ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, loc. ult. cit.; ma in termini sostanzialmente identici ID., *Democrazia*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit., 30.

il risultato di una discussione. Kelsen parla del procedimento parlamentare come di una «tecnica dialettico-contraddittoria, fondata su discorsi e repliche, argomentazioni e contro-argomentazioni [...] rivolto al raggiungimento di un compromesso»²². E specifica che il discorso che esige il «*procedimento parlamentare*» [...] «affinché i vari interessi dei gruppi rappresentati in parlamento possano esprimersi, manifestarsi come tali», è il «*pubblico dibattito*»²³.

La conclusione non pare mutare ove si ritenga che per Kelsen il compromesso sia il «presupposto e non il risultato del voto maggioritario», in quanto accordo sulla procedura, sull'accettazione della decisione di maggioranza: in ogni caso, quell'accettazione esige che la decisione sia approvata dopo un «corretto dibattito parlamentare»²⁴. Il confronto tra ragioni, la *procedura* parlamentare, è più precisamente l'oggetto, minimo, del compromesso parlamentare.

Kelsen, poi, lega pubblicità e popolo per legittimare democraticamente – e non solo tecnicamente – il principio parlamentare: «la pubblicità della procedura deve, in un certo qual senso, sostituire la mancanza di una formazione diretta della volontà statale nell'assemblea di tutto il popolo. Attraverso questa pubblicità, lo scontro delle opinioni che si manifesta nella procedura parlamentare deve essere portato negli strati più ampi del popolo, il quale non partecipa direttamente alla formazione della volontà statale, assicurandogli, per lo meno indirettamente, attraverso le ripercussioni dell'opinione pubblica sul parlamento, una certa influenza sulla produzione normativa»²⁵.

Ciò che, però, conta è che la pubblicità è principio fondamentale della democrazia parlamentare solo se è tutt'uno con la dialettica e il contraddittorio parlamentare.

Così, la pubblicità delle sedute di per sé non garantisce la pubblicità del dibattito: rendere immediata la presenza del popolo non rende *pubblica* la procedura parlamentare nella sfera del 'politico'. Possono aversi sedute pubbliche, ma decisioni private.

Tornando alla questione di diritto costituzionale positivo, è vero che non c'è una disposizione costituzionale che prescriva espressamente, come nella Costituzione di Weimar, che il Parlamento discuta pubblicamente. Ma il testo costituzionale distingue tra sedute e lavori pubblici e, secondo l'art. 72 Cost., la *discussione* in Assemblea, nel luogo della pubblicità delle sedute e dei lavori, è la regola. Può trarsi che la pubblicità non inerisce la visibilità di una qualsiasi attività parlamentare, ma è il predicato di una attività che deve avere la qualità, il valore, del dibattito.

Le forme di pubblicità parlamentare contribuiscono al 'primato' del Parlamento o, ridimensionando l'obiettivo, ne attenuano la crisi solo se rendono pubblica la discussione e la deliberazione parlamentare e non già la mera decisione: deve mettersi in pubblico un dibattito tra 'ragioni', una discussione, per restare nella dimensione della pubblicità propria del politico.

Al contrario, se la pubblicità dell'attività parlamentare si dissocia dalla discussione, se quella pubblicità resta senza contenuto *pubblico*, le tecniche di comunicazione pubblica sono solo 'retorica' della sovranità popolare, quasi a significare che quando il Parlamento contava esso ambiva al *privilege*, quando non conta più attinge a forme rituali di pubblicità per alimentare la finzione della sovranità popolare. D'altronde, la pubblicità dei lavori parlamentari non fu messa in discussione dal fascismo²⁶. La pubblicità senza contenuto diventa, con disincanto, tecnica di immunizzazione del potere, una maschera di cui il potere si serve per legittimarsi attraverso le apparenti neutralizzazioni del modello discorsivo. Ma, al di là della maschera, vi sarebbe una sovranità che si pone come

²² *Ibidem*.

²³ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 195. I corsivi sono testuali.

²⁴ P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 196-7, da cui sono tratti i virgolettati e 231 ss., che lega l'idea compromissoria della volontà generale, nei termini di una non incompatibilità, con l'idea della giustificazione (della deliberazione politica) attraverso la ragione pubblica.

²⁵ H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., 784-5.

²⁶ Cfr. artt. 9 del regolamento del Senato (1938) e art. 22 del regolamento della Camera dei fasci e delle corporazioni (1939). Sulla pubblicità dei lavori parlamentari come «strumento di propaganda», come «pubblicità manipolata», con lo scopo di «creare forme di consenso», cfr. P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, cit., 295.

decisione politica pura e che si mette in pubblico solo per legittimarsi, secondo la logica del fatto compiuto.

Questo pare sufficiente per concludere che, se si misurano le plurime forme di pubblicità dell'attività parlamentare con la sfera della pubblicità propria del politico, quelle forme di per sé non garantiscono la pubblicità come «pubblico dibattito» in seno al Parlamento e, quindi, sono rimedi insufficienti per ricostituire il 'valore' del parlamentarismo.

2.2 La pubblicità e il principio rappresentativo

Ma la comunicazione pubblica delle attività parlamentari svela limiti costituzionali, ancora più invalidanti, ove si concateni la pubblicità del Parlamento degli artt. 64 e 72 della Costituzione con la sua *rappresentatività*.

Qui il rasoio critico delle tecniche di visibilità del Parlamento è la concezione della rappresentanza politica, come principio di forma politica, della dottrina schmittiana della Costituzione²⁷.

Non si nascondono le difficoltà teoriche di riorientare in ambiente pluralista la dottrina schmittiana della rappresentanza politica. Ma l'argomento del legame *esistenziale* tra pubblicità e rappresentanza implica la rappresentanza non solo come struttura giuridico-politica, ma anche estetico-cognitiva, che resta ineliminabile nella democrazia costituzionale pluralista.

In Schmitt la *pubblicità*, la *Öffentlichkeit*, è consustanziale alla rappresentanza perché la seconda è principio di forma dell'unità politica di un *popolo*, è rappresentazione di quell'unità non immediatamente ed identitariamente presente. Il legame tra pubblicità e rappresentanza è l'esistenza politica di un popolo, è *esistenziale*.

«Non c'è nessuna rappresentanza senza pubblicità, nessuna pubblicità senza popolo»²⁸: significa che così come non si dà nessuno Stato senza rappresentanza, allo stesso modo non c'è nessuno Stato, che è sempre *status*, condizione, dell'unità politica di un popolo, senza elementi di identità, cioè senza l'esistenza e presenza del popolo.

A sua volta «popolo è un concetto che diviene esistente solo nella sfera della pubblicità. Il popolo appare solo nella pubblicità; esso produce anzi la pubblicità. Popolo e pubblicità coesistono; nessun popolo senza pubblicità e nessuna pubblicità senza popolo. E precisamente il popolo produce la pubblicità con la sua presenza. Solo il popolo effettivamente riunito e presente è popolo e produce la pubblicità»²⁹.

La connessione pubblicità-popolo attribuisce valore alla forma rappresentativa parlamentare perché evita la sua radicalizzazione, la riduzione a pura decisione aristocratica e, di conseguenza, lo svuotamento di contenuto dello Stato, ovvero uno Stato senza popolo³⁰. Potremmo dire che il libero mandato rende possibile al Parlamento di *de-liberare* e la pubblicità è quel tanto di popolo che deve essere reso presente nella rappresentanza parlamentare. La rappresentanza ha bisogno di un poco del principio strutturale opposto dell'identità: anzi, più decisamente, la pubblicità deve inerire il

²⁷ Il legame tra il concetto di pubblicità e la rappresentanza in Schmitt non è riconducibile al principio democratico, perché la rappresentatività non implica la democraticità. Anzi, l'una e l'altra rinviano ai due principi politico-formali opposti, al principio della rappresentanza ed al principio dell'identità: il principio rappresentativo è un principio di forma politica aristocratico-oligarchico, che è apparso democratico solo per l'opposizione storica del Parlamento, come rappresentante del popolo unito politicamente, alla monarchia assoluta e la cui aristocraticità si è attenuata con il processo di democratizzazione del Parlamento, ma che resta di fondo aristocratico. Per Schmitt «il rappresentativo contiene cioè proprio il non-democratico» nella democrazia rappresentativa, ovvero «nella misura in cui il Parlamento è un rappresentante dell'unità politica, esso si trova in contrasto con la democrazia»: C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, tr. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984288.

²⁸ C. SCHMITT, *op. cit.*, 274.

²⁹ *Ivi*, 319.

³⁰ Il che, per Schmitt, è un non-senso anche al di fuori della democrazia.

Parlamento affinché questo sia rappresentativo, perché renda presente l'unità politica del popolo assente.

Proprio perché deve rappresentare l'unità politica di un popolo, non il popolo nella sua esistenza naturale e non individui privati, ma l'esistenza politica di un popolo come totalità, la rappresentanza parlamentare «può svolgersi solo nella sfera della pubblicità»³¹. E per questa stessa ragione la rappresentanza fa parte della sfera del 'politico': il rappresentante politico è un essere «presente pubblicamente» che rende visibile un essere invisibile che può essere rappresentato politicamente perché è «capace di una progressione nell'essere pubblico di un'esistenza»³². Il legame è tra rappresentanza, pubblicità e sfera del politico.

Il passaggio successivo porta alla necessità, per lo meno, della *pubblica* discussione, del *pubblico* dibattito³³.

La rappresentanza si impone quando non vi è omogeneità sostanziale: «dove tutto concorda, la decisione deve prodursi da sé senza discussioni e senza contrasti di interessi essenziali, poiché tutti vogliono la stessa cosa»³⁴. Il Parlamento e la procedura parlamentare pubblica, quindi rappresentativa, servono, invece, per costituire l'unità politica quando serve la «mediazione»³⁵ e, dunque, quando il popolo non può agire politicamente nella sua immediata identità.

Quando *rappresenta* veramente, allora, il Parlamento è il luogo di una «pubblica discussione» delle opinioni politiche e di «una pubblica deliberazione»³⁶. A metà tra il popolo immediatamente presente con sé stesso in quanto unità politica e la rappresentanza assoluta, vi è il Parlamento che trova «nella discussione pubblica la verità razionale e la giusta norma. La discussione è l'umano, il pacifico, il progressivo». Non deve essere «trattazione commerciale» o «calcoli»³⁷. Per contro, la segretezza non è rappresentativa, non è politica, potrebbe considerarsi non democratica³⁸. Le sedute, i comitati e le discussioni segreti attengono agli affari, al tecnico-economico e non al politico.

Se viene meno la pubblicità, se «l'assemblea plenaria pubblica non è più il luogo nel quale, sulla base della pubblica discussione, si forma la decisione», se il Parlamento decide con una consultazione segreta e «rende noto il risultato della deliberazione in una seduta pubblica nella forma di votazioni»³⁹, il suo carattere rappresentativo, in senso autentico, viene meno e non può assumere decisione politica.

Senza pubblicità, senza presenza del popolo come unità del tutto, il Parlamento diventa una macchina, un meccanismo, per decidere, ma scompare dall'universo rappresentativo o, che è lo stesso, la rappresentanza perde il suo «valore»⁴⁰. E la sfera del politico cede alla sfera privata.

Non è allora detto che tutte le tecniche comunicative che propagano l'immagine del Parlamento pertengano, di per sé, alla pubblicità propria della rappresentanza politica: se la rappresentanza parlamentare non sa rendere visibile l'esistenza politica del popolo, se lo Stato è senza popolo, la sua immagine ha poco a che fare con la pubblicità e, quindi, con la rappresentatività della sfera del politico.

³¹ *Ivi*, 275.

³² *Ivi*, 277: il corsivo è nostro. Nel testo tradotto da A. Caracciolo mancano il corsivo e la virgola, che, nel testo in tedesco, precede *einer Existenz*: cosicché, ritraducendo il passo, l'esistenza (l'uscire da) equivale alla progressione nell'essere pubblico e la pubblicità è esistenza.

³³ *Ivi*, 416.

³⁴ *Ivi*, 284.

³⁵ Si potrebbe pensare di porre a confronto la «mediazione» di cui discorre Schmitt con il «compromesso» kelseniano. Ma le questioni che così si solleverebbero meriterebbero uno studio autonomo.

³⁶ *Ivi*, 416.

³⁷ *Ivi*, 416 e 420.

³⁸ Schmitt porta il discorso alle estreme conseguenze anche con riguardo all'elezione individuale a suffragio segreto: quel metodo non è democratico, è espressione dell'individualismo liberale, che trasforma il cittadino, ossia la figura specificamente democratica, cioè politica, in un uomo privato (*ivi*, 321).

³⁹ *Ivi*, 421.

⁴⁰ *Ivi*, 283.

Ma, soprattutto, le forme più recenti di pubblicità-propaganda che vanno sotto il nome di comunicazione ‘pubblica’ o ‘istituzionale’, che di sovente cercano una soluzione fuori dal dibattito parlamentare e che mutuano le tecniche di vendita del mercato, degli affari, del diritto privato, conducono lontano dalla pubblicità come dimensione del politico⁴¹. Il paradigma è quello economico del *marketing* pubblicitario. L’epilogo è la privatizzazione dello Stato e della pubblicità: ovvero il rovesciamento del senso più profondo della rappresentanza politica.

2.3 La rappresentanza/rappresentazione e l’immagine

Nel governo rappresentativo e democratico, per le forme specifiche di pubblicità delle sedute e dei lavori parlamentari si pone la questione della coerenza o almeno della compatibilità con il principio positivo della rappresentanza politica elettiva.

Il parlamentarismo implica, in una qualche misura, il pensiero della ‘rappresentazione’.

Nella rappresentazione, quale struttura teoretico-cognitiva della teologia, della filosofia e dell’arte, vive la tensione tra i registri dell’identità e dell’alterità-differenza, tra il visibile e l’invisibile, tra la copia e l’immagine originale, tra l’uno ed il molteplice, tra la prevaricazione dell’uno e il rischio dell’inutilità del molteplice.

Nella linea Hobbes-Schmitt-Leibholz la rappresentanza politica implica la stessa dualità: è stretta tra la presenza del rappresentante e l’assenza del rappresentato, dell’idea da rappresentare (sia essa il popolo, la nazione, etc.)⁴². La rappresentazione politica è rimando ad altro, non è solo stare al posto di qualcun altro, è costitutiva almeno dell’unità del popolo, della sua esistenza politica, se non proprio del popolo. 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. Rinvia alla logica della trascendenza della persona *versus* l’immanenza del corpo: è logica binaria. Include sempre un differenziale, uno scarto, proprio del trarre dall’assenza la forma della presenza.

In Hobbes il popolo non esiste prima di essere rappresentato, è il rappresentante, «un solo uomo» o «una sola persona», che ricostruisce la moltitudine come popolo, come «una sola persona», «è l’unità di colui che rappresenta, non quella di chi è rappresentato, che rende una la persona; ed è colui che rappresenta che dà corpo alla persona e ad una soltanto»⁴³.

Secondo la teologia politica di *Cattolicesimo romano e forma politica*, la rappresentazione è il *presentificare*: il rendere presente l’assente, visibile l’invisibile. Vive nella logica del segno perché si rappresentano «idee» e non «cose»⁴⁴. È trascendenza, perché il rappresentato deve essere reso presente (il popolo come soggetto costituente o Dio) in quanto si dà solo come assenza, è invisibile per essenza. Ciò che è immanente, come il potere tecnico-economico, è irrappresentabile e, per questo, può essere oggetto solo di proiezione, di rispecchiamento, di riflesso⁴⁵.

⁴¹ Seppure con altri argomenti giunge a questa conclusione R. BIN, *Assemblee elettive e comunicazione istituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 67 ss.

⁴² Sulla struttura logico-teoretica della rappresentazione politica, secondo la prospettiva di teologia politica, in queste poche battute si rinvia ai lavori di G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, FrancoAngeli Milano, 2003, 180; ID., *La rappresentazione e l’arcano dell’idea*, in *Il Centauro*, 1985, n. 15, 55 ss.; G. MAGRÌ, *Dal Volto alla Maschera. Rappresentazione politica e immagini dell’uomo nel dialogo tra Giardini e Schmitt*, FrancoAngeli, Milano, 2013, 275 ss.; M. COMETA, D. MARISCALCO (a cura di), *Rappresentanza/rappresentazione. Una questione di studi culturali*, Quodlibet, Macerata, 2014 e spec., sulla scia della monografia di Hasso Hofmann, il lavoro di P. COSTA, *La rappresentazione del politico: verità e metafora nei testi di sapere*, ivi, 47 ss.; G. A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Guida, Napoli, 1999, 490 ss.

⁴³ T. HOBBS, *Levitano*, XVII, Roma-Bari, 2001, 134.

⁴⁴ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. Galli, Bologna, Il Mulino, 1986, 49-50, 56 e 277.

⁴⁵ *Ibidem*, 35.

Nella *Dottrina della Costituzione* la dialettica del concetto di rappresentanza «consiste nel fatto che l'invisibile è presupposto come assente ed è tuttavia al tempo stesso presente [...] qualcosa privo di valore, qualcosa di basso non può essere rappresentato. Ad esso manca la specie sviluppata di essere che è capace di emergere nell'essere pubblico, che è capace di una esistenza [...] un essere accresciuto è capace di rappresentanza». Più precisamente «rappresentare significa rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è pubblicamente presente», onde nella rappresentazione «si manifesta concretamente una più alta specie di essere»⁴⁶.

Nella prospettiva teologico-politica, dunque, il Parlamento, nel rappresentare la nazione, il popolo o qualsiasi altra ellissi, personifica, unifica, la moltitudine, che non ha altra volontà all'infuori (e prima) della volontà dei rappresentanti, perché non è possibile farsi rappresentare nella volontà e trasforma politicamente quella moltitudine in *un* popolo. Al più, la volontà del popolo è l'elezione. Ma dopo l'elezione la volontà è del rappresentante, la cui volontà è giuridicamente, artificialmente, imputata all'altro. La rappresentazione del politico è una eccedenza logica (rispetto al rappresentato), un «movimento di trascendimento»⁴⁷, un supplemento, irriducibile alla mera raffigurazione o al rispecchiamento. In una, la rappresentanza/rappresentazione risponde a una economia creativa, e non mimetica, implicata dallo scarto tra il visibile e l'invisibile, tra l'assente che deve essere presente proprio perché assente e la sua personificazione, sino a porre il dubbio che il fondamento, assente, si dà soltanto nel suo essere rappresentato. Alla fine, la rappresentanza costituisce il popolo o, per lo meno, costruisce la forma dell'unità politica.

Ci si potrebbe sbarazzare del modello teologico perché fuorviante: presuppone necessariamente l'assenza, o meglio l'invisibilità dell'essere, di ciò che viene reso presente pubblicamente, cioè presentificato ai fedeli col rito pubblico.

La questione potrebbe, però, riaprirsi perché, anche laddove si 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»⁴⁸, si accetta l'«arcano della rappresentazione», perché è il divieto di rappresentazione che presuppone il paradigma – teologico-politico – *sacrificale*⁴⁹. La teoria dell'immagine di Nancy (immagine della violenza e violenza delle immagini, costruita sulla filosofia di Bergson) è particolarmente significativa, ai nostri fini, perché tratta della rappresentanza politica come *rappresentazione* in un discorso sull'*immagine*, che è anti-mimetica o, se anche mimetica (imitazione di una cosa), vale, comunque, da sé stessa. L'etimologia di *imago* è, infatti, in *imitor*, che si può avvicinare ad *aemulus*, emulo, rivale, non tanto nella riproduzione ma nella competizione per la presenza: l'immagine contende alla cosa la presenza, ne presuppone l'assenza, la mette in presenza, in *praes-entia*, in essere-davanti-a-sé, rivolta verso il fuori. Proprio come nel teologico-politico che Nancy critica ma non inverte, la rappresentazione non va pensata soltanto come un regime 'operativo' e 'tecnico', la 'macchina' parlamentare: «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. Proprio per questo, perché non è copia della cosa, la rappresentazione, come forma mentale o intellettuale prima che politica, è «all'incrocio tra

⁴⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 277.

⁴⁷ Così G. DUSO, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, n. 41, 28.

⁴⁸ R. ESPOSITO-J.-L. NANCY, *Dialogo sulla filosofia a venire*, in J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Einaudi, Torino, 2001, XV. 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, 66.

⁵⁰ *Ibidem*, 63.

l'immagine e l'idea»⁵¹. 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: è comune (*simul*) la radice di *ressembler* (rassomigliare) e *rassembler* (assemblare, riunire...) ⁵².

Anche nel discorso aperto da Nancy, dunque, l'*assemblea* parlamentare può definirsi il luogo della messa in presenza della cosa, o meglio dell'idea, assente, da rappresentare politicamente. L'esito resta lo scarto tra il rappresentante e il rappresentato, che non si riconosce nell'immagine di sé, che non è copia⁵³.

Realisticamente, tutto ciò può indurre a dire che la rappresentanza politica non è in crisi, ma che, piuttosto, è da sempre aporetica, perché insolubile: l'aporeticità della rappresentazione, apparsa ideologia e finzione, deriva dalla sua stessa struttura logica, dalla sua trascendenza rispetto al mero rispecchiamento del rappresentato o perché il rappresentato non preesiste al rappresentante o perché, in ogni caso, non vi è somiglianza tra il rappresentante ed il rappresentato. E, quindi, non può che essere atto di *immaginazione*: si pensi a Rawls e alla rappresentanza che consente, con il ricorso al velo d'ignoranza, la costruzione del popolo basata non già su caratteristiche condivise, naturali o sostantive, delle persone, ma solo sulla qualità di cittadini liberi ed eguali⁵⁴.

Potrebbe concludersi 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 popolo⁵⁵. O, in ogni caso, la presa d'atto dell'aporia del governo rappresentativo potrebbe aiutare ad accettarne la componente aristocratica⁵⁶.

Ma l'una e l'altra conclusione paiono inconfidenti rispetto alla (o, comunque, non risolvono la) questione che pone il diritto costituzionale vigente.

Se la Costituzione attribuisce la titolarità della sovranità al popolo, per ciò stesso, esclude la sovranità del rappresentante, cioè di chi sta al posto del popolo. Nella rappresentanza fondata su elezioni la rappresentanza politica non può incorporare un plus-valore dei rappresentanti rispetto ai rappresentati, perché i primi non possono esercitare più potere di quello che la logica democratica del rapporto tra governanti e governati giustifica. Deve mantenere il legame con il rappresentato, il popolo, che deve, in un qualche modo, preesistere per essere sovrano. Se c'è elezione c'è un popolo concreto che vuole o, per lo meno, sceglie e c'è una qualche forma di mandato. Semplificando, se c'è elezione, c'è una dipendenza strutturale tra rappresentato e rappresentante, perché c'è 'qualcuno' che preesiste al rappresentante e gli sopravvive e quella dipendenza, pena il suo annichilimento, non può non implicare una qualche corrispondenza, se non una *proiettività*⁵⁷, tra l'uno e l'altro. La *rappresentazione* parrebbe messa fuori gioco dal diritto positivo.

In virtù del libero mandato dell'art. 67, Cost., però, il Parlamento rappresenta nella separazione/indipendenza governanti-governati: dipende organicamente dal corpo elettorale,

⁵¹ *Ibidem*, 68.

⁵² *Ibidem*, 24, nota 15.

⁵³ L'archeologia del sapere di Foucault ha, del resto, dimostrato che la rappresentanza-rappresentazione ha sostituito la somiglianza come forma di conoscenza: M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Bur, Milano, 2013, 50 ss.

⁵⁴ Sulla critica di Habermas a Rawls in *Conciliazione tramite uso pubblico della ragione*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998, 63 ss. e sulla risposta di Rawls, *Risposta a Jürgen Habermas*, in *Micromega*, suppl. 1995, n. 5, 51 ss., basti qui M. VATTER, *Il potere del popolo e la rappresentanza in Rawls e nel repubblicanesimo civico*, in *Filosofia politica*, 2010, n. 2, 263 ss.

⁵⁵ Stigmatizza tali polarizzazioni P. ROSANVALLON, *Il politico, Storia di un concetto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, 35.

⁵⁶ C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2010, 156.

⁵⁷ Si mutua l'espressione da C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, n. 4, 849 ss.

attraverso le elezioni, ma ne è funzionalmente indipendente⁵⁸. L'art. 1, Cost., contiene, del resto, l'esercizio della sovranità da parte del popolo nelle «forme e nei limiti della Costituzione». La *rappresentazione* potrebbe, dogmaticamente, rientrare in campo, in quanto se l'eletto deve rappresentare tutti e non solo chi lo ha eletto, se deve volere per la nazione, allora non può scoprire una volontà già pre-formata. Anzi, potrebbe argomentarsi che proprio perché *rappresentante* può decidere per la città, dopo che non vi è più somiglianza, aderenza, tra rappresentanti e rappresentati e dopo che non vi è più una unità politica che preesiste da riprodurre. Il pluralismo non può, infatti, che implicare *una* unità politica da costituire e non già l'unità precostituita da difendere. Il che, però, significa che quella rappresentanza non può e non deve rinviare ad una concezione mimetica, bensì, appunto, creativo-costruttiva di ciò che non le preesiste⁵⁹.

2.4 L'iper-rappresentazione e l'idolo

A qualsiasi esito si pervenga in ordine alla rappresentanza nella direzione ascendente del rapporto governati-governanti, il disvelamento della struttura logico-teoretica della rappresentanza pone problemi alla rappresentazione del Parlamento nella direzione discendente, che segue il momento dell'investitura, dell'elezione.

La prima attiene al paradigma della democrazia della rappresentanza e la seconda a quello della democrazia della responsabilità. E ciò, almeno, a partire dalla nota tesi di Robespierre nel discorso pronunciato il 10 maggio 1793: dà per scontato, con Rousseau, che la volontà non può essere rappresentata, ma delinea la pubblicità dei lavori, intesa quale necessario loro svolgimento alla presenza del popolo, come strumento di responsabilità dei rappresentanti nei confronti del popolo sovrano che consente di restare egualmente lontani «sia dalle bufere della democrazia assoluta sia dalla perfida tranquillità del dispotismo rappresentativo»⁶⁰.

Quello che, però, le accomuna è il movimento del rendere presente l'invisibile che è presupposto come assente e che forse non pre-esiste – o, per lo meno, non pre-esiste nella medesima forma – prima della sua messa in presenza.

La *rappresentazione* del Parlamento dinnanzi alla Nazione, al popolo o a qualsiasi altra astrazione (ma forse anche dinnanzi ad una comunità concreta) non è mai mero rispecchiamento, copia, di ciò che si mette in presenza, ma vive della mediazione di realtà sensibili. Già le forme cartolari di pubblicità delle attività parlamentari sono forme indirette, mediate, dalla scrittura di testi che non hanno valore legale⁶¹. Le immagini teletrasmesse manipolano il fatto, l'oggetto. La mediazione aumenta nelle forme di comunicazione istituzionale governate dal ruolo dei giornalisti parlamentari, degli addetti all'ufficio servizi, dalla selezione dei dati da diffondere attraverso la rete. La meta-rappresentazione diviene, alla fine, iper-rappresentazione. Amplifica – a rigore – la lontananza dai rappresentati, ne moltiplica, con condizionamenti reciproci, le immagini, le riproduzioni.

⁵⁸ 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, 1459-60.

⁵⁹ In questa prospettiva, si colloca il tentativo di P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Il Mulino, Bologna, 2005, che, per salvare il dispositivo rappresentativo e fare i conti con la rappresentazione dall'alto, ha provato a ripensarla come forza attiva e non reattiva, che *formieren* la persona sociale. È una concezione *costruttiva* della rappresentanza dinnanzi alle idee (popolo, nazione..) che non le preesistono e che trae la forza attiva dall'idea di rappresentazione come trascendenza.

⁶⁰ M. DE ROBESPIERRE, *Sul governo rappresentativo*, tr. it. a cura di A. Burgio, Manifestolibri, Roma, 1995, 29-33.

⁶¹ La parzialità dei resoconti stenografici, che non può che aumentare in quelli sommari, è stigmatizzata, fin dagli albori del Regno d'Italia, da P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, cit., 298.

Vale a dire che la rappresentazione pubblicitaria del Parlamento è ricostruzione di un filtro di ufficialità, è ricostruzione di immagine, è una narrazione, in cui, ricorrendo ad Hobbes, gli ‘attori’ si sostituiscono agli ‘autori’. In una, è immaginazione e non percezione⁶².

Ciò significa che le forme di pubblicità della rappresentanza parlamentare in direzione discendente sono vittima del medesimo paradosso che affligge la rappresentanza politica in senso ascendente.

È allora, per lo meno, singolare cercare soluzione alla crisi del Parlamento, intesa come crisi del rapporto mimetico, di immedesimazione tra rappresentanti e rappresentati, nelle regole parlamentari della sua auto-rappresentazione. Ciò avrebbe, infatti, senso solo ove la sua rappresentazione fosse ascrivibile ad una economia mimetica.

Soprattutto, però, si pone radicalmente la questione di diritto costituzionale positivo da cui siamo partiti: gli artt. 64 e 72 della Costituzione, legati al governo rappresentativo fondato sull’elezione e alla sovranità del popolo, del rappresentato, consentono al Parlamento di intervenire sulla percezione (o meglio sull’immagine) di sé, se questo intervento è necessariamente manipolativo? Consentono di costruire una immagine, anzi, necessariamente, più immagini, potenzialmente diverse dalla realtà, intesa come fisicità immediatamente presente, dei lavori parlamentari?

Si potrebbe tagliare corto e dire che questo è un falso problema e che tutte le forme rappresentative sono ammissibili in quanto, in fondo, questo dilemma non è davvero risolvibile: per il popolo assente non esistono lavori parlamentari nella loro realtà materiale e fenomenica, ma questi sono conosciuti già modificati dalla loro rappresentazione, diretta o più o meno indiretta. Tanto più che nessuna forma di pubblicità dei lavori ha valore legale.

In ogni caso, fa riflettere: in fondo davvero il ‘politico’ non può uscire dalla categoria della rappresentanza/rappresentazione e dai suoi paradossi. Ed è curioso che alla fine il Parlamento, che di quel paradosso rappresentativo era il ‘soggetto’ attivo, ne divenga il soggetto passivo: ci si chiede, infatti, quali regole devono presiedere alla percezione di quell’istituzione e quindi, dal lato attivo, alla sua non distorta rappresentazione.

Chiudendo il cerchio, la rappresentanza politica, che non riesce (forse perché non può riuscire e, in ogni caso, non ci riesce più nelle società pluraliste⁶³) ad essere mimetica, ma non può neppure essere nel governo democratico, secondo il modello elitista, creativa dell’unità politica o, almeno, non del popolo che, in qualche misura, poiché sovrano, deve pre-esistere, non può trovare una soluzione nella rappresentazione del rappresentante, che – rendendosi *visibile* – ricostruisce nella fase discendente il rapporto con il rappresentato, in quanto quella mimesi non è, teoricamente e materialmente (perché sempre sensibilmente mediata da altri), possibile.

La conclusione è che tutte le forme di percezione o rappresentazione del Parlamento e, più in generale, la c.d. comunicazione *pubblica* sono narrazioni, costruzioni di forme e come tali sono tutt’uno con la ragione della crisi del Parlamento: l’aporia della struttura logica della rappresentazione, che, per non trasfigurarsi in identità, non può essere riproduzione, immediata datità, ma che, proprio perché eccedenza, oltre la somiglianza, risentirà sempre dello scarto tra originale e copia. Ma quello scarto, in una forma di governo rappresentativa, non può essere colmato.

Si potrebbe andare oltre e porre la questione se queste tecniche comunicative, questi dispositivi di visibilità del Parlamento, lo trasformino, per restare alla dialettica tra il visibile e l’invisibile, in un idolo e non già in un’icona⁶⁴: il pericolo è – e qui torna l’ipoteca teologico-politica del discorso – l’idolatria, gli dei falsi. L’idolo non riproduce, ma offre l’unico originale: l’ufficio dell’idolo consiste nel dividere l’invisibile in una parte che si riduce al visibile e in una parte che si offusca come non-

⁶² Sulla scia di Husserl, tra immaginazione e percezione vi è la stessa differenza che corre tra *Re-präsentation* e *Präsentation*: la prima allude alla presenza nell’assenza, alla presenza nella rappresentazione, la seconda alla presenza immediata della cosa ai sensi, alla presenza *reale*.

⁶³ Forse la rappresentanza in senso ottocentesco non è scomparsa: semplicemente non è mai esistita nel senso in cui la si è comunemente intesa.

⁶⁴ J.-L. MARION, *L’essere, l’idolo, il concetto*, in G. DALMASSO (a cura di), *Di-segno, la giustizia nel discorso*, JacaBook, Milano, 1984, 181 ss.; ID., *L’idolo e la distanza. Cinque studi*, JacaBook, Milano, 1979.

mirabile. L'idolo è un «dio fabbricato», è «un'immagine che si ritiene abbia valore per sé stessa e non per quello che rappresenta, un'immagine che è di per sé una presenza divina»⁶⁵. È immanenza e, quindi, non può essere rappresentativo. Nell'icona, invece, è il visibile a procedere dall'invisibile. L'icona cerca di rendere visibile l'invisibile come tale, lo *rappresenta*: cerca di far sì che il visibile continui a rinviare ad altro da sé, senza però che questo altro possa mai riprodursi, poggia sulla trascendenza dell'invisibilità del Dio, sullo scarto che non deve essere abolito. L'idolo separa visibile ed invisibile, l'icona li unisce perché si fonda sull'ipostasi, sulla rappresentazione concreta di una realtà astratta o ideale (personificazione), sulla persona di colui di cui reca i segni, di colui che vi è iscritto. Tutto questo discorso ha a che fare con la rappresentazione cristologica (Cristo come icona del Dio invisibile), ma anche – e qui funziona il legame teologico-politico – con la rappresentazione politica, non ridotta a immanenza e imperniata sul dispositivo binario della persona giuridica.

Il punto dolente è che l'idolo tanto più maschera l'invisibile quanto più si avvolge di visibilità: potrebbe allora consumarsi un altro paradosso, quello di una ricerca affannosa di visibilità del Parlamento che, inintenzionalmente, lo *trasfigura* da icona del popolo invisibile a idolo (simulacro in Lucrezio) che si sostituisce al (Dio, popolo, nazione...) l'invisibile.

Con il che non è detto che la rappresentazione del Parlamento non abbia via di uscite tra il tutto-idolo o il senza-immagine, il divieto sacrificale di rappresentazione.

Implica, però, non caricare le tecniche di visibilità di alcuna aspettativa.

3. La legi-matica e il «valore di legge»

La tecnica di scrittura automatizzata della legge, quale rimedio alla sua s-valutazione, pone questioni, teoriche e dogmatiche, non molto dissimili.

Quella linea di ricerca applicata *à la page* che è la 'tecnica della legislazione', la legi-matica, guarda alla legge come a un regime 'tecnico', economico, operativo⁶⁶. Ma il dubbio è che il punto di vista della legge e della sua rappresentatività, il 'punto politico', posto di fronte alla tecnica e all'economia – legata alla prima o come mezzo o come fine – resti muto.

Dal punto di vista dogmatico, il ragionamento prende le mosse dal «valore di legge», dalla costituzione nel testo vigente della legge quale 'valore'.

La Costituzione discorre di «valore» e di «forza» di legge. Le ipotesi interpretative sono sostanzialmente due.

L'ipotesi dominante, crisafulliana, è quella di dedurre dalla forza il suo trattamento, il suo valore che è, quindi, dalla prima condizionato e, comunque sia, di sciogliere il valore nella forza⁶⁷. La forza

⁶⁵ J.-L. NANCY, *Tre saggi sull'immagine*, cit., 58.

⁶⁶ Paiono, però, ascrivibili alla centenaria tradizione della scienza della legislazione piuttosto che alla *tecnica* legislativa gli studi del Prof. Costanzo sul linguaggio e sulla scrittura della legge: v. P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, 184, che distingue la questione della qualità della legge, della sua intellegibilità ed accessibilità, dalle «tecniche legislative», intese come «passaggi procedurali nel confezionamento della legge e pertanto destinate ad essere assorbite nella dimensione del costituzionalmente indifferente alla stregua della disciplina parlamentare»; ID., *Introduzione ai lavori*, in *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina, 14 dicembre 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, 15 ss.; ID., *La lingua delle aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, n. 3.

⁶⁷ Sulla preminenza teorica e dogmatica della «forza di legge» V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, ed. 1984, 351; ID., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 959 ss.; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, 2 ss.; ID., *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (A proposito dei regolamenti «liberi» posteriori ed anteriori alla costituzione)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 3 ss.; seppure con accentuazione del profilo gerarchico-gradualistico, G. QUADRI, *La forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1979. In linea di continuità R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 106.

è l'idoneità (attiva) a porre nuove norme giuridiche, nonché la capacità (passiva) di resistere alle norme giuridiche disposte da fonti non equiparate ovvero non sovraordinate. La forza di legge è l'efficacia creativa di diritto, la qualità degli effetti della legge. La forza – indistinta dal valore – di legge esprime la *posizione* della legge nella *Stufenbau* e per esclusione quella delle altre fonti. Così la forza di legge preesiste al conseguente regime giuridico, al suo 'trattamento', vale a dire alla sindacabilità nel giudizio di legittimità costituzionale, che può anche definirsi valore di legge. La *force de la loi* è un dis-positivo, un meccanismo di funzionamento della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico.

L'altra ipotesi è quella di distinguere il 'concetto' di valore da quello di forza, seppure la Costituzione paia confonderli⁶⁸. Si è identificata la forza con la «particolare potenza», con la possibilità di «innovare» l'ordine legislativo, con ciò che la legge «è *in grado* di fare o non fare» e il «valore giuridico della legge», che sarebbe ciò che conta, ciò in cui si risolve la forza, con il «regime tipico dell'atto», ovvero con il «trattamento che l'atto riceve in seno all'ordinamento»⁶⁹. A rovescio, gli atti con forza di legge si convertono tutti in atti con valore di legge: la forza di legge della lettera dell'art. 77, comma 2, è, infatti, intesa come valore, con la conseguenza che il governo può porre in essere, in forma di decreti-legge, «provvedimenti concreti non partecipanti della funzione legislativa, e cioè sprovvisti della forza di legge»⁷⁰. Così, però, si finisce per riscrivere sia l'art. 77, comma 2, che l'art. 134 della Costituzione, che, letteralmente, si riferiscono alla forza e non al valore⁷¹. In ogni caso, escluso che l'art. 134 sia regola costitutiva (né *thetico*-costitutiva né *ipothetico*-costitutiva) della forza/valore di legge, in quanto pre-suppone il proprio oggetto⁷², si finisce per dedurre inammissibilmente il concetto normativo di valore di legge dal fatto che l'atto sia ritenuto dalla Corte costituzionale oggetto del proprio sindacato.

In questa diversa declinazione della seconda ipotesi si è provato a superare l'obiezione, ammettendo che la forza sia uno «pseudo-concetto»⁷³, più precisamente un «concetto ultimo»⁷⁴ di cui non si può ricercare alcun senso, ma ricercando in concreto gli elementi costitutivi del 'valore' legislativo originario, tratto dalla Costituzione e di quello derivato dalla legge, così da definire un criterio euristico per gli atti sindacabili dalla Corte⁷⁵. Così si supera la tautologia di definire atti sindacabili dalla Corte quelli dotati del valore di legge, se il valore risulta proprio da tale sottoponibilità. Resta, però, che anche qui – predicata la forza-efficacia di legge quale attributo del singolo atto, dell'atto individuo e non del tipo – si identifica il valore di legge come «valore giuridico

⁶⁸ A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss.; C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 1078 ss.; ID., *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 836 ss.

⁶⁹ A.M. SANDULLI, *Legge*, cit., 273 ss.

⁷⁰ *Ivi*, 276.

⁷¹ L'obiezione era già in V. CRISAFULLI, *Appunti di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, a cura di A. BALDASSARE, A. CERRI e F. MODUGNO, Bulzoni, Roma, 1968, 57; G. QUADRI, *op. cit.*, 23.

⁷² Obiettava l'ineducibilità della forza o del valore di legge dalla sindacabilità degli atti da parte della Corte V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 960. L'obiezione è stata ripresa da G. QUADRI, *op. cit.*, 2, nota 4, 3, nota 7, 22 e 23-4, che ha rilevato che «la forza di legge è dunque in rapporto di *presupposizione* con la sottoponibilità dell'atto al sindacato della Corte; la sua definizione deve necessariamente precedere, e non può in alcun modo identificarsi con il sindacato di costituzionalità. La sindacabilità dell'atto da parte della Corte costituzionale è cioè la *conseguenza* del fatto che l'atto è dotato di forza di legge» (i corsivi sono testuali). Pur aderendo all'ipotesi crisafulliana, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 108, ha ritenuto invece che, se le disposizioni che conferiscono ad atti diversi dalla legge formale forza di legge fossero sufficienti per estendere il regime tipico della forma di legge, gli artt. 75 e 134 conterrebbero norme ridondanti: al contrario sono quelle norme che equiparano, quindi costituiscono la forza di legge.

⁷³ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 18, nota 24; ID., *Legge*, in ID., *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, 38 ss.; ID., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 561 ss.

⁷⁴ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 6.

⁷⁵ *Ivi*, 17.

della legge» con l'esclusiva suscettibilità della legge di costituire oggetto di giudizio di conformità a Costituzione, di cui la legge è ordinario e necessario svolgimento. Ma l'art. 134 si riferisce alla forza di legge.

Si reimposta la questione in questi termini.

Non si nega che il dittico valore/forza di legge ordini, secondo il grado, o almeno l'intensità, di normatività, gli atti giuridici e, quindi, sia parte di un regime tecnico. Ma, dogmaticamente, il testo lascia un interstizio all'auto-*nomia*, in senso proprio, del valore (di legge) dalla forza. Teoricamente, per il diritto, accostare, identificare, valore e forza rasenta l'ossimoro.

Nella Costituzione l'art. 134, comma 1, lett. a), dispone che la forza di legge dell'atto sia il presupposto dell'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale⁷⁶. Quindi, pare più corretto legare la forza di legge (e non il valore) al suo trattamento, al suo regime tipico di dichiarazione di invalidità da parte della Corte costituzionale. Cosicché la forza di legge consiste nella esecutorietà da parte delle autorità esecutive e nell'applicabilità da parte dei giudici, prima del sindacato della Corte⁷⁷. L'art. 77 consente, invece, di fondare una distinzione tra l'una e l'altro e autorizza il giurista, senza abbandonare il proprio ufficio, alla ricerca di senso di quella differenza. È l'unica disposizione che nel proprio corpo usa differentemente valore e forza, distinguendo atti che in altri luoghi sono indistinti. A seguito della delegazione delle Camere i decreti hanno «valore di legge ordinaria». Quando, invece, il Governo adotta decreti in casi straordinari di necessità e di urgenza, sotto la sua responsabilità, si tratta di «provvedimenti provvisori con forza di legge». Escluso che il secondo comma dell'art. 77 sia un'eccezione al primo comma, che a sua volta è un'eccezione all'esercizio della funzione legislativa da parte delle Camere, la differenza è che i primi abrogano la legge ordinaria, innovano l'ordine legislativo, laddove i secondi, data l'eccezionalità, la contingenza e concretezza e quindi la provvisorietà, la derogano o, forse, presupponendone la vigenza, la sospendono⁷⁸. È l'opposto della identificazione sandulliana della forza con la potenza: il decreto-legge è *provvedimento* perché *provvisorio*, quindi la sua forza è esattamente inidoneità a modificare per il futuro il diritto legislativo; il decreto delegato modifica con effetti permanenti il diritto legislativo. Può darsi il caso di atti che hanno il valore ma non la forza di legge, come i regolamenti delegati⁷⁹ e, viceversa, atti che hanno la forza ma non il valore di legge, come il decreto-legge. Ma il tipo di sindacato per la Costituzione dipende dalla forza, non dal valore. Dunque, l'art. 77 esclude che il Governo possa adottare provvedimenti di necessità che non abbiano la forza di legge, nel senso,

⁷⁶ Ascrive la determinazione dell'oggetto del giudizio costituzionale alla primarietà della fonte ai presupposti teorici della dottrina pura del diritto, se non al modello di *Verfassungsgerichtsbarkeit* progettato, A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Giuffrè, Milano, 2007, 398 ss..

⁷⁷ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 838, nota 27, che chiama forza di legge quel che Sandulli designa come valore. Evita però la tautologia in cui cade Sandulli, in quanto identifica la condizione negativa necessaria, anche se non sufficiente, degli atti con forza di legge nella natura di atti pubblici che non siano giurisdizionali o amministrativi, quali quelli politici e di governo, in ordine ai quali, diversamente, non vi sarebbe sindacato e quella positiva nella provenienza da organi di governo: C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi*, cit., 1078 e ID., *Decreto-legge*, 838, nota 29.

⁷⁸ Per tutti, sulla scia di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., che, però, giungeva ad ammettere con decreto-legge la sospensione della Costituzione, P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, in [Diritto @ Storia](#), 2014, n. 12, 7. Pare giungere alla medesima conclusione, seppure discorre di abrogazione e reviviscenza delle disposizioni, appunto provvisoriamente, abrogate, anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1986, 239: «i provvedimenti provvisori, prima della loro conversione in legge, non possono fondare situazioni giuridicamente consolidate. La stessa abrogazione di preesistenti discipline legislative statuita da decreto legge, cede il passo alla reviviscenza di quelle disposizioni non appena si accerti la mancata conversione». Ma, anche ad ammettere la reviviscenza delle disposizioni abrogate in caso di abrogazione della disposizione abrogante, pare assai più semplice immaginare la reviviscenza di una disposizione nel caso della sua sospensione (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II, I, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova, 1993, 32).

⁷⁹ Con C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., nota 32, non possono che rovesciarsi le conclusioni cui perveniva A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nss. D.I.*, VII, 1961, 530 ss.), secondo cui nei regolamenti «delegati» (o «liberi», secondo la denominazione del Sandulli) sarebbe rinvenibile la forza di legge, ma non anche il «valore» di legge.

cioè, che non siano sottoposti al regime proprio degli atti di quella specie. È una conclusione non contraddetta dall'art. 87, comma 5, che aggiunge ai «decreti aventi valore di legge» i regolamenti: i decreti con forza di legge sono per lo meno regolamenti. È confermata dall'art. 75: l'«abrogazione» si riferisce a atti che hanno «valore di legge» perché, a rigore, si abroga solo ciò che non è provvisorio, che è permanente; ciò che è eccezionale, provvisorio, termina da sé.

Il valore è allora di certo qualcosa di diverso – o di 'più', se si presuppone l'inferiorità della fattualità per il diritto⁸⁰ – della forza. Intuitivamente, quella differenza è ravvisabile nella previa delegazione delle Camere e precisamente nell'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento. Ha, in qualche modo, a che vedere con l'Assemblea *rappresentativa* eletta dal popolo, con la rappresentanza democratica. La distinzione trova conferma nella circostanza che nella tradizione, nella legge n. 100 del 1926, si predicava la forza di legge di entrambi i decreti.

Il testo, se autorizza la posizione della questione, non è, però, sufficiente per chiuderla.

Teoricamente, il valore/forza di legge evoca questioni complicate, almeno per chi scrive. Per il diritto, tra valore e forza non vi è una graduazione di potenza, di intensità, misurabile con il più e il meno. Sono, piuttosto, grandezze incommensurabili, incomparabili.

La forza di legge rinvia all'essere, al fatto, all'effettività. Si muove sul piano esistenziale. È irrelata rispetto alla validità del diritto prodotto e del suo modo di produzione. Al più riguarda la sua realizzazione, la sua applicazione⁸¹. È un assoluto, è, hegelianamente, un «concetto ultimo» che non richiede la ricerca di un «senso»⁸². È, con altro lessico, un tipico dispositivo. È un po' 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 originaria la cui potenza e volontà sono irresistibili. È la linea che da Montaigne, passando per Pascal e Benjamin, giunge a Derrida, ove la 'forza' di legge rivela la violenza fondatrice del diritto e, più precisamente, della legge, rappresentata in violenza conservatrice. La 'forza' di cui dispone la legge ricorda alle istituzioni rappresentative, alla democrazia parlamentare, la violenza da cui sono nate. Ma dice sempre meno nello Stato che si è allontanato dalla forza-violenza della sua instaurazione, della sua origine.

Al contrario, se si tenta una genealogia del valore, si scopre che il valore è, originariamente, concetto relazionale⁸³. Il valore ha un'origine economica, nel senso che misura e compara beni diversi: il valore è il parametro perché li correla ma non ne dipende. Il suo etimo – *valeo* – rinvia, più che alla forza fisica, al «poter disporre» (*walten* nelle lingue germaniche). Ma soprattutto, accanto al significato di virtù e potenza, è significativo che il corrispondente greco sia *axìa*, che «ha il senso

⁸⁰ Al contrario per C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 836-8 e ID., *Elemento soggettivi*, cit., 1079, la specifica caratteristica della legge ordinaria, indicata con il termine «valore», lo specifico «valore della legge ordinaria», è un *minus* rispetto alla forza di legge dell'art. 77, in quanto il governo provvede «con forza di legge oltre il valore delle leggi ordinarie». L'art. 77 non attribuisce ai decreti del Governo, privi di delegazione, «una presunta particolare forza di legge ordinaria», ma «distinta nella seconda parte la forza di legge (di qualsiasi specie di legge in generale) dallo specifico valore della legge ordinaria, riconosca che il Governo possa adottare in caso di necessità e di urgenza provvedimenti aventi la forza della legge in generale e cioè comune alle leggi statali di ogni specie, ordinarie o costituzionali, ed inoltre alle leggi regionali». Alla medesima conclusione perviene L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme*, in *Giur. cost.*, 1965, 149, nota 8.

⁸¹ Sulla forza-effettività come fondamento *fattuale* della (che perciò non fonda la) *normatività* V. ANGIOLINI, *Una rimediazione sulle relazioni tra «norma» ed «effettività»*, in AA. VV., *La necessaria discontinuità. Immagini nel diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, 150. Guarda alla 'forza di legge' come al punto di vista che si dispiega nel giudizio di chi applica la legge M. FIORAVANTI, *Lettura. GUSTAVO ZAGREBELSKY, La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, n. 39, 588.

⁸² F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 6, che però emargina la nozione di 'forza' di legge, diluendola in efficacia, poiché nello Stato costituzionale «è venuta meno la sovranità illimitata dello Stato». Ma anche la Costituzione è legge...

⁸³ Secondo C. ESPOSITO, *Decreto legge*, cit., 838, invece, la forza è concetto relazionale. Seppure per ragioni diverse, anche per G. QUADRI, *La forza di legge*, cit., 15 ss., la forza di legge è «concetto di relazione», che rinvia alla posizione della legge rispetto agli altri atti-fonte dell'ordinamento.

economico della stima e dell'apprezzamento di un bene da parte di un soggetto che se ne serve» e che, ipotecandone il senso anche oltre l'economia, rinvia alla dignità, al concetto speculativo di valore (*Würde* in Kant e poi *Wert*): in ogni caso, permane implicito nel termine «il rapporto col soggetto che apprezza, sia economicamente, sia teoreticamente o eticamente»⁸⁴. Come nell'economia, nella semiologia o nella linguistica⁸⁵, il valore «ha a che fare con un sistema di equivalenza fra due cose differenti: un lavoro e un salario, un significante e un significato». Quindi, «perché vi sia segno (o «valore economico»), occorre «poter scambiare cose dissimili (un lavoro e un salario, un significante e un significato)» e d'altro lato «confrontare cose simili». Il che può anche significare che valore implica sempre la ricerca di «senso», di «significato», l'«essenza», di una parola, di una proposizione⁸⁶. Ma il valore non è propriamente la significazione, è fissato al termine di quella doppia determinazione tra ciò che è dissimile e ciò che è simile: il valore proviene «dalla situazione reciproca delle parti della lingua». Per questo, la significazione «partecipa della sostanza del contenuto, mentre il valore partecipa della sua forma»⁸⁷.

Nel trapasso al diritto, il valore è legato alla validità. Il valore è normatività, appartiene al mondo del dover essere, della validità. Il valore è tale in forza di un fondamento e di un giudizio, appunto, di validità. La sua specifica forma di esistenza è la validità. La relazione tra validità e valore è kelseniana: le *Rechts-Normen* (le norme giuridiche), prodotte dall'autorità giuridica, sono valide oppure no⁸⁸; «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*»⁸⁹. Ma, per una singolare convergenza, anche in un giovane Schmitt il valore è (deve essere) «costituito da una norma»⁹⁰. È fondato da una norma, non è fatto, non è «potenza»⁹¹. Più tardi ripeterà che la sua forma di esistenza è la validità, ma aggiungerà che reclama la posizione-imposizione⁹²: 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»⁹³, virando nella direzione della volontà.

Il valore di legge è allora un altro modo di guardare al tema della validità della legge. E se la Costituzione pone le condizioni della validità non ha più senso discutere di forza (efficacia) di legge, perché l'efficacia è diversa dalla validità.

Il valore di legge è tradizionalmente diviso tra sostanza e forma ovvero tra legge in senso materiale e legge in senso formale⁹⁴: la legge è valore per la qualità del suo contenuto, per la sua capacità rappresentativa dell'idea di popolo/Nazione oppure, soprattutto se relativizzata dalla Costituzione che, oltre a costituirla e regolarla, da un lato, le sottrae il «dominio del valore», dall'altro, la reintegra in una posizione di «indipendenza dal valore»⁹⁵, per il procedimento (di formazione o di sindacato) ovvero per il *rango*?

⁸⁴ C. ROSSO, *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Guida, Napoli, 1973, 373-5, da cui ho tratto i virgolettati.

⁸⁵ Lo studio della semiologia e della linguistica, sia che si consideri la prima come una parte della seconda o viceversa, è uno studio di diritto e per il diritto: il diritto è sempre segno, unità di significante e significato e, più nello specifico, è linguaggio e il linguaggio ha sempre un che di obbligante, di normativo, di giuridico

⁸⁶ C. ROSSO, *op. cit.*, 376 e 377.

⁸⁷ Così, attingendo a Saussure, R. BARTHES, *Elementi di semiologia*, Einaudi, Torino, 43-4.

⁸⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1975, 87-90.

⁸⁹ ID., *Causalità e imputazione, Causalità ed imputabilità*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 209 (il corsivo nel testo è nostro).

⁹⁰ Cfr. uno Schmitt singolarmente normativista, in cui il diritto è 'norma', in C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 84.

⁹¹ *Ivi*, 46 e 57.

⁹² Sul nesso valore-validità C. SCHMITT, *Tirannia dei valori*, cit., 52-3.

⁹³ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 53, 55-7.

⁹⁴ 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, 107.

⁹⁵ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tip. Veneziana, Roma, 1984, 124.

Nella prima declinazione, la legge è, vale, per il suo contenuto, con la deduzione di una definizione, regola, materiale di legge; nella seconda la legge è tale per la sua forma e per il suo regime, con indifferenza per il suo contenuto.

La questione pare così malposta.

Teoricamente, la relazione tra forma e sostanza è un'indecisione o una decisione indecidibile, nel senso che non deve essere *de-cisa*. Il superamento della recisione tra forma e sostanza del diritto, la duplicità del diritto, è ormai divenuto luogo comune⁹⁶. Ma, soprattutto, il proceduralismo sostantivo o, specularmente, il sostanzialismo procedurale è il solo fondazionalismo ammissibile in ambiente pluralista⁹⁷: il proceduralismo non asseconda la sua propensione disgregante e non si riduce a nichilismo; il valore attenua la propria natura tirannica che tende ad annichilire il pluralismo ed, al contempo, non si svaluta totalmente, pena lo sgretolamento di qualsiasi principio sostanziale. Tutto ciò sostiene una teoria interpretativa del valore di legge che, attingendo all'idea di procedura sostantiva, ove la forma della decisione non si oppone alla sostanza, superi l'alternatività tra l'una e l'altra. Il valore di legge è, cioè, diverso dalla forza e non coincide con la forma separata dalla sostanza.

Dogmaticamente, se valore di legge si riferisse solo alla pura forma di adozione (della legge ordinaria), alla forma legislativa, non avrebbe senso l'art. 77, comma 1, Cost., ove il valore è predicato – quale rapporto di equi-valenza tra decreto e legge – di un decreto del Governo, seppure adottato previa delegazione delle Camere. In questo senso il decreto legislativo delegato non è legge, che è il valore, l'idealtipo, il parametro a cui commisurare il differente, perchè non è la deliberazione di un organo rappresentativo eletto a suffragio universale diretto, ma ciononostante partecipa della medesima genealogia del valore. La previa legge delle Camere fonda, cioè, la somiglianza, che non è né identità né differenza⁹⁸. È *come se* fosse legge, perché solo le differenze si somigliano.

Può allora già dirsi che nel valore *di* legge la legge è il valore: la legge è l'unità di misura del valore di atti diversi dalla legge che, pur non essendo leggi, *valgono* per la Costituzione – che tutte equipara – come se fossero leggi. Il valore di legge è, cioè, costruito nella Costituzione come un rapporto di 'equivalenza' tra decreti/atti del governo e legge ordinaria, in cui la forma non è separata dalla sostanza comune che permette di esprimere, nell'equivalenza, il valore di una cosa attraverso un'altra, di commensurare: il valore di legge è espressione di qualcosa che è stato reso comparabile, è espressione del bisogno di essere parificati nella differenza, è elemento differenziale.

È un valore che dipende dalla forma. Il punto è trovare quella forma che è anche sostanza.

3.1 Valore e rappresentanza

Il valore, la misura dell'equivalenza, è stato contenutisticamente ricostruito come proiezione della rappresentanza politica elettiva nel sistema delle fonti del diritto⁹⁹: ovvero il valore è stato pensato come *primarietà* della fonte e la primarietà fondata, giustificata, sulla rappresentanza elettiva. Bisogna, però, intendersi sul nesso tra rappresentanza e valore di legge.

⁹⁶ Per tutti G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 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, XXX ss.

⁹⁷ M. ROSENFELD, *E' realmente possibile la giustizia procedurale pura?*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, 138; ID., *Venti domande su giustizia e procedure*, *ivi*, 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, 201. Non molto dissimile è la proposta teorica di V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2012, sebbene la medesima si auto-ascriba al proceduralismo 'puro', di cui tenta una ridefinizione.

⁹⁸ V. VITIELLO, *Dissomigliante somiglianza. Premessa* a E. JABÈS, *Il libro delle somiglianze. «Il libro è luogo di somiglianza di ogni libro»*, Moretti & Vitali editori, Milano, 2011, 10.

⁹⁹ Per la diffusa valorizzazione del nesso tra rappresentanza e legge basti qui, per tutti, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Istit. Enc. Ital., 1990, 1 ss.

Potrebbe argomentarsi, accedendo ad una lettura di moralità politica del testo costituzionale, che se la nostra Costituzione discorre di ‘valore’ e definisce ‘legge’ solo l’atto prodotto da certi organi secondo certi procedimenti è perché accorda loro un valore – assiologico – preminente. La scelta costituzionale, voluta, intenzionale, si fonda sull’attribuzione di valore ad alcune forme politiche e non ad altre e si fonda sulla presupposizione di valore del rappresentato, il popolo.

Ma non pare questa la via corretta per legare il valore di legge alla rappresentanza nel governo democratico. E ciò non tanto per la radicale messa in questione del gius-moralismo¹⁰⁰, ma, più in superficie, perché l’argomento incontra gli stessi limiti e le stesse obiezioni della fondazione del primato del Parlamento sulla sovranità del popolo.

Il legame tra valore e rappresentanza è, infatti, piuttosto inscritto nella struttura teoretica della rappresentanza/*rappresentazione*, ma per ciò stesso è, a rigore, disgiunto dalla sovranità del popolo e, quindi, dal governo rappresentativo democratico.

Nella teologia politica, il valore attinge alla logica dell’eccedenza e della trascendenza propria della rappresentazione di un’idea. Il rappresentante deve essere capace di rappresentare ed il rappresentato, per suo conto, deve essere capace di progredire nell’esistenza pubblica, politica, deve avere «valore»: non si può rappresentare ciò che è privo di valore¹⁰¹.

È quindi teoricamente sostenibile che la rappresentanza politica sia *rappresentazione*, eccedenza, costituzione della moltitudine in popolo (o Nazione), che così può esistere politicamente, nell’orizzonte elitista della rappresentazione della teologia politica, aristocraticamente sciolta, come principio della forma politica (in contrapposizione al principio di identità), dalla democrazia. Lì la deliberazione legislativa può essere valore, può valere, se la rappresentanza politica eccede il rappresentato, perché diversamente non potrebbe volere, non potrebbe deliberare, ma solo scoprire, conoscere.

La Costituzione, però, attribuisce la sovranità al popolo, che, quindi, deve in quale misura preesistere per essere sovrano e condizionare quella trascendenza. Tra l’idea assente e quella messa in presenza deve esserci corrispondenza. La rappresentazione teologico-politica risponde, tutto al contrario, ad una logica «catecontica»¹⁰²: il potere rappresentativo è un potere che frena, 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. In ogni caso, il «semplice rappresentare implica interpretare. Rappresentare non può ridursi ad eseguire – e già il solo interpretare comporta l’indicare un senso, aprire una prospettiva e volere *condurre* lungo essa»¹⁰³.

Né risolve la questione nel diritto positivo contrapporre, all’interno della dimensione del teologico-politico, alla rappresentanza-rappresentazione come logica catecontica dell’identità-conservazione-finitudine la differente logica, sempre catecontica, della stasiologia, come pensiero escatologico dell’apertura, del frammezzo, della possibilità dell’alterità. La legge *vale* perché partecipa di questa diversa logica catecontica che, seppure *stasis* tra valori¹⁰⁴, resta interna a quella dimensione.

Lontano dal paradigma onto-teologico-politico, potrebbe sostenersi che «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»¹⁰⁵. Nella

¹⁰⁰ Per tutti, A. CARRINO, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis, Milano, 2019.

¹⁰¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 277.

¹⁰² M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013, spec. 118 ss., che lega 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.

¹⁰³ M. CACCIARI, *op. cit.*, 19.

¹⁰⁴ V. 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, 30 ss.

¹⁰⁵ J.-L. NANCY, *Tre saggi sull’immagine*, cit., 68. Il corsivo è nostro.

rappresentazione è in questione il rapporto con un'assenza e con «un *absenso* di cui ogni presenza si sostiene»¹⁰⁶. Non pare, però, un discorso così radicalmente diverso dal teologico-politico. Quella critica riconosce che è impensabile «una qualsiasi forma politica senza figura e rappresentazione» e che la «semplice inversione del teologico-politico nel suo contrario – in un'assoluta neutralizzazione tecnica – rischia di restare presa nella stessa piega metafisica che intende debellare. Non è, la secolarizzazione, il portato rovesciato della teologia politica? [...] E' questo il motivo per cui non è possibile sacrificare il paradigma sacrificale senza ricadere nella sua dialettica di soggezione e di assoggettamento»¹⁰⁷. Se, invece, si ritiene che la politica non è più «un luogo di messa-in-forma o di messa-in-presenza dell'incommensurabilità o di una qualsiasi altra unità d'origine e di fine [...] Alla politica spettano lo spazio e la spaziatura, ma non la figura»¹⁰⁸, il presupposto è la mancanza di 'fondamento', della presenza che dovrebbe fondare ciò che è. Il che la rende inutile per interpretare il diritto costituzionale, che è tutt'uno con la fondazione, il fondamento.

Se si rinuncia tanto alla teologia politica quanto alla critica de-costruzionista, perché la rappresentazione è proprio ciò che allontana il (e non che avvicina al) fondamento, il cui 'valore' dovrebbe essere es-posto, la conclusione per il diritto costituzionale vigente non può però implicare l'abbandono della primarietà, della particolare 'potenza', della superiorità, della legge. Se non altro, nella pariteticità tra i diversi atti pubblici, non vi è spazio per il concetto relazionale di valore di legge, per una fonte che è positivamente qualificata «valore» e che è l'unità di misura e fondamento di altre fonti, quindi *vale* più di quelle.

Se allora si attinge al concetto di valore, che esiste solo nella dimensione della normatività, per costruire una dottrina interpretativa del «valore di legge» nel diritto posto, rileva che il 'valore' ha a che vedere con la validità perché si vale in forza di un parametro di validità che attribuisce valore.

La legge è costituita dalla Costituzione, che pone il 'valore di legge' quale *tertium comparationis* che consente il giudizio di equi-valenza tra le fonti. Anzi, la Costituzione è tale perché, almeno, costituisce il legislatore e la legge, li 'struttura'. Guardata in questo modo, la Costituzione è la norma presupposta – e quindi logicamente superiore – che costituisce il valore di legge perché è fondamento e perciò parametro di validità della legge, fonda il giudizio di valore di legge e, al contempo, costituisce la legge quale parametro di validità. È quel tanto di trascendenza e di assolutezza che fonda la validità della legge. La legge ha bisogno, per essere valida, di una fonte di autorità trascendente se la si intende come comando e non come rapporto tra cose, *à la Montesquieu*. Se «è semplicemente ciò che pone in relazione due cose, e perciò è relativa per definizione [...] non aveva bisogno di alcuna fonte assoluta di autorità e poteva descrivere lo "spirito delle leggi" senza neppure porre lo spinoso problema della loro validità assoluta. [...]»¹⁰⁹.

Ma se la Costituzione è la norma presupposta dalla legge, è la norma da cui deriva la legge, quella norma presupposta costituisce – kelsenianamente – il valore e se predica il valore di legge, quel valore – intrinseco al diritto positivo – non può che essere eziologicamente concatenato, legato geneticamente, alla Costituzione, che ne è origine e calco. È la Costituzione che pone e istituisce la legge, che ne fonda il giudizio di valore, che la qualifica come valore e che, quindi, *trasmette* valore alla legge e ai decreti costituiti equi-valenti. Il valore è ciò che lega Costituzione e legge e che consente di derivare, di dedurre la seconda, la regola della seconda, dalla prima.

È punto controverso della teoria costituzionale se la Costituzione si risolva nel testo (documento) costituzionale e se coincida con tutto il testo, ma dopo le rivoluzioni borghesi del Settecento non è più controverso che, pur ponendosi le distinzioni, la Costituzione sia anche (se non esclusivamente) deliberazione dell'Assemblea rappresentativa, del Parlamento: la Costituzione è la prima legge

¹⁰⁶ *Ibidem*, 70.

¹⁰⁷ R. ESPOSITO, J.-L. NANCY, *Dialogo sulla filosofia a venire*, cit., XV.

¹⁰⁸ *Ivi*, XVIII.

¹⁰⁹ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, 216-7.

parlamentare¹¹⁰. Più precisamente la Costituzione è la legge, la deliberazione prodotta dai rappresentanti del popolo, che costituisce ciò che prima non c'era, un nuovo ordine giuridico. È un documento scritto, consapevolmente e razionalmente costruttivista del nuovo ordine, della nuova unità politica. Non può che costruire il nuovo potere ponendo sé stessa come modello: quale esercizio del potere costituente non può cioè che costituire la legge, il potere ordinario e permanente, sempre come potere costitutivo dell'assemblea rappresentativa. Costituzione e legge partecipano allora della medesima genealogia del valore, che è tutt'uno con la loro forma che è anche sostanza¹¹¹. Ciò che le accomuna è, infatti, la derivazione da un'assemblea rappresentativa del popolo, fondativa e, quindi, necessariamente costitutiva¹¹². A catena, ne deriva che nell'ordine posto la legge, come la Costituzione, pone regole *costitutive*¹¹³: non ordina o amministra ciò che già esiste per il diritto, ma – attingendo alla filosofia del diritto analitica – costituisce il concetto, la fattispecie astratta e ipotetica e quindi modifica il diritto legislativo vigente. Gli atti che ne hanno il medesimo 'valore', ma non già quelli che ne hanno la 'forza, ne condividono la pari *costitutività*. A dire che, per la Costituzione, il decreto legislativo, stante la previa legge di delega, ha – a differenza del decreto-legge – un contenuto parimenti costitutivo della legge parlamentare: può prevedere e non solo provvedere.

Potrebbe porsi la questione se la diversa quantità si converta 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 diritto¹¹⁴.

In ogni caso, non toglie che interrogarsi sulla ragione per la quale il testo costituzionale qualifichi la legge come 'valore' apra ad una dottrina normativa dell'art. 70 (e per lo meno degli artt. 76 e 77, comma 1) della Costituzione e ad una concezione materiale della legge.

La posta in gioco non è ciò che è legge. Nella prospettiva dell'essere legge è la deliberazione legislativa delle Camere. La ricerca del valore di legge pone, invece, la questione, necessariamente normativa, di cosa deve essere legge, di cosa debba essere posto con legge o con l'atto di cui la Costituzione prescrive il pari 'valore'. Dal punto di vista del diritto costituzionale positivo, riempie di contenuto la regola costitutiva dell'art. 70: prescrive che cosa, quale sostanza, deve necessariamente assumere la forma della legge o dell'atto che, diverso per forma, ha il valore di legge. Potrebbe così revocarsi in dubbio che la Costituzione prescriva la sola forma della legge, in quanto prescrivendo una determinata forma ne implica anche una sostanza.

È in gioco la legge come norma con determinate 'qualità'. In un discorso che qui può solo essere avviato, il valore è la capacità della legge, attingendo alla forma rappresentativa, di costituire diritti e

¹¹⁰ Nella dottrina italiana la dimostrazione più esauriente della tesi secondo la quale «la costituzione non è che una specie di legge (con speciale materia) di fronte alla quale vigono quindi tutti i principi generali sulla nascita, vita e abrogazione degli atti legislativi» è stata data, come noto, da C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist., Padova, 1964, 18 ss. e 204, su cui concordava V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 960, nota 76.

¹¹¹ Seppure con argomenti diversi, si avvicina ad una genealogia 'unitaria' del valore di legge, che includerebbe, oltre alle leggi ordinarie dello stato e leggi regionali, le leggi costituzionali, F. MODUGNO, *Legge*, cit., 26-7: ciò che le unisce sarebbe la «medesimezza» della «forma» di legge, ovvero l'identità dei soggetti deliberanti o, per lo meno, la loro natura «rappresentativa», che ne giustifica lo stesso regime tipico, lo stesso 'valore'. Ma quella unitarietà non arriva ad includere la Costituzione: ID., *L'invalidità della legge*, II, cit., 20-39: se infatti la legge ordinaria rappresenta il necessario sviluppo del valore costituzionale, come svolgimento dialettico, ovvero mediato attraverso una necessaria negazione, il valore di legge non potrà che essere, prima e indipendentemente dal giudizio, precisamente l'opposto del valore costituzionale, ossia l'oggetto del giudizio, ciò che propriamente si oppone al parametro.

¹¹² Per l'articolata argomentazione di questo passaggio v. P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018, 61 ss. e spec. 152-4.

¹¹³ Attingendo a Searle, P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 149 ss. Si tratta di distinguere la regola materiale della costitutività da quella, nota, dell'astrattezza e generalità o della novità della norma prodotta dall'assemblea rappresentativa elettiva.

¹¹⁴ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 2014, 17.

di definire il contenuto concreto dell'unità politica¹¹⁵, 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, che può solo regolare ciò che già è costituito e non lo può più fare la Costituzione, che tutto ha originato e tutto contiene.

Non so se la teoria normativa del valore *di* legge possa dire qualcosa sul valore *della* legge nella teoria generale del diritto e, quindi, andare oltre il fatto della sua crisi e della sua s-valutazione. A rigore, il diritto costituzionale autorizza la domanda, relativa, comparativa, sul valore *di* legge ma non già quella, assoluta, irrelata, sul valore *della* legge, che è quella che interessa la teoria generale. Nel valore di legge la legge è il valore: la legge è l'unità di misura del valore di atti diversi dalla legge che, pur non essendo leggi, valgono per la Costituzione – che tutte equipara – come se fossero leggi. Il valore non è distinto dalla legge ma è la legge. Nel valore della legge la legge ha un valore: si presume che la legge riceva da qualcosa il suo valore e che questo qualcosa sia un principio di moralità politica cui il testo costituzionale allude.

Una *dottrina* del valore di legge può, però, almeno rideterminare il rapporto tra il politico e l'impolitico, sia esso amministrazione, giurisdizione, tecnica o economia.

3.2 La pro-fanazione dei dispositivi

Nel movimento di rendere presente l'invisibile la legge costituisce, crea, l'assente: il politico non riproduce l'esistente, l'immanente, l'*oikonomico*; è sempre trascendenza¹¹⁶. Anzi, la legge *vale* proprio perché non si riduce ad amministrazione o a polizia¹¹⁷.

Ma allora i 'dispositivi' tecnici sono irrelati rispetto alla legge.

La tecnica è immanenza, è funzionamento, è meccanismo. È dis-positivo *à la* Agamben più che *à la* Foucault, almeno nella lettura di Deleuze, e, comunque, anche il dispositivo deleuziano è immanente. In una ricerca archeologica della sua genealogia, delle sue 'signature', è *positività*, è – secondo la traduzione greca del latino *dis-positio* - *oikonomia*¹¹⁸. Non è essere, sostanza, ma amministrazione, ordinabilità, è «pura attività di governo senza alcun fondamento nell'essere»¹¹⁹. Il *Ge-stell* dell'ultimo Heidegger, che definisce l'essenza della tecnica come la «completa ordinabilità di tutto ciò che è presente»¹²⁰, corrisponde al latino *dispositio* e al greco *oikonomia*. È un dispositivo, inteso come «un insieme di prassi, di saperi, di misure, di istituzioni il cui scopo è di gestire, governare, controllare e orientare in un senso che si pretende utile i comportamenti, i gesti e i pensieri degli uomini»¹²¹. Ai dispositivi pertiene il paradigma *economico* della gestione, dell'esecuzione e dell'efficacia, del governo pratico che «non mira ad altro che alla propria riproduzione»¹²².

¹¹⁵ Per tutti, nel dibattito costituzionalistico sulle implicazioni teoriche del nesso tra rappresentanza ed unità politica e, più precisamente, sulla costitutività, artificialità, della rappresentanza dell'unità del corpo politico M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e diritto*, 2014, n. 2, 14; ID., *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, 269 ss. e spec. 273-4.

¹¹⁶ Non sono poi in grado di affrontare la questione, posta da Husserl e proseguita da Sartre, se il trascendente (distinto dal trascendentale) sia «un prodotto di immanenza»: il virgolettato è tratto da G. DELEUZE, *Immanenza. Una vita ...*, Mimesis, Milano-Udine, 2010, 12.

¹¹⁷ A questa conclusione giunge anche la teoria della rappresentazione elaborata da M. CACCIARI, *op. cit.*, 38, che auspica il risveglio dei poteri catecontici, giunti al loro tramonto nell'Età delle leggi dell'economia, l'età di Epimeteo.

¹¹⁸ G. AGAMBEN, *Oikonomia. Il Regno e la Gloria*, in ID., *Homo sacer. Edizione integrale. 1995-2015*, Quodlibet, Macerata, 2018, 485.

¹¹⁹ G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo?*, Nottetempo, Roma, 2006, 17.

¹²⁰ M. HEIDEGGER, *Bremer und Freiburger Vorträge*, trad. it. F. Volpi, *Conferenze di Brema e Friburgo*, Adelphi, Milano, 2002, 54.

¹²¹ G. AGAMBEN, *ult. op. cit.*, 20.

¹²² *Ivi*, 32.

Il fare della tecnica è divenuto, attingendo alla, dimenticata, distinzione greca e soprattutto aristotelica, *praxis*, azione, volontà e non *poiesis*, produzione nella presenza, portare in essere: la tecnica ha in sé i propri fini, i propri limiti e le regole del proprio funzionamento e, quindi, non è produttiva, perché porta nella presenza soltanto sé stessa¹²³. Non concepisce, non riconosce un 'ulteriore', altro, rispetto a sé: è *apostasia*. Non ha parametri di giudizio. La *techne*, perduta la maniera greca, è *esperienza*, non è verità e disvelamento. È conoscenza del particolare e non dell'universale, del generale.

Teoricamente, applicarla alla politica, significa ridurre anche questa a pura azione, a prassi, a economia, senza fondamento nell'essere, nella sostanza, senza un Fine.

Se il Parlamento diventa una *macchina*, un *meccanismo*, per decidere, scompare dall'universo rappresentativo e perde il suo *valore*¹²⁴. E la sfera del politico, dell'umano, cede alla sfera privata, ai «calcoli»¹²⁵.

Dogmaticamente, spezza la continuità tra sovranità e governo, iscritta nell'ordine costituzionale vigente della relazione tra potere legislativo o sovrano e potere esecutivo, in cui il Regno e il Governo devono, come nel paradigma provvidenziale, coincidere o legarsi¹²⁶.

Le tecniche di scrittura *automatizzata* della legge sono manifestazione di quella riduzione e di questa rottura, frattura.

La critica non è tanto alla *legis-tica*, intesa etimologicamente come *techne* della legge¹²⁷. È la perdita del significato greco originario di *arte*, *techne* come *poiesis*, arte superiore, che la trasforma in mera azione, pratica. Nulla toglie che si possa recuperarne il senso originario di sapere, di disvelamento e intendere la *legistica* come sapere, 'scienza' della legge.

La critica è alla *legi-matica*. È evidente, nel neologismo, l'allusione alla *matema-tica*, alla matematizzazione dei fatti umani, all'uso degli algoritmi, delle serie numeriche. Ma è, appunto, una allusione, un gioco di parole, perché della matematica ha perso la *mathesis*, la tensione al sapere universale.

Potrebbe, radicalmente, mettersi in questione che proprio la tecnica di scrittura moderna, la video-scrittura, la scrittura informatica, sia all'origine della perdita di qualità non solo della redazione del testo, della lettera, della cosa, ma anche della formulazione del pensiero, dell'idea. La scrittura non è trascrizione della voce, della parola e, per quella via, manifestazione di un pensiero già formato, ma è tutt'uno con la creazione del pensiero. Il pensiero non è indipendente dalla sua manifestazione. All'opposto, il modo di scrivere, la *tecnica* di scrittura (l'«archiscrittura»), lo determina, lo costituisce¹²⁸. Invertendo Cartesio, ci si dovrebbe porre il problema se non sia la nuova tecnica di scrittura la causa e non già il rimedio alla crisi della scrittura della legge.

In ogni caso, la *legimatica* è, intenzionalmente, meccanismo di produzione della legge, funzionamento immanente che non tollera trascendenza. È automatismo, è produzione, è industria. Ma per ciò stesso non è pro-getto, quindi non può pre-vedere.

Nella *legi-matica* si consuma il paradosso del politico che, per uscire dalla propria crisi, si introduce comodamente nelle fauci del lupo.

La pro-fanazione dei dispositivi, la loro disattivazione, è l'unico modo, il «contro-dispositivo»¹²⁹, per tornare al «valore di legge» come rappresentanza/rappresentazione della città, del bene comune,

¹²³ G. AGAMBEN, *L'uomo senza contenuto*, Quodlibet, Macerata, 1994, 103 ss.

¹²⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 283.

¹²⁵ *Ivi*, 420.

¹²⁶ Mutuo la doppia struttura, i due poli tra loro solidali, del dispositivo economico-provvidenziale, come paradigma del governo democratico, da G. AGAMBEN, *Oikonomia*, cit., 506 e 507.

¹²⁷ Per lo meno, nella ampia declinazione di E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.

¹²⁸ Contro Cartesio, M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 236 ss.

¹²⁹ G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo?*, cit., 28.

del generale-universale. Più radicalmente, la rappresentanza politica e quel tanto di sovranità del popolo che include non sopravvivono alla macchina delle leggi, alla separazione tra sovranità e governo. Si passa da crisi a crisi senza soluzioni di continuità.

L'inoperosità del dispositivo tecnico-ontologico è un'operazione tutta 'politica'. Implica la questione teologico-politica della conciliazione tra il governo divino e l'autogoverno delle creature ovvero pone la domanda di come il governo possa coincidere con la natura delle cose, con l'ontologia, e tuttavia intervenire in essa. È vero che l'attività di governo è già, nell'ordine teologico, scissa in potere di deliberazione razionale e potere di esecuzione e che la genealogia teologica della struttura della macchina governamentale manifesta che non vi è una sostanza del potere, ma solo un'economia, in quanto non sono gli effetti (il Governo) a dipendere dall'essere (dal Regno), ma l'essere consiste nei suoi effetti¹³⁰.

Ma se ciò può essere una feconda linea di studio per 'pensare' il governo e la sua 'economia', almeno per ora, non è consentito dal diritto costituzionale vigente.

¹³⁰ G. AGAMBEN, *Oikonomia*, cit., 503, 512 e 636-7.