

POLITICA E GIUSTIZIA: A PROPOSITO DELLA COSTITUZIONE MATERIALE

DOI: 10.7413/18281567088

di Lucio d'Alessandro

Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli

Politics and Justice: on the material constitution.

Abstract

In Italy, the transition from the so-called First Republic to the present one marked a tangible change in the material constitution: a shift from the “Party Republic” (Scoppola) to a kind of Schmittian “State of Jurisdiction”, in which the closure of the system is given, in the final analysis, by judicial decision.

Mortati’s notion of material constitution may still play a useful role in analysing this transition, since it looks to the historically concrete basis and therefore to the existing social organisation to find the balance between the powers exercised within society, and that seek within the constitutional legal order an instrument apt to protect the interests that they bear.

Keywords: Politics; material constitution; political parties; proceduralization; jurisdiction.

Una breve introduzione

Nel primo libro della Repubblica di Platone, Trasimaco cerca di spiegare a Socrate che la Giustizia è l’«utile del più forte». Ma Socrate si difende con l’argomento in base al quale chi governa non lo fa nel proprio interesse, ma nell’interesse di chi è governato. Per rafforzare la propria tesi Socrate sostiene che chi arriva al governo non deve farsi avanti da sé, ma deve essere chiamato dagli altri a governare, e può addirittura essere punito se si sottrae al compito che è stato chiamato a svolgere.

In quella fase importantissima per la storia della Grecia e, in generale, dell'Occidente, tra V e IV secolo a.C., Sofocle tematizza poi l'esistenza di un'idea di giustizia assoluta attraverso il conflitto tra gli 'editti' di Creonte e il 'diritto' di agire secondo giustizia reclamato da Antigone.

Senza alcuna pretesa di definire il significato del termine giustizia, impresa nella quale molti si sono cimentati senza giungere a una conclusione definitiva, potremmo partire in questo nostro percorso dalle considerazioni finali della vastissima ricerca di Bermann su *Diritto e rivoluzione*. Il grande storico del diritto di Harvard concludendo i suoi studi sull'origine del diritto in occidente sostiene che:

«Il diritto non è solo un fatto; è anche un'idea, un concetto nonché una misura di valore; esso ha inevitabilmente una dimensione razionale e morale. A differenza dei parametri meramente razionali e morali il diritto richiede di essere attuato; a differenza delle condizioni puramente materiali, esso consiste in idee e valori. Per di più, si suppone che le idee ed i valori del diritto abbiano un certo grado di coerenza non solo fra loro, ma anche con le idee e i valori non giuridici della comunità ovvero con la sua ideologia complessiva» (H.J. Berman, 2006: 580)¹.

Ritorna, dunque, con grande forza, la necessità di guardare alla società. E in questo intervento guarderò, in particolare, alla società italiana, non essendo possibile affrontare sistematicamente un argomento complesso come quello dei rapporti tra politica e giustizia. Vorrei tentare, infatti, una ricostruzione, che sarà necessariamente parziale non solo sul piano storico, ma anche sul piano teorico, di come i rapporti tra politica e giustizia abbiano, di fatto, determinato in Italia il formarsi negli ultimi venticinque anni di una caratteristica «*costituzione materiale*» molto diversa da quella che si era formata nei primi cinquant'anni della Repubblica. Fino al recente riaprirsi di una nuova crisi del sistema politico con l'apertura di una fase d'instabilità che nemmeno le recenti elezioni politiche sono riuscite a risolvere.

¹ H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, Il Mulino, 2006 [ed.or.: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1983], p. 580.

Come è noto il concetto di «costituzione in senso materiale» è stato elaborato in Italia, sulla scorta di teorie provenienti dalla Germania, da Costantino Mortati in un libro del lontano 1940. Per Mortati la costituzione in senso materiale consiste ne «i fini e i valori su cui convergono le forze politiche prevalenti». Tale concetto s’inserisce pienamente nell’ambito di quegli studi critici del normativismo che costituiscono il tradizionale serbatoio dal quale ha attinto la nostra disciplina.

Un altro costituzionalista di vaglia come Mario Dogliani è tornato più di recente sulla questione chiarendo che se, in termini schmittiani, bisogna vedere nella costituzione materiale il «sovrano politico» (afferma infatti Schmitt: «prima di ogni normazione c’è una decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente»), nei termini del cosiddetto neocostituzionalismo il lato materiale della costituzione viene identificato «non con principi che esprimono una situazione determinata dalla *forza*, ma con la *morale* sociale, intesa come un insieme diffuso e condiviso di principi di giustizia» (M. Dogliani, 2009: 295)².

Dal punto di vista del sociologo del diritto la costituzione in senso materiale è la più interessante, dal momento che riguarda il tessuto sociale sottostante all’ordine formale e chiarisce il significato effettivo da attribuire ai principi generali e astratti che appaiono nella costituzione formale. Al suo interno il sociologo del diritto può dunque approfondire quei problemi che attengono al formarsi del diritto attraverso l’intrecciarsi delle dinamiche sociali.

Vorrei dunque focalizzare, con qualche ambizione, la mia attenzione sul problema dell’adattamento dell’ordinamento giuridico costituzionale italiano (sostanzialmente immutato nei molti suoi principi istituzionali dal 1948) al mutamento profondo della società italiana nel contesto di crisi del diritto di origine statuale e di globalizzazione dell’economia di mercato degli ultimi decenni.

Nella mia analisi che, ripeto, sarà limitata al contesto italiano, possiamo assumere il punto di partenza storico dall’inizio degli anni Novanta, da quando, cioè, l’azione dei giudici e, in modo particolare, della Procura di Milano, e poi, via via, di tante altre nel Paese ebbero a mettere sotto accusa gran parte della classe politica italiana.

Il deragliamento rispetto ai precedenti binari di convivenza e scambio dei rapporti tra potere politico e potere giudiziario ha avuto inizio nel 1992 con la famosa inchiesta “Mani pulite” – sulla quale Mauro Magatti ha scritto alla metà degli anni Novanta una prima ma già approfondita analisi

² M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in «Diritto Pubblico», 2, 2009, pp. 295-315: 295.

sociologica (M. Magatti, 1996) – e si è andato via via consolidando fino a diventare in alcuni momenti scontro aperto proprio all'interno della costituzione materiale in tutto il corso della cosiddetta seconda Repubblica, condizionandone gli equilibri politici; e non è neppure necessario ricordare in quali e quanti degli avvenimenti di questi giorni l'intervento del potere giudiziario sembra ancora una volta decisivo per gli equilibri politici del paese.

Nel frattempo i partiti politici della prima Repubblica hanno lasciato rapidamente il campo, in alcuni casi scomparendo del tutto sotto i colpi del potere giudiziario, in altri cambiando il proprio nome e aggiornando rapidamente i tradizionali schemi interni legati a vecchie ideologie anch'esse in profonda crisi; mentre alcuni magistrati protagonisti di quella stagione deponavano la toga per entrare direttamente nell'agone politico.

Nonostante la riflessione giuridica più avvertita già alla metà degli anni Novanta (Garapon, 1997) avesse parlato di una nuova scena della democrazia in cui il diritto mantenesse la propria centralità con riferimento ai diritti dell'uomo e all'estensione generalizzata delle procedure, il perno centrale ruotava costantemente intorno al recupero dell'essenziale funzione della politica.

In Italia l'auspicato ritorno della politica non è avvenuto: il potere politico non è riuscito a riassumere un ruolo guida. Mentre gli spazi lasciati liberi sono stati sistematicamente occupati dal potere giudiziario con il risultato inevitabile, almeno all'apparenza, di una politicizzazione anche di quelle istituzioni dello Stato generalmente considerate come istituzioni di garanzia.

Dalla «Repubblica dei partiti» allo «stato di giurisdizione»

Dopo il 1992 si assiste in Italia ad una vera e propria «crisi di regime»: con questo sintagma lo storico Massimo L. Salvadori ha significativamente definito i passaggi fondamentali dello Stato italiano a partire dalla sua Unità. Alla crisi di regime del 1992 è seguito un cambiamento profondo nell'assetto della costituzione materiale che qui interessa esaminare (M. Salvadori, 2013).

Si può ragionevolmente sostenere che «le forze politiche prevalenti» nel nostro paese, a partire dalla sconfitta del nazifascismo, sono state tutte quelle, tanto di maggioranza quanto di opposizione, che si riconoscevano in un arco costituzionale che aveva il suo minimo comun denominatore nell'antifascismo.

In linea con il concetto di costituzione in senso materiale di Mortati si pone, dunque, la definizione di «Repubblica dei partiti» legata al nome di un grande studioso cattolico, Pietro Scoppola. Per

decenni, i partiti hanno rappresentato due blocchi sociali distinti, coesi al loro interno che pure si riconoscevano nella costituzione materiale senza mai giungere al punto di determinare una crisi del sistema.

Possiamo in parte dissentire con quanto Scoppola sosteneva alla fine degli anni Novanta e, cioè, che «la formula “seconda repubblica” è un cedimento lessicale che gioca in favore della tesi della discontinuità» (P. Scoppola, 1998: 92). Ma dobbiamo sicuramente concordare con lui sul fatto che dall'entrata in vigore della Costituzione e fino all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso

«i partiti, mentre contribuivano da un lato a rifondare sul piano giuridico formale, nel testo costituzionale, una convivenza e una cittadinanza democratica, ne limitavano, dall'altro, le possibilità di espressione. La limitavano anzitutto sul piano della organizzazione dello Stato creando le premesse di un sistema politico che avrebbe portato alla espropriazione, a danno dei cittadini, di ogni potere di decisione e che avrebbe fatto dei partiti politici non più uno strumento per la partecipazione dei cittadini alla vita democratica ma i soggetti esclusivi della politica» (Scoppola, 1998).

La prima Repubblica è stata, dunque, la «Repubblica dei partiti».

Carl Schmitt, dal quale Costantino Mortati aveva tratto ispirazione, andava d'altra parte sostenendo già negli anni della Germania di Weimar che la forma di Stato non si individua sulla base delle classiche categorie aristoteliche di democrazia, aristocrazia e oligarchia, bensì deve parlarsi più correttamente di Stati di governo, Stati di legislazione e Stati di giurisdizione a seconda della prevalenza nella decisione ultima di uno o dell'altro dei poteri costituzionali.

Se la prima è stata una «Repubblica dei partiti» è stata dunque anche, nel senso schmittiano, uno Stato di legislazione, in quanto la risposta finale alle domande provenienti dalla società, la chiusura del sistema si realizzava attraverso la centralità del Parlamento e la decisione politica che stava alla base della legislazione.

Al sociologo del diritto non potrà sfuggire la presenza nel sistema politico così delineato di una doppia struttura nella quale operavano, da un lato, le procedure parlamentari formalmente intese e, dall'altro, le concrete modalità operative fatte di relazioni personali e informali. Ma nella sostanza

la chiusura del sistema era determinata dalla decisione politica presa dai partiti e formalizzata all'interno delle assemblee rappresentative.

Da un diverso punto di vista, poi, la vita dei partiti della prima Repubblica è stata fortemente condizionata dalla presenza nel contesto internazionale di un mondo diviso in due blocchi e, dal fatto che, nell'Italia che aveva scelto l'Alleanza Atlantica, era pur sempre presente il più grande Partito comunista dell'Occidente. Possiamo dire che tale situazione internazionale ha portato, in Italia, un'ulteriore distorsione nel modo di concepire lo Stato che è stata definita come teoria del «doppio Stato», ma che sostanzialmente non ha influito sull'assetto della costituzione in senso materiale pur portando profonde tensioni interne alla fine degli anni Sessanta e, poi, negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso.

Quel che ha invece effettivamente determinato il cambiamento della «costituzione materiale» sono stati, sul piano internazionale, la caduta del muro di Berlino nel fatidico 1989, e sul piano interno, l'inchiesta «Mani pulite» che, come è noto, ha decapitato i vertici dei partiti politici e ha prodotto un vuoto nella classe dirigente del paese.

A questi due interventi che possiamo definire esterni, devono aggiungersi alcuni cambiamenti interni al sistema giuridico determinati però, direttamente o indirettamente, da questi agenti esterni: mi riferisco, in particolare, all'abolizione della legge elettorale proporzionale e del sistema delle preferenze, e all'introduzione del sistema maggioritario attraverso i referendum promossi da Mario Segni. La nuova legge elettorale, definita da Giovanni Sartori *Mattarellum*, e il clima politico che si era creato a seguito delle inchieste milanesi hanno favorito l'emergere di nuove forze politiche nelle elezioni del 1994, le prime a svolgersi con il metodo maggioritario a turno unico pur con il recupero proporzionale del 25 per cento degli eletti.

A questo delicato passaggio relativo alla legge elettorale ha fatto da contraltare il passaggio da un voto ideologico e sostanzialmente stabile, legato ai vecchi partiti che rispecchiavano vecchi e consolidati blocchi sociali, a un voto maggiormente volatile espresso sulla base di un sentire più emozionale degli elettori che è stato descritto da Gianfranco Pasquino come il passaggio dal «voto di appartenenza» al «voto di opinione».

La seconda Repubblica parte, dunque, da una costituzione formale che, pur sostanzialmente invariata, presenta tuttavia il segno di un rapido cambiamento che, nonostante qualche tentativo di governo della fase di transizione da parte delle forze politiche, finisce per sfuggire dalle mani dei

partiti. Questi ultimi si sono dimostrati incapaci di resistere, da un lato, alla frantumazione dei propri blocchi sociali di riferimento e, dall'altro, al liberarsi di nuove forze nell'opinione pubblica e non sono, dunque, riusciti a collocarsi in una posizione di guida nella formazione di un nuovo equilibrio tra potere costituito e società che desse luogo a una nuova «costituzione materiale».

D'altronde, sia pure in via parentetica, va ricordato che l'inchiesta "Mani pulite" ha avuto un'influenza diretta anche sul mutamento della costituzione formale, giacché la prima riforma della carta costituzionale approvata nel 1993 fu la revisione dell'immunità parlamentare prevista dall'art. 68. Gli interventi della magistratura produssero anche l'effetto non secondario di portare alla luce del sole la necessità di un cambiamento dell'ordinamento della Repubblica ancora fissato dalla Carta del 1948. Il conflitto tra potere giudiziario e potere politico, in sostanza, accelerava quella necessità di riforme che era stata per tempo avvertita dai partiti politici tradizionali che però, pur avendo predisposto Commissioni per lo studio delle riforme necessarie, non erano mai riusciti a trovare l'accordo che potesse portare a un testo condiviso.

Il testo della costituzione formale, già dagli anni Ottanta del secolo scorso, appariva insufficiente a contenere i profondi mutamenti nel frattempo intervenuti nella società italiana.

Alla fase di transizione dalla prima alla seconda Repubblica, segnata dalla crisi dei partiti politici e dall'incapacità di trovare nuovi equilibri, con la crescente tensione tra la costituzione formale e quella materiale, è subentrata una nuova fase in cui il vuoto della decisione del legislatore è stato riempito dall'ultima parola affidata alla voce del giudice.

Scrivendo Carl Schmitt, illustrando *Le categorie del 'politico'*: «Vi sono Stati giurisdizionali, nei quali ad avere l'ultima parola, invece del legislatore che produce le norme è il giudice che decide una controversia giuridica» (C. Schmitt, 1972).

E ancora, nel suo *Il custode della Costituzione*: «È facile concepire come ideale dello Stato di diritto il disbrigo in forma giurisdizionale di tutti i problemi politici». A questa constatazione, però, lo stesso Schmitt aggiungeva che il ruolo di chiusura dell'ordinamento e di decisione ultima avrebbe danneggiato la giurisdizione «Giacché la conseguenza – sono parole di Schmitt – sarebbe, come ho dimostrato spesso, tanto per il diritto costituzionale quanto per il diritto internazionale, non una qualche giuridificazione della politica, ma una politicizzazione della giurisdizione» (C. Schmitt, 1981: 41).

La tesi che intendo sostenere relativamente alle vicende del nostro paese è che il vuoto della decisione politica ha trasformato di fatto i giudici nei veri custodi della Costituzione. Questo passaggio non è stato certo immediato, e si è realizzato dapprincipio, come si è ricordato, attraverso l'intervento diretto delle procure della Repubblica sulla vita stessa dei partiti prima e, poi, delle istituzioni.

Ma nell'attuale fase della seconda Repubblica, il ruolo di ultima parola della decisione del giudice è apparso ancora più accentuato poiché, parafrasando Schmitt, il disbrigo di tutti i problemi politici è stato affidato alla giurisdizione in quasi tutti i settori della vita civile. Questo fenomeno, sul quale inviterei qualche giovane sociologo del diritto a riflettere, appare con particolare evidenza negli interventi della magistratura ordinaria, prima, e della Corte costituzionale, poi, sia su leggi di grande importanza sociale (si pensi ad esempio alla legge sulla procreazione medicalmente assistita), sia su temi etici sui quali il legislatore stesso non ha voluto o non è stato capace di intervenire (si pensi al tema del fine vita), sia su temi riguardanti l'evoluzione dell'istituto della famiglia (si pensi al tema delle coppie di fatto). Senza trascurare le decisioni sempre più 'invasive' dei giudici amministrativi divenuti ormai il vero ago della bilancia nell'assegnazione degli appalti pubblici, o della magistratura ordinaria e amministrativa alla quale una legislazione formale spesso scritta male e ispirata a un giustizialismo diffuso – quando non a un peloso moralismo – ha affidato la sorte degli amministratori pubblici, compresa quella di sindaci di grandi città o amministratori di importanti regioni.

Come ciò sia potuto accadere deve essere oggetto delle considerazioni del sociologo del diritto e io proverò qui ad avanzare qualche ipotesi.

Il diritto tra idea di giustizia ed eccesso di procedure

Partirò da qualche considerazione di carattere generale.

Se nella formula schmittiana di «stato di legislazione» si può effettivamente inserire, come io sostengo, la nostra prima Repubblica, quella dei partiti, e dunque se la decisione finale veniva presa all'interno del sistema politico ed espressa in proposizioni normative, gli astratti principi contenuti nella costituzione scritta trovavano la loro definizione concreta nella costituzione sottostante all'ordine formale. Era qui che si doveva rintracciare l'interpretazione del significato da attribuire a qualificazioni vaghe o di principio come quelle di giustizia o di uguaglianza.

Questo è un punto centrale del nostro ragionamento perché, se l'idea di giustizia trova fondamento proprio nelle idee e nei valori non giuridici della comunità, esso rappresenta, al tempo stesso, l'ideologia interna del sistema giuridico. E se in un certo senso potremmo dire, con Valerio Pocar che «il diritto è la più elevata espressione della giustizia con riferimento a un determinato contesto in un determinato momento», possiamo anche dire che «la “giustizia” delle regole giuridiche può essere intesa solamente come la coerenza tra le regole giuridiche medesime e i valori rispetto ai quali l'ordinamento dichiara d'ispirarsi» (Pocar, 2002: 98).

In questo snodo della relazione tra diritto e società c'è il senso della precarietà dei rapporti tra il diritto e le teorie sociali, delle nuove forme di pluralismo delle fonti e della frammentazione attuale degli ordinamenti giuridici.

La particolarità tutta italiana è che il mutamento degli assetti sociali come di quelli giuridici viene determinato proprio dall'idea di giustizia, idea che è divenuta uno degli strumenti principali di una nuova 'lotta per il diritto' quanto e forse più cruenta di quella di cui parlava nella seconda metà dell'Ottocento Rudolph Jhering.

Non potrà sfuggire all'osservatore attento che se la spinta al cambiamento proviene dal potere giudiziario e si presenta come un ritorno ai principi della costituzione formale, tale spinta resta inevitabilmente legata al modo di intendere il diritto e incide sulla costituzione materiale. Non a caso in occasione delle inaugurazioni dell'anno giudiziario, nei momenti più caldi dello scontro tra i poteri, i magistrati si sono presentati portando tra le mani il testo della Costituzione.

Ma il dato è che non siamo ancora giunti al punto di rottura del sistema, non c'è stato il passaggio a un nuovo equilibrio dei poteri. La vecchia costituzione formale è rimasta in vigore ma, di fatto, si è stabilizzata una nuova costituzione materiale all'interno della quale svolge un ruolo sempre più ampio la giurisdizione.

Ciò spinge necessariamente nella direzione di un ritorno a un residuo di formalismo giuridico svuotato, però, di ogni contenuto e quasi fine a se stesso che tende a presentarsi come l'unico strumento che riesca in qualche modo a stabilizzare il sistema.

È venuta meno quella definizione di Santi Romano (risalente all'inizio del Novecento) secondo cui «il diritto rappresenta non solo una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica» ed è rimasto soltanto, come ha ben compreso un giusprivatista di riconosciuto valore come

Natalino Irti, il «salvagente della forma», una forma divenuta pura che si presta a rivestire di sé qualsiasi contenuto.

Tra le cause di questa deriva va annoverato anche il contemporaneo verificarsi di un altro fenomeno, questa volta tutto interno all'ordinamento giuridico, ossia la generalizzata proceduralizzazione.

Il diritto positivo, quello di origine statale, è entrato in crisi con il progressivo sgretolamento dei cardini dello Stato moderno e, perdendo via via le sue capacità prescrittive, si è trasformato sempre più in procedure.

Altro elemento che ha indubbiamente favorito l'affermarsi generalizzato delle procedure è stata la perdita di centralità del concetto di fiducia vero collante del rapporto tra società e politica. Su questo versante importanti studi sono stati condotti da Simona Andrini intorno al concetto di 'persona' e da Tito Marci sul concetto del 'dono' e della 'gratuità'³.

Nella proceduralizzazione non contano più i fini, ma unicamente le procedure stesse. La neutralità del diritto si è trasferita nella neutralità delle procedure, mentre il ruolo delle politiche pubbliche si è ridotto a quello della mera regolazione senza alcuna attenzione ai risultati finali del procedimento che, invece, restano nella sfera esclusivamente privata degli attori.

Dal punto di vista teorico si può sostenere, con qualche ragione, che la produzione giuridica improntata al cosiddetto *soft law* e alla *lex mercatoria* (Galgano, Ferrarese), all'autonormatività delle sfere sociali (Teubner), alle nuove legalità emergenti (Sassen) riproduce relazioni apparentemente egualitarie, ma in realtà fortemente sbilanciate schiacciando il diritto sulla componente formale del rispetto della procedura. Si potrebbe dire che il ricorso generalizzato al *due process of law* procedurale, come ha ben scritto Monica Raiteri, «è caratteristico di un mutamento giuridico e culturale che è stato definito di transizione dai diritti costituzionali ai diritti economici», e certo sarebbe utile continuare a indagare sul funzionamento delle procedure all'interno dei sistemi continentali di *civil law* seguendo la strada aperta proprio dagli studi della Raiteri.

Ma è pur vero che il ricorso generalizzato alle procedure e alle garanzie di partecipazione in esse previste, anziché portare a una semplificazione del sistema giuridico, lo ha sovraccaricato di compiti trasformandolo in un vero e proprio 'labirinto' dietro il quale si nasconde la reale disparità

³ S. Andrini, *Le miroir du réel. Essais sur l'esthétique du droit*, L.G.D.J., Paris, 1997; T. Marci, *Il paradosso del dono e la reciprocità sociale*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2012.

di potere tra i soggetti in campo. Il rispetto della procedura implica l'affermarsi di una nuova legalità esclusivamente formale che non riesce a riprodurre una quantità sufficiente di giustizia sostanziale, finendo per accrescere la litigiosità e la necessità di ricorso alla giurisdizione. Si aggiunga che l'imperfetto funzionamento delle procedure tendenti a prevenire il ricorso al giudice ha al contrario finito per riportare la decisione ultima nello spazio della giurisdizione, annullando l'effetto positivo atteso.

D'altra parte anche il giudice, come ha sottolineato Antoine Garapon, in un saggio apparso in Francia nel 2010 con il titolo *La Raison du moindre État: Le néolibéralisme et la justice* subisce le politiche di cosiddetta managerializzazione della giustizia tendenti al controllo dell'efficienza e della produttività dei magistrati applicando le teorie della scelta pubblica alla decisione del giudice e snaturandone in qualche modo la sostanza e le finalità (Garapon).

Da un diverso punto di vista, il primato delle procedure, se riesce a funzionare efficacemente nella dimensione tecnica dei nuovi poteri globalizzati (Cassese), si trova, invece, in difficoltà nei contesti dei vecchi stati nazionali. L'infinita moltiplicazione delle procedure finisce per aumentare l'inefficienza di quello che rimane della vecchia organizzazione burocratica degli Stati nazionali affidando alle pubbliche amministrazioni una serie di compiti complessi che esse non sono più in grado di svolgere.

Con il risultato che se, da un lato, si finisce per annullare l'efficacia di quella parte residuale delle politiche pubbliche sopravvissute alla privatizzazione e alla crisi finanziaria, dall'altro si paralizza inutilmente l'attività di quegli attori sociali, specialmente economici, che pur potrebbero apportare nuova linfa anche alla ricchezza collettiva mentre, in generale, l'opinione negativa sulla pubblica amministrazione diviene maggioritaria.

Insomma anche la proceduralizzazione del diritto, se intesa alla luce della vecchia idea della giustizia come «utile del più forte», finisce per diventare uno strumento di oppressione anziché di governo – ma sarebbe forse meglio dire di *governance* – e per avvilire le forze vive della società.

La proceduralizzazione è diventata, dunque, la nuova via di chi detiene il potere per imbrigliare l'azione sociale anziché per realizzare una corretta idea di giustizia. Non a caso uno studioso francese, Jacques Bichot, non un sociologo ma un matematico ed economista, ha intitolato il suo ultimo libro *Le Labyrinthe. Compliquer pour régner* (Bichot, 2015). L'autore avanza una proposta di radicale semplificazione del sistema giuridico, di quello amministrativo-burocratico e di quello

economico-finanziario, proponendo un ritorno alla deontologia professionale e alla buona vecchia morale per tornare ad avere non tanto dei buoni servitori dello Stato quanto invece dei servitori del popolo o dei promotori dell'interesse generale. Basandosi sui vecchi studi di Michel Crozier, Bichot passa in rassegna tutti i labirinti del vivere quotidiano: il labirinto fiscale delle imprese e delle famiglie, il labirinto della sicurezza sociale, quello delle pensioni, il labirinto europeo e il labirinto finanziario. Più di un capitolo del libro è dedicato al labirinto delle norme giuridiche. Bichot se la prende in particolare con il formalismo giuridico che sarebbe fonte di ingiustizia e di disumanizzazione della società.

Dunque, dopo la stagione dell'infinita moltiplicazione delle procedure e del trionfo della forma e della tecnica giuridica, sembra ora presentarsi innanzi a noi una grande stagione di semplificazione del diritto. Per fare in modo che questa nuova fase non porti a una pericolosa e generalizzata anomia, è necessario ritrovare le ragioni della politica e quelle della giustizia all'interno della società in una rinnovata lotta per il diritto tenendo conto – sono parole di Gunther Teubner – che «Un autentico trasferimento di conoscenza da una teoria sociale al diritto è di fatto impossibile. Fallirebbe dinanzi all'inflessibile autonomia del sistema giuridico. Ciò è insegnato non soltanto dalla dogmatica giuridica ma dalla più avanzata teoria dei sistemi».

Se ciò è vero, visto che siamo in un convegno intersezioni in cui si discute anche della religione, vorrei chiudere la mia relazione augurandomi che il diritto non voglia ricostituire nuove o vecchie teologie, richiamando il monito lanciato da Carl Schmitt nella prefazione alla sua *Teologia politica II*: «Se un Dio crea un mondo dal nulla, allora egli trasforma il nulla in qualcosa di assai stupefacente, cioè in qualcosa da cui può essere creato un mondo. Oggi non c'è più nemmeno bisogno di un Dio. Basta un'auto-affermazione, un'auto-attestazione e un auto-conferimento di poteri, una delle numerose parole composte con “auto”, un cosiddetto autocomposito, per far apparire nuovi sterminati mondi, che producono sé stessi e perfino le condizioni della loro propria possibilità» (C. Schmitt, 1992: 7).

Riferimenti bibliografici

J. Bichot, *Le labyrinthe. Compliquer pour régner*, Manitoba/Les Belles Lettres, Paris, 2015.

G. De Rosa, *La transizione infinita. Diario politico 1990-1996*, Laterza, Roma-Bari 1997.

M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in «Diritto Pubblico», 2, 2009, pp. 295-315.

A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, pref. di E. Bruti Liberati, Milano, Feltrinelli, 1997.

A. Garapon, *Lo Stato minimo il neoliberalismo e la giustizia*, Raffaello Cortina, Milano, 2012.

M. Magatti, *Corruzione politica e società italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996.

M. Raiteri, *Forme di giudiziarizzazione del rule-making*, in *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, a cura di A. Febbrajo, A. La Spina e M. Raiteri, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 109-135.

M.L. Salvadori, *Storia d'Italia, crisi di regime e crisi di sistema (1861-2013)*, Il Mulino, Bologna, 2013.

P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, Bologna, 1997.

P. Scoppola, *La Costituzione contesa*, Einaudi, Torino, 1998.

C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984.

C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972.

C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981 [ed.or. *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969].

C. Schmitt, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1992 (ed.or. Politische Theologie II. Die Agende von der Erledigung jeder politischen Theologie., Duncker & Umblot, Berlin.1984, II ed., I ed. 1970).

V. Pocar, *Guida al diritto contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

G. Teubner, *I rapporti precari tra diritto e teoria sociale*, Relazione tenuta in occasione dell'Inaugurazione dell'Anno accademico dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici, Napoli, 21 novembre 2014.



Sesto San Giovanni (MI)
via Monfalcone, 17/19

© Metabasis.it, rivista semestrale di filosofia e comunicazione.
Autorizzazione del Tribunale di Varese n. 893 del 23/02/2006.
ISSN 1828-1567



Quest'opera è stata rilasciata sotto la licenza Creative Commons Attribuzione- NonCommerciale-NoOpereDerivate 2.5 Italy. Per leggere una copia della licenza visita il sito web <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/> o spedisci una lettera a Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.