



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Dottorato di Ricerca

Scienza Politica e Istituzioni in Europa

TESI di DOTTORATO

**STATO E NUOVO DIRITTO NELLA DIMENSIONE
SOVRANAZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA**

Settore Scientifico Disciplinare

Filosofia del Diritto –IUS 20

Relatori

Candidato

Prof. Giuseppe Acocella

Domenico Francesco Vittoria

Prof. Matteo Pizzigallo

Anno Accademico 2013/2015

Introduzione

Le Ragioni di una ricerca

La tesi che ho svolto è il compendio dello studio che coniuga ricerca e “azienda”, essendo il dottorato la sperimentazione tra la ricerca in dipartimento e il tirocinio in azienda. Così ho potuto apprezzare il “matrimonio” tra il lavoro teorico e il campo d’azione dell’azienda, dove le imprese europee s’incontravano per costruire il tempo nuovo utilizzando una parola, “produrre”; la stessa che poi ho incrociato leggendo e studiando il testo di Natalino Irti “*Nichilismo giuridico*”. “Rammento soltanto che, laicizzate le fonti del diritto e sciolto ogni legame con la teologia, le norme sono venute nell’esclusivo e totale dominio della volontà umana. I disegni, volti a ricostruire l’unità in forme storiche e mondane, si rivelano ormai falliti. L’età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: “produrre”. Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato, sono “prodotte”: vengono dal nulla e possono esser ricacciate nel nulla. La forza che le “produce”,

ossia le chiama innanzi o le rifiuta , le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini. Le officine giuridiche che lavorano in tutte le ore del giorno ed in tutti i luoghi della vecchia Europa: “ nessuna norma ha privilegio d’immutabilità e d’inviolabilità.”¹ Le ragioni di questa ricerca sono il frutto di un osservatorio sul campo che ha visto all’opera le aziende dell’Unione Europea che cercavano un diritto che garantisse loro la migliore condizione di opportunità. Ragioni che non cercavano più la “territorialità” del diritto statale, ma l’efficacia del geo-diritto. Così sono gli Stati che inseguono i “fenomeni globali”. Gli Stati indeboliti e superati da un “pensiero nuovo” e perciò costretti a rinchiudersi “aspettando il nemico”. Questa ricerca analizza la globalizzazione che “sradica il diritto dai luoghi e lo getta dinanzi all’*a-topia dei mercati.*”² Analizza come gli affari economici e finanziari, commerciali e industriali, sono dovunque o, meglio, non hanno luogo. Così il non aver luogo è volontà di non aver diritto: *a-topia e a-nomia.*³

La tesi, nel corso del lavoro che ho svolto, approfondisce il diritto globale

¹ N. Irti, Nichilismo giuridico, Laterza, p. 7

² N. Irti, Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto, Roma-Bari 2001.

³ N. Irti, Nichilismo giuridico, Laterza, p. 30

che si ristrutturava rivedendo profondamente i tradizionali rapporti con il territorio che erano alla base dello Stato nazione.⁴La ricerca di questa tesi analizza le “nuove forme di intelligenza giuridica”, prodotte da vari soggetti pubblici e privati che accompagnano la vita dei mercati. Nuove forme giuridiche in continuo *work in progress* che progettano sempre nuove condizioni organizzative e soluzioni giuridiche per gli scambi.⁵La crisi dello Stato trova una buona letteratura in questa tesi. La prolusione di Santi Romano del 1909 a Pisa è la lucida percezione del giurista siciliano verso la complessità di una società che “domina lo Stato”. La complessità di coagulazioni sociali sempre più riottose⁶ fanno teorizzare nel 1917/18 “la pluralità degli ordinamenti giuridici, lo svincolamento del diritto dallo Stato, il suo collegamento con la globalità del sociale.”⁷ Quella che studia Romano è la crisi dello Stato che non domina, ma è dominato da “questo movimento sociale che si governa con leggi proprie, assumendo un atteggiamento antagonista di fronte allo Stato e mira a sostituirsi ad esso, provocando una decomposizione dello Stato

⁴ M.R. Ferrarese, *Le Istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, p.42.

⁵ Si Veda Dezalay, *I mercanti del diritto*, cit.

⁶ S.Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi, Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969.

⁷ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*(1918), Sansoni, Firenze 1946.

moderno.”⁸La ricerca “attraversa”il pensiero giuridico del novecento e del XXI secolo per approfondire i temi dell’Unione Europea e della democrazia. Così analizzo la trasformazione dello Stato fiscale in Stato debitore, dove le banche decotte sono salvate da quegli stessi Stati che esse hanno già mandato in rovina, sicchè il regime finanziario prevalente finisce per mettere sotto curatela le popolazioni.⁹ La “questione sociale” e lo Stato sociale di diritto vede protagonista il giurista Ernst Forsthoff in una conferenza a Berlino nel 1953. La tesi analizza le condizioni d’incertezza che vive il “cittadino globale” che si vede catapultato in una società non più protetta dallo Stato. Società esposta alla rapacità di forze che non controlla.¹⁰L’analisi che qui presento non può essere esauriente della ricca letteratura in materia di teoria dello Stato, ma è indubbio che il lavoro della tesi “certifica” di come lo Stato è in continua trasformazione con la crisi del tradizionale paradigma e l’avvio del nuovo paradigma che pone in discussione tutte le nozioni, i temi e i problemi classici del diritto pubblico, della natura del potere pubblico e

⁸ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Saggi di diritto costituzionale, Giuffrè, Milano, 1969.

⁹ J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica*, Laterza, Roma-Bari, p.53.

¹⁰ Z. Bauman, *Modus vivendi*, Laterza, Bari-Roma, p.26.

del suo agire legale-razionale. Insomma, un mondo in divenire che al monismo statale e alla sua organizzazione compatta sostituisce un conglomerato di diritti anche incompatibili, ma provvisti di norme di conflitto e cioè di regole che decidono quali norme applicare al caso concreto. La ricerca si concentra sull'Unione Europea che fa dire al filosofo Habermas : “potrà stabilizzarsi a lungo termine soltanto se sotto la coazione degli imperativi economici farà i passi ormai indispensabili per coordinare le politiche essenziali, non nello stile burocratico-gabinettistico sinora consueto, ma percorrendo la via di una sufficiente ratificazione giuridica democratica.”¹¹La globalizzazione sta imponendo un cambiamento epocale come tutti i mutamenti che ha avuto il corso della storia; non serve “fermare” il tempo , serve, per dirla con Natalino Irti, cercare un pensiero giuridico nuovo, dove alla vocazione spaziale del moderno capitalismo non si può rispondere con le leggi della “sfera” territoriale. Una sfida aperta e faticosa dove il diritto sarà dentro i “nuovi Spazi”.

¹¹ J.Habermas, Questa Europa è in crisi, Laterza, Bari-Roma, p. 51.

Per una definizione di Stato

“Con Stato generalmente s’intende – sulla scia di Max Weber –una forma storicamente determinata di organizzazione del potere o delle strutture dell’autorità, contrassegnata dal fatto che una sola istanza, quella statale appunto, detiene il monopolio legittimo della costrizione fisica. In altri termini, lo Stato “moderno” si caratterizza per il monopolio del politico, per cui si può anche parlare di un’identità tra lo Stato e il politico.”¹² Lo stato diventa, così ,una “organizzazione coatta, che tiene unito un gruppo sociale su un determinato territorio, differenziandolo da altri gruppi a esso estranei;esso generalmente viene caratterizzato da tre elementi: il potere sovrano, che dà sostanza all’ autorità; il popolo, che nei diversi tempi storici ha ruoli diversi; e infine il territorio o meglio l’unità territoriale su cui esercita il proprio dominio (lo Stato ha un centro –la capitale- e beni precisi e delimitati confini),

¹²N.Matteucci, Lo Stato moderno, lessico e percorsi, Il Mulino , Bologna,1993 pag.15

donde la territorialità dell'obbligazione politica.”¹³ Solo nel Cinquecento vediamo l'apparire del termine Stato. Matteucci ci racconta che nel linguaggio politico si parlava di *statuspublicus* o di *status rei publicae*, “dove la parola status a volte significava la condizione della repubblica, oltre la costituzione, oltre la forma di governo o la *species politiae* (*status regalis, optimatorum, popularis*; stato regio, di pochi, popolare, libero).¹⁴ La divulgazione della parola "Stato" la dobbiamo così per il prestigio del Principe di Machiavelli : “Tutti li stati, tutti è dominii che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati”.¹⁵ La parola "Stato" non nasce, però, dalla penna del pensatore fiorentino, che, con il Principe, aveva lentamente sostituito le parole che designavano “sino allora la massima organizzazione di un gruppo d'individui su un territorio in virtù di un potere di comando: civitas e res publica con cui gli scrittori romani designavano l'insieme delle istituzioni politiche di Roma, appunto della

¹³ Ivi, pag.15

¹⁴ Ivi, pag.25

¹⁵ N. Machiavelli, il Principe, 1513, ed.1977, pag.5

civitas”.¹⁶ Gli antichi così per indicare le varie forme di governo utilizzavano la parola civitas, che da Machiavelli in poi risultava sempre più inadeguato a rappresentare ordinamenti politici che si estendevano territorialmente ben oltre le mura di una città, ivi comprese le repubbliche che da una città prendevano il nome, come la repubblica di Venezia. L’esigenza di avere a propria disposizione un termine di genere più adatto a rappresentare la situazione reale dovette essere più forte del vincolo di una lunga e autorevole tradizione.¹⁷ Il nome nuovo (Stato) non sarebbe altro- ci racconta il filosofo Bobbio- che il segno di una cosa nuova. Lo Stato, inteso come organizzazione politica di una comunità, nasce “dalla dissoluzione della comunità primitiva fondata sui legami di parentela e dalla formazione di comunità più ampie derivanti dall’unione di più gruppi familiari per ragioni di sopravvivenza interne (il sostentamento) ed esterne (la difesa).”¹⁸ Per G.Vico, ci racconta il filosofo Bobbio, la prima forma di stato nel senso proprio della parola è preceduta dallo stato ferino (asociale) e dallo stato delle famiglie, “che è

¹⁶ N. Bobbio, Stato, governo, società, per una teoria generale della politica, Einaudi, 1985, pag. 56

¹⁷ N. Bobbio, Stato, governo, società, per una teoria generale della politica, Einaudi editore, 1985, Torino, pag. 57

¹⁸ Ivi pag. 63

uno stato sociale ma non ancora propriamente politico e, nasce quando, in seguito alla rivolta dei “famoli,” i capi di famiglia sono costretti a unirsi e dar vita alla prima forma di stato, la repubblica aristocratica.”¹⁹Il teorico marxista Engels ci racconta come la dissoluzione della società gentilizia fondata sul vincolo familiare, “e la nascita dello Stato segna il passaggio dalla barbarie alla civiltà (dove civiltà è usato rousseauianamente con una connotazione negativa”²⁰Naturalmente la tesi di Engels è che in qualsiasi comunità primitiva, sia “essa la gens dei Romani siano le tribù degli Irochesi, vige il regime della proprietà collettiva. Con la nascita della proprietà individuale nasce la divisione del lavoro; la società si divide in classi, nella classe dei proprietari e nella classe dei nullatenenti, con la divisione della società in classi nasce il potere politico, lo Stato, la cui funzione è essenzialmente quella di mantenere il dominio di una classe sull’altra anche ricorrendo alla forza, e quindi d’impedire che la società divisa in classi si trasformi in uno stato di permanente anarchia.”²¹Lo Stato è un fatto eminentemente

¹⁹ Ivi pag.64

²⁰ Ivi pag.64

²¹ Ivi pag.64

politico scrive Matteucci, politiche sono le sue evoluzioni: “ esso cresce non perché dominato da una ratio interna o guidato dal consapevole progetto di una classe, ma per dare precise risposte a precisi problemi politici, a sfide che gli vengono sia dall’arena internazionale, sia dal territorio sul quale vuole esercitare la propria sovranità, insomma dall’esigenza di costruire le proprie frontiere, per dividere la pace e la guerra.”²²Lo Stato, così nel corso dei secoli doveva soprattutto immaginare la propria sopravvivenza in un mondo perennemente esposto al rischio; la logica, ci racconta ancora il filosofo Matteucci, era di ingrandirsi “e di rafforzare il proprio dominio all’interno”.²³La guerra significava più denaro, e così lo Stato era costretto a diventare sempre più fiscale, imponendo sempre più, nuove risorse dalla società, ai fini di soddisfare i propri bisogni: nasce così un processo molto lento il cui protagonista fu l’Inghilterra, il monopolio della fiscalità, con la gestione diretta da parte dello Stato.²⁴Lo Stato, lo possiamo definire un prodotto della storia; gli stati si formano storicamente, lentamente nella parte

²²N.Matteucci,Lo Stato moderno,Mulino editore,1993,Bologna,pag.22

²³ Ivi pag.23

²⁴ Ivi pag.23

occidentale dell'Europa, in quei territori che avevano fatto parte dell'Impero carolingio e dove si era sviluppato il feudalesimo: il feudo perde il suo carattere personale per divenire una cosa, un possedimento; il principe regna sul territorio, non più sulla persona; il potere assume una forma permanente.²⁵ Andando a scavare nella storia, una prima configurazione protostatale è la Sicilia del re e imperatore Federico II di Svevia (1194-1250) “un sistema amministrato da una burocrazia salariata e trasferibile, che si finanziava con le tasse, che partecipava direttamente alla produzione economica, che forniva l'abilitazione per certe professioni, che amministrava la giustizia”.²⁶ Scorrendo i secoli è verso il XIV che vediamo il primo vero stato: Francia, (*Ile de France*) uno stato con i caratteri dello stato moderno e dell'amministrazione centralizzata. Nel corso dei secoli il concetto di stato “acquisisce un significato esteso, facendolo coincidere con <politica> o con ogni forma di organizzazione pubblica”.²⁷ Max Weber “mette a punto i caratteri di quella entità storicamente delimitata quale è lo stato moderno, che si

²⁵P.Grilli di Cortona, Stati, nazioni e nazionalismi in Europa, il Mulino editore, Bologna, Pag.45

²⁶Ivi pag.45

²⁷Ivi pag.44

differenzia da ogni altra organizzazione attraverso il monopolio dell'uso legittimo della forza.”²⁸ Carl Schmitt nega ogni consonanza tra stato e politica, “essendo il primo solo una delle tante espressioni della seconda.”²⁹ Per Max Weber, lo stato è come “quella comunità umana la quale, nell'ambito di un determinato territorio- e il “territorio” è un elemento caratteristico- pretende per sé il monopolio dell'uso legittimo della forza fisica”.³⁰ Altri caratteri che Weber indica come definizione di stato è, anzitutto, la sovranità e il territorio. “La sovranità è strettamente legata all'esercizio del potere e quindi all'uso della forza; implica il controllo su un determinato territorio, su una popolazione, su determinate risorse. Un controllo esercitato autonomamente, non dipendente da alcun altro potere. Il territorio, poi ,è il principale oggetto della sovranità e assume una rilevanza tutta particolare negli stati moderni, assente nelle precedenti forme di comunità politica.”³¹ Centralizzazione e amministrazione assumono ulteriori

²⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubingen, Mohr; trad. it. *Economia e società*, 5 voll., Milano, Comunità, 1955

²⁹ C. Schmitt, *Le Categorie del <politico>*, Bologna, Il Mulino

³⁰ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubingen, Mohr; trad. it. *Economia e società*, vol. IV, Milano, Comunità, 1995

³¹ P. Grilli di Cortona, *Stati, nazioni e nazionalismi in Europa*, Il Mulino editore, Bologna, pag. 47

elementi che differenziano lo stato dalle altre forme di organizzazione politico-territoriale. “La centralizzazione del potere rappresenta un processo dinamico che conduce alla riduzione dei poteri diversi e alternativi a quello dello stato e all’unitarietà crescente dell’organizzazione statale. Ma la centralizzazione, la sovranità, il controllo e la difesa dello stato sono resi possibili dalla crescita delle burocrazie e dalla formazione dell’amministrazione, che assicurano l’espansione interna del potere.”³² Così la burocrazia nel senso weberiano (regole universali, competenza, gerarchia trasparente e stabile, separazione dai mezzi dell’amministrazione, remunerazione fissa, regole precise nel reclutamento) diventa lo strumento fondamentale per la stabilizzazione degli stati. Lo Stato, inizialmente, ha una scarsa incidenza nei territori periferici, che si afferma solo grazie ai funzionari “per lo più itineranti oppure con incarichi specifici limitati nel tempo, più simili ai *missidominici* di età carolingia che ai moderni funzionari della burocrazia.”³³ Così nel corso della storia figure come il gabelliere, l’intendente, il soldato piuttosto che il maestro, “concorrono a diffondere

³² Ivi pag.48

³³ Ivi pag.49

la penetrazione dello stato nelle periferie, assicurando l'esecuzione delle sue decisioni e il coordinamento fra le varie branche dell'amministrazione."³⁴E' Napoleone che con l'istituzione della figura del "préfet" avvia l'opera della centralizzazione autoritaria dello stato. La figura del préfet, dotato di pieni poteri dallo "stato centrale" sarà un modello esportato in molti paesi dell'Europa. L'evoluzione dello stato significa la crescita della cittadinanza. Durante l'Impero romano esso permetteva di delimitare chi ne faceva parte rispetto a coloro che ne erano esclusi. Successivamente si applica anche alla comunità dei cristiani(battezzati).Nella tradizione germanica, invece, si applica ai capifamiglia che partecipano alle assemblee legislative e giudiziarie; nel Medio Evo si adatta alla rappresentanza per <stati>, fino poi alla rivoluzione francese che impone il principio della rappresentanza plebiscitaria: contano gli individui, che diventano uguali di fronte alla legge e non le loro proprietà o le corporazioni di appartenenza.³⁵La cittadinanza diviene così un concetto inclusivo che "regola il godimento

³⁴ Ivi pag.49

³⁵ Ivi pagg.49,50

dei diritti (alla sicurezza, oggi anche quello di voto) e il rispetto dei doveri (pagamento delle imposte, servizio militare).”³⁶

³⁶G. Poggi, *Lo Stato. Natura, sviluppo, prospettive*, Bologna, Il Mulino - R. Bendix, *Re o popolo. Il Potere e il mandato di governare*, Milano, Feltrinelli

Dallo Stato di diritto allo Stato rappresentativo

“Il secolo XIX è il secolo dello <stato di diritto>o, secondo l’espressione tedesca, del Rechtsstaat. Nella tipologia delle forme di Stato, lo Stato di diritto ,o <Stato sotto il diritto> si distingue dal Machtsstaat, o <Stato sotto la forza >,cioè lo Stato assoluto caratteristico del XVII secolo, e dal Polizeistaat, lo <Stato sotto il regime di polizia>, cioè il regime dell’assolutismo illuminato, orientato alla felicità dei sudditi, caratteristico del secolo XVIII.”³⁷Zagrebel'sky, nel saggio “il diritto mite “ che abbiamo annotato, chiarisce che queste “formule” sono utili per cogliere la caratterizzazione del succedersi delle epoche storiche dello Stato moderno; definendo l’espressione <Stato di diritto> una tra le più fortunate della scienza giuridica contemporanea. Per il giurista piemontese, lo stato di diritto indica un valore; “il valore è l’eliminazione dell’arbitrio nell’ambito delle attività facenti capo allo

³⁷G.Zagrebel'sky,Il diritto mite,leggi, diritti,giustizia, Einaudi editore,Torino, 1992,pag.20

Stato e incidenti sulle posizioni dei cittadini”.³⁸Lo Stato di diritto ha così rappresentato storicamente uno dei capisaldi delle costituzioni liberali.

Per Norberto Bobbio, in materia di teoria dello stato, si possono distinguere le diverse forme di Stato in base a due criteri principali: quello storico e quello relativo alla maggiore o minore espansione dello Stato nei riguardi della società (un criterio che include anche quello fondato sulle diverse ideologie).³⁹Così in conformità a questa classificazione storica, le tipologie più accreditate dagli storici delle istituzioni sono: Stato feudale, Stato dei ceti, Stato assoluto. “Per <Stato di ceti> (Standestaat) s’intende l’organizzazione politica, dove si sono venuti formando organi collegiali, gli Stande o stati, che riuniscono individui aventi la stessa posizione sociale, i ceti appunto, e in quanto tali fruitori di diritti e privilegi che fanno valere nei riguardi del detentore del potere sovrano attraverso assemblee deliberanti come i parlamenti.”⁴⁰Il filosofo torinese, ci chiarisce ulteriormente che grazie a Otto Hinze, possono evidenziare la distinzione tra Stati con due

³⁸ Ivi pag.20

³⁹ N.Bobbio, Stato, Governo, Società, Einaudi editore, Torino, Pag .105

⁴⁰ Ivi pag.105

assemblee come l'Inghilterra, la Camera dei Lords, comprendente il clero e la nobiltà, e la Camera dei comuni, che coinvolge il ceto borghese, e Stati di ceti con tre corpi distinti, rispettivamente il clero, la nobiltà e la borghesia, come la Francia. Lo <Stato dei ceti>, si distingue dallo Stato feudale “ per una graduale istituzionalizzazione dei contropoteri e anche per la trasformazione dei rapporti da persona a persona, propri del sistema feudale, in rapporti fra istituzioni; da un lato le assemblee di ceto, dall'altro il re con il suo apparato di funzionari che, là dove finiscono col prendere il sopravvento, danno origine allo Stato burocratico caratteristico della monarchia assoluta.”⁴¹Lo <Stato dei ceti> si differenzia dallo Stato assoluto per la presenza di una “contrapposizione di poteri in continuo conflitto fra loro che l'avvento della monarchia assoluta tende a sopprimere.”⁴²La formazione dello Stato assoluto avviene attraverso un duplice processo parallelo di concentrazione e di accentramento del potere su un determinato territorio: per concentrazione s'intende quel processo per cui i poteri attraverso cui si esercita la sovranità, il potere di dettar leggi valide per

⁴¹ Ivi pag. 106

⁴² Ivi pag.106

tutta la collettività:⁴³ il potere giurisdizionale, il potere di usare la forza all'interno e all'esterno ad esclusione di ogni altro; per accentramento, il processo o di eliminazione o di esautorazione di ordinamenti giuridici inferiori come le città.(..)Con il formarsi dello Stato rappresentativo, (Monarchia prima costituzionale e poi parlamentare) in Inghilterra, in Europa, dopo la rivoluzione francese, e negli Stati Uniti d'America, dopo la ribellione delle tredici colonie contro la madrepatria, Bobbio ci chiarisce che ha inizio una quarta fase della trasformazione dello Stato. "Mentre in Inghilterra lo Stato rappresentativo nasce quasi senza soluzione di continuità dallo Stato feudale e dallo Stato di ceti attraverso la guerra civile e la <gloriosa rivoluzione> del 1688, nell'Europa continentale nasce sulle rovine dell'assolutismo monarchico".⁴⁴Lo Stato rappresentativo si afferma all'inizio come la sommatoria di un compromesso fra il potere del principe "il cui principio di legittimità è la tradizione e il potere dei rappresentanti del popolo (dove per <popolo> s'intende almeno in un primo tempo la classe borghese), il cui principio

⁴³ Ivi pag.107

⁴⁴ Ivi pag.107

di legittimità è il consenso.”⁴⁵ Con il consolidamento dello Stato rappresentativo, i soggetti sovrani non sono più né il principe investito da Dio, né il popolo come soggetto collettivo, ma l’individuazione dei diritti naturali dell’individuo, “di diritti che ogni individuo ha per natura e per legge, e che, proprio perché originari e non acquisiti, ogni individuo può far valere contro lo Stato anche ricorrendo al rimedio estremo della disobbedienza civile e della resistenza.”⁴⁶ Così, con le prime dichiarazioni dei diritti, ci troviamo di fronte ad una vera e propria rivoluzione copernicana: “Lo Stato considerato non più ex parte principis ma ex parte populi”.⁴⁷ L’individuo secondo l’affermazione di Bobbio viene prima dello Stato. L’individuo non è per lo Stato ma lo Stato per l’individuo. Ogni individuo conta per se stesso e non poiché gruppo.

⁴⁵ Ivi pag.107,108

⁴⁶ Ivi pag.108

⁴⁷ Ivi pag.108

La crisi dello Stato e lo Stato Minimo

“E’ ben nota la tesi di Engels, secondo cui lo Stato come ha avuto origine così avrà una fine, e finirà quando saranno venute meno le cause che l’hanno prodotto. Al pari del problema dell’origine dello Stato anche il problema della fine dello stato è un tema ricorrente. Bisogna però, prima di tutto, distinguere il problema della crisi dello Stato di cui si parla tanto in questi anni, con riferimento, o al tema della complessità crescente e alla conseguente ingovernabilità delle società complesse, oppure al fenomeno del potere diffuso, sempre più difficile da ricondurre a quell’unità decisionale, che ha caratterizzato lo Stato dalla sua nascita sino ad oggi. Per crisi dello Stato s’intende, da parte di scrittori conservatori, crisi dello Stato democratico, che non riesce più a far fronte alle domande provenienti dalla società civile da esso stesso provocate; da parte di scrittori socialisti o marxisti, crisi dello Stato capitalistico che non riesce più a dominare la potenza dei grandi gruppi d’interesse in

concorrenza fra loro. Crisi dello Stato vuol dire da una parte e dall'altra crisi di un determinato tipo di Stato, non fine dello Stato.”⁴⁸ Ma, in un altro saggio “*studi Hegeliani*”, Bobbio riprende il pensiero di Claude-Henri de Saint-Simon , di cui Engels disse che “insieme con Hegel, era stato <la mente più universale della sua epoca>. Mentre Hegel faceva dello Stato il protagonista della storia universale, “si affacciò una nuova teoria che, prende per la prima volta coscienza del fatto che la grande svolta della storia era stata non la rivoluzione francese , ma la rivoluzione industriale, che aveva dato origine alla trasformazione non dello Stato ma della società, prospettando il problema del deperimento dello Stato nella nuova società”(…) ⁴⁹. Saint Simon affermava che la nuova società industriale crea nuovi centri di potere oltre quelli tradizionali, di cui la nuova filosofia deve prendere atto, annunciando l'avvento della tecnocrazia. E' ovvio che Bobbio utilizza il termine fine dello Stato per argomentare che lo Stato, ammesso possa essere un male, è sempre necessario; meglio lo Stato che l'anarchia ci racconta il filosofo torinese. Lo Stato così assume le sembianze dello <Stato minimo>, che

⁴⁸ Ivi pag.118

⁴⁹ N.Bobbio, *Studi hegeliani, diritto, società civile, stato*, Einaudi, Torino, Pag.31

per Adam Smith significa limitarsi a provvedere alla difesa esterna e all'ordine interno nonché all'esecuzione dei lavori pubblici. Ma, anche Thomas Paine, si esercita a descrivere lo Stato minimo: "La società è prodotta dai nostri bisogni ed il governo dalla nostra malvagità; la prima promuove la nostra felicità positivamente unendo insieme i nostri affetti, il secondo negativamente tenendo a freno i nostri vizi. L'una incoraggia le relazioni, l'altro crea le distinzioni".⁵⁰ Aggiungendo che la società è una benedizione, il governo nella sua forma migliore non è che un male necessario, nella sua peggiore è insopportabile. Ma la più popolare teoria che sostiene l'avvento necessario di una società senza Stato è quella marxiana(engelsiana), "quando, in seguito alla conquista del potere da parte della classe universale (la dittatura del proletariato), verrà meno la società divisa in classi, verrà meno anche la necessità dello Stato."⁵¹ Lo Stato morirà di morte naturale aggiunge Engels, perché non sarà più necessario uno stato. La tentazione "ideale" di una società senza stato ha

⁵⁰ Ivi pag.121

⁵¹ Ivi pag.123

accompagnato vari autori, dando origine a una vera e propria corrente di pensiero politico.

Santi Romano: la teoria dell'istituzione e la crisi dello Stato

L'ordinamento giuridico (1918) di Santi Romano resta la sua opera maggiore di teoria generale del diritto. L'opera fu tradotta in francese, tedesco, e, nel 1963 fu tradotta anche in spagnolo con un'ampia introduzione di Sebastiàn- Martìn Retortillo, il quale presenta l'ordinamento giuridico come “una pietra miliare nello sviluppo del pensiero giuridico contemporaneo, lo presenta come un'opera precorritrice nella corrente del pluralismo giuridico contro la concezione monistica che riduce il diritto al solo diritto statale, più in generale contro il positivismo giuridico nella sua accezione più stretta.”⁵²L'ordinamento giuridico, tradotto in tedesco, francese e spagnolo, testimonia l'importanza che riscuoteva il giurista siciliano. Per molti anni, quando si discuteva della Teoria dell'istituzione, “il riferimento obbligato era la dottrina di Hauriou e dei suoi

⁵²N.Bobbio,Dalla struttura alla funzione, Edizione di Comunità,p.166

seguaci”.⁵³L’istituzionalismo, ci racconta Bobbio, per anni si è identificato con la dottrina francese dell’istituzione. In Italia, negli anni del regime fascista, Romano nonostante godesse di grande prestigio, la(sua)teoria del pluralismo veniva contrastata dal regime, attraverso il ministro Bottai che sentenziò che la teoria pluralistica era stata ormai seppellita dal fascismo che “rappresenta l’opposto delle situazioni, per le quali non può parlarsi di pluralità”.⁵⁴Nonostante il regime fascista, il pluralismo non indietreggiò, basta ricordare lo studio appassionato che dedicò alla dottrina di Romano, nel 1936 e 1939, Giuseppe Capograssi⁵⁵, che aveva studiato e approfondito le riflessioni sullo Stato, sulla crisi dell’autorità e sulla democrazia diretta. Il successo della teoria pluralistica secondo Norberto Bobbio, dipese dal fatto che essa dava una rappresentazione della realtà sociale più esauriente. Infatti,“il ribollimento delle forze sociali, seguito alla pressione della <questione sociale>,rischiava di far saltare(e in taluni paesi questo salto era già

⁵³ Ivi p.166

⁵⁴G.Bottai, Santi Romano, in scritti giuridici in onore di santi Romano, Cedam, padova 1940,vol.I, p.XVIII. Sull’opera politica e culturale di Bottai vedi S. Cassese, Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai, in<politica del diritto>, a. I, n. 3,1970, pp 404-47

⁵⁵G.Capograssi, Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici (1936. 2 ed. 1939), ora in Opere, Giuffrè, Milano1959,vol. IV,pp.183-221. Dello stesso autore vedi anche L’ultimo libro di Santi Romano (1951), ora in Opere, vol.V,pp.223-54, a proposito dei Frammenti di un dizionario giuridico.

avvenuto) il coperchio dello Stato”.⁵⁶Santi Romano, aveva colto in anticipo la realtà. Infatti, faceva notare che, se negli ultimi secoli vi era stato un progressivo processo di statalizzazione della società, “al tempo presente, ci si trovava presumibilmente di fronte al processo inverso, che si potrebbe chiamare di socializzazione dello Stato”.⁵⁷ E, aggiungeva Romano: “ La così detta crisi dello Stato moderno implica per l’appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente”.⁵⁸Tutti gli studiosi che si sono occupati del pensiero del giurista siciliano, concordano nel ritenere che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici nasce dalla riflessione sulla <crisi dello Stato>, cui Romano, ci racconta Bobbio, ha dedicato la prolusione pisana dell’anno accademico 1909-1910;⁵⁹anche

⁵⁶ IN. Bobbio, Dalla struttura alla funzione, Edizione di Comunità, p.176

⁵⁷ Ivi, p.176

⁵⁸ S. Romano, L’ordinamento giuridico, apparso primamente in due fascicoli degli <Annali delle università toscane>, N.S., vol. II n. 5 e vol. III n.1, 1917-1918, e quindi in volume presso l’editore Spoerri di Pisa, nel 1918.

⁵⁹ S. Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi (1910), in Scritti minori, cit., pp.310-25. Ancora recentemente il rapporto fra la prolusione pisana e l’Ordinamento giuridico è stato ribadito da S. D’Albergo, Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici, in <Rivista >, XXXII, n. 35, 5 settembre 1975, p.38, segno evidente dell’interesse attuale per il nostro tema. La constatazione del nesso fra la consapevolezza della crisi dello stato liberale e la dottrina della pluralità risale ai primi interpreti della dottrina romaniana. Per non parlare di Pannunzio che denuncia non la crisi dello stato ma al contrario la crisi della teoria pluralistica sulla base del riconosciuto superamento della crisi dello stato, si veda A. E. Cammarata, contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza (1925), in Formalismo e sapere giuridico, Trieste, a cura della Università, 1962, pp.30-31: <Recentemente ...questa concezione sociale del diritto ha ricevuto ulteriori spinte, se così è lecito esprimersi, dalla cosiddetta “crisi dello stato moderno”: crisi che si è creduto di scorgere nel moltiplicarsi, in seno allo

se Fulvio Tessitore ha mostrato attraverso quali piccoli passi vi sia arrivato in alcuni scritti minori precedenti,⁶⁰ e Sabino Cassese abbia rivelato l'esistenza di un trattato inedito di diritto costituzionale italiano, scritto da Romano per una casa editrice tedesca, nel periodo che sta fra la prolusione pisana e l'Ordinamento giuridico, e l'importanza che esso ha per la nascita della teoria dell'istituzione.⁶¹ “Il nesso fra la constatazione della crisi dello stato e la teoria del pluralismo giuridico è evidente. La ragione della crisi sta nel venir meno della corrispondenza fra l'idea in base alla quale lo stato nato dalla rivoluzione francese è stato costruito, secondo cui fra gli individui e lo stato non deve esservi posto per alcuno ente intermedio, e la realtà sociale presente in cui proliferano e spadroneggiano gruppi sempre più numerosi e sempre più prepotenti.”⁶² Il pluralismo nel corso del secolo XX era stato alimentato

stato moderno, di associazioni ed organizzazioni...tendenti a riunire gl'individui secondo il criterio delle loro “professioni”, o, meglio, del loro interesse economico “. Il richiamo al precedente saggio sulla crisi dello stato moderno è fatto del resto dallo stesso Romano nell'Ordinamento giuridico, p.93.

⁶⁰F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Morano, 2 ed., Napoli 1971, p.177 ss.

⁶¹ S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione*, cit., p. 260 ss.

⁶² N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, edizione di Comunità, p.181

da tre correnti: dal socialismo prima utopistico e poi libertario (Proudhon), dal liberalismo (Tocqueville), e dal cristianesimo sociale (Leone XIII). Santi Romano, aveva ben presenti tutti e tre movimenti, come risulta da un breve passo della prolusione.⁶³ Qual era l'atteggiamento di Romano, si chiede Bobbio, di fronte a due possibili interpretazioni del pluralismo? Il giurista siciliano, è certamente colpito dal prorompente fenomeno associazionistico, tanto che parla di <rivolta della società contro lo stato>. Da un lato, “di fronte alla <eclissi> di una <luminosa> concezione dello stato qual è stata quella nata dalla rivoluzione francese afferma che <potrebbe essere non del tutto superstizioso il trarne non lieti presagi>, ma nello stesso tempo denuncia la eccessiva <semplicità> dell'organizzazione statale esistente e quindi la sua <insufficienza> e <deficienza>.”⁶⁴ Santi Romano, non accetta un

⁶³ Mi riferisco al seguente passo: < Lo promuovono (il movimento appunto che determina la crisi dello Stato moderno) e l'agevolano coloro che mirano ad un sovvertimento generale degli attuali ordinamenti; lo guardano con simpatia, come potente affermazione di vitalità democratica, coloro, che, pur rifuggendo da vie incostituzionali, vagheggiano riforme profonde e radicali; lo propugna, anche ufficialmente, la Chiesa cattolica, che ... si è mostrata decisamente favorevole al sistema corporativo >(p.316). Sull'argomento vedi S. Lanaro, Pluralismo e società di massa nel dibattito ideologico del primo dopoguerra (1918-1925), in Luigi Sturzo nella Storia d'Italia, Edizioni di storia e letteratura, Roma 1973, II pp. 271-315.

⁶⁴ S. Romano, Lo stato moderno e la sua crisi, cit., pp.314 e 317. A p.320 esprime in poche righe il concetto fondamentale del pluralismo con le parole seguenti: < Il nucleo di verità più indiscutibile che anima le moderne tendenze al sistema corporativo sta nel rilievo semplice, che i rapporti sociali che

pluralismo estremo o eversivo. Egli, ci ricorda Bobbio, è un pluralista moderato, crede ai benefici effetti “che l’emergere di gruppi sociali riottosi come i sindacati può produrre in una migliore articolazione dei rapporti fra individui singoli e stato, ma considera pur sempre come finale e necessario della società organizzata lo stato. Egli è teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista”⁶⁵ in conclusione Romano, afferma che quali che siano gli stravolgimenti sociali in atto, non si può rinunciare al principio di <un’organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi.>⁶⁶ Con un lessico efficace, Romano chiama lo stato <istituzione delle istituzioni>, e non pensa mai, che lo stato venga disaggregato nelle sue parti.

direttamente interessano il diritto pubblico non si esauriscono in quelli che hanno per termini l’individuo, da una parte, lo stato e le comunità territoriali minori, dall’altra. Come sarebbe del tutto contrario al più evidente e sicuro processo storico da cui la nostra civiltà derivata, prescindere da quest’ultime, così appare esigenza elementare e fondamentale tener conto anche delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali>

⁶⁵ Cassese parla a questo proposito di <delicato compromesso>, operato da Romano, <fra l’esigenza pluralista posta dai fatti, e l’ideologia autoritaria della scuola giuspubblicistica italiana>. Compromesso <che, successivamente, nel suo stesso autore, sembra rompersi per lasciare apparire, più rigorosamente, ma con accentuazione del momento autoritario, il pluralismo in funzione servente dello stato> (Cultura e politica nel diritto amministrativo, cit., p.184)

⁶⁶ Op. cit., p.324

La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno

Romano, osserva che lo stato moderno (prolusione pisana del 1909) ente a sé, unitario e impersonale, subisce una duplice eclissi. A livello speculativo, è ritenuto una finzione giuridica. Sul piano degli eventi reali, è scalzato da associazioni professionali, che comprendono anche i servitori dello Stato. Lo Stato per Santi Romano non domina, ma è dominato da questo movimento sociale che “si governa con leggi proprie”, assume “ un atteggiamento antagonistico di fronte allo Stato” e mira a sostituirsi ad esso, producendo una “decomposizione dello stato moderno”. Il giurista siciliano, osserva che la debolezza della rappresentanza politica è tale che non riesce a far rispecchiare la società nello stato, e cerca di salvaguardare un principio, una organizzazione superiore che armonizzi le realtà minori, rappresentando l’interesse generale. L’opera di Santi Romano è influenzata da Lèon Duguit (*Le droit social, le droit individuelle et la transformation de l’Etat*) saggio che era uscito un anno prima dell’uscita della prolusione di Romano. Stampata nel 1910, poi più volte ristampata, l’opera di Lèon Duguit fu

influenzata dal sociologo Emile Durkheim, in cui propone il metodo sociologico nello studio del diritto. Come ci racconta Sabino Cassese,⁶⁷ la prolusione di Romano subisce l'influenza "indiretta" di sociologi ed economisti (Leroy, Beaulieu, Bourguin, Jeanneney) sulle trasformazioni del potere pubblico e sui sindacati dei funzionari. Questi autori, citati, sostengono che, " il sindacalismo non è né una dottrina, né un partito, ma un fatto, un fatto degno di considerazione"⁶⁸. Per Duguit, lo stato non esiste, esistono però i governanti, che non hanno diritti, ma sono sottomessi al diritto. "La discussione sul sindacalismo e sulla crisi dello stato sarà ripresa in anni successivi da Ferraciu, Volpicelli, Forti, Orlando, Mosca, Ranelletti, Rocco. Romano stesso la riprenderà nel 1918 nella prolusione su "Oltre lo Stato", dove presentò il quadro delle forze disgregatrici esterne e nel 1917-1918, ne "L'ordinamento giuridico": anzi, la prolusione pisana fa parte della "lunghissima preparazione" (parole di Orlando) del "magnum opus" del nostro autore, che vi presentò una " nuova maniera di concepire la nozione stessa di

⁶⁷S.Cassese, Consiglio di Stato, associazione Italiana dei Costituzionalisti, conclusioni alla giornata di studio su <Lo stato moderno e la sua crisi> a un secolo dalla prolusione pisana di Santi Romano, Roma 30 Novembre 2011.

⁶⁸ Alfredo Gradilone, Storia del sindacalismo, III, 2, Italia, Milano, Giuffrè, 1959;

diritto” (sono sempre parole di Orlando.)⁶⁹ La prolusione di Romano come ci spiega Cassese, ha una duplice rilevanza, da un verso è la risposta a Duguit, riconosce lo sviluppo dei sindacati e delle corporazioni, ma a condizione che siano subordinati allo Stato, di cui deve rimanere intatta la capacità di tutela dell’interesse generale. L’altra ipotesi, è l’inizio di una lunga riflessione che condurrà alla formazione istituzionalistica, (che abbiamo accennato in precedenza), teoria che definisce lo Stato solo uno dei molti poteri pubblici, il cui pluralismo caratterizza il mondo giuridico contemporaneo. “Il diritto pubblico moderno dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie. E mentre gli scrittori politici si abbandonano secondo i diversi temperamenti alle visioni o alle discussioni critiche; mentre si domanda se si verifica una specie di ricorso storico alle corporazioni medioevali; mentre si dubita se i moderni sindacati faranno divampare la lotta sociale e si questiona sulle loro possibili conseguenze circa

⁶⁹ S:Cassese, Consiglio d Stato, associazione italiana dei costituzionalisti, conclusioni alla giornata di studio su <Lo Stato moderno e la sua crisi> a un secolo dalla prolusione pisana di santi Romano, Roma 30 Novembre 2011.

l'energia del carattere individuale, il funzionamento dei pubblici poteri, l'avvenire del collettivismo e l'evoluzione in genere del mondo economico, le organizzazioni delle varie classi si moltiplicano in maniera prodigiosa. E moltissime assumono, ora in modo larvato, ora apertamente, un atteggiamento antagonistico di fronte allo Stato. La corrente più moderata e conservatrice, nel medesimo tempo che afferma che i corpi professionali devono svolgersi sotto la garanzia e il controllo di quest'ultimo, avverte che essi non devono mai divenire strumenti suoi ufficiali, accentuandone così, se non il carattere di opposizione, quello d'indipendenza. Sotto altri punti di vista poi e per quanto riguarda il loro pratico atteggiamento, è superfluo rilevare che in tutte le associazioni di tal genere, per esempio in quelle dei funzionari, è insita l'idea di acquistare una potenza materiale, che possa premere sui pubblici poteri, in modo da ottenere con forza che deriva dall'unione, ciò che lo Stato, ascoltando la voce della semplice giustizia, si teme che non conceda. Talvolta poi, senza riserve e senza sottintesi, è la sostituzione dell'attività del sindacato a quella statuale, che si reclama. E

precisamente il programma, nella sua forma più radicale e rivoluzionaria, questo cui mira il sindacalismo operaio in senso stretto. E in Francia i sindacati dei pubblici funzionari insistentemente reclamano di partecipare alla federazione generale del lavoro, appunto perché, nonostante abbiano interessi divergenti da quelli delle classi lavoratrici, che potrebbero meglio difendere con un'organizzazione autonoma, ne divide gli intendimenti antistatali. Basti ricordare il famoso manifesto degli istitutori sindacalisti del 24 novembre 1905, in cui si dichiara che <i sindacati debbono prepararsi a costituire i quadri delle future organizzazioni autonome, alle quali lo Stato rimetterà la cura di assicurare, sotto il suo controllo e sotto il loro controllo reciproco, i servizi progressivamente socializzati>”.⁷⁰ Questo passo della prolusione di Romano per “toccare con mano” il pensiero sul sindacato e lo Stato.

⁷⁰ Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella R. Università di Pisa. Da Rivista di diritto pubblico, Milano 1920. Ripubblicato in S. Romano, Prolusioni e discorsi accademici, pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena, 1931 e in S. Romano, Scritti minori, I p. 345

La crisi dello Stato in Santi Romano e il “diritto pubblico”

Per Santi Romano, con la Rivoluzione francese ha preso il largo il “diritto pubblico comune della maggior parte degli Stati civili”: “la caratteristica maggiore, e speriamo più duratura, dello Stato moderno, per cui esso appare l’unica fonte, se non l’unico subbietto, di ogni potere pubblico, ha precisamente quest’origine; e l’art. 3 della dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, proclamandone e formulandone il principio, in verità non faceva che delineare una situazione giuridica, che oramai emergeva evidente e s’impondeva in modo categorico. Era già lontano lo Stato medioevale, le cui diverse parti, com’è noto, spesso lottanti fra loro, non avevano mai potuto fondersi in una completa unità, in modo che ciascuna si riteneva depositaria per virtù propria e per diritto originario di almeno una frazione della sovranità pubblica.(...) L’impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona: ecco il principio fondamentale del diritto pubblico moderno una persona immateriale, ma pur reale;

un'entità non fittizia e immaginaria, ma che, pur non avendo corpo, riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà; non ombra o spettro, ma vero principio di vita, operante, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, col sussidio di un insieme di istituzioni atteggiate ed armonizzate a questo scopo. Stupenda creazione del diritto, che ad una facile critica e sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato via ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente.”⁷¹ Dunque, come abbiamo potuto osservare, la prolusione romaniana, fu lo sforzo di “leggere” la prima crisi dello stato derivante dalla presenza delle forze sociali e il tentativo di riordinare con una “lunghissima preparazione” una “nuova maniera di concepire la nozione stessa di diritto”.

⁷¹ Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella R. Università di Pisa. Da Rivista di diritto pubblico, Milano 1920. Ripubblicato in S. Romano, Prolusioni e discorsi accademici, pubblicazione della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena, 1931 e in S. Romano, Scritti minori, I, p.345

La crisi dello Stato e Giuseppe Capograssi

Come abbiamo potuto osservare, la crisi dello Stato moderno, nella prolusione del 1909 di Romano, certificava una crisi “interna” allo stato; mentre dopo un lungo periodo di pace europeo, la crisi inizia a divenire “esterna”, “mondiale” “Oltre lo Stato”⁷² “l’altro volto della sovranità dello Stato moderno europeo, in un conflitto che per quantità, qualità e intensità, non aveva paragoni nella storia.”⁷³ Così con la fine del primo conflitto mondiale, l’analisi e lo studio sulla “crisi dello stato moderno”, prosegue in modo ancora più deciso. Di crisi dello stato, si occupa come abbiamo potuto già rilevare Giuseppe Capograssi, fra il 1911 e 1922, in quattro indicative argomentazioni⁷⁴. Nell’Introduzione del Saggio sullo Stato, Capograssi, in piena guerra mondiale, descrive della condizione dello Stato moderno, rilevando come: quando “ la corporatura gli è divenuta titanica (...) la sua autorità è decaduta e sulla sua esistenza sul suo valore, si è aperto un vasto processo, dal quale esso esce umiliato e

⁷²S.Romano,Oltre lo Stato, in scritti minori, vol.I, Giuffrè,Milano,1950, pp.345-356.

⁷³A.Luongo, Lo “Stato moderno” in Trasformazione, momenti del pensiero giuridico italiano del primo Novecento, G.Giappichelli editore-Torino,p.74.

⁷⁴ Tesi di Laurea discussa presso l’Università di Roma, nel 1911, Lo Stato e la Storia. Saggio sul realismo nel diritto pubblico, in G.Capograssi, Riflessioni sull’autorità e la sua crisi, a cura di M. D’Addio, Giuffrè, Milano , 1997, pp. 237-83.

diminuito”. Lo Stato è un “ povero gigante scoronato”⁷⁵. Per il giovane Capograssi, ci troviamo di fronte a un problema nuovo in riferimento allo Stato, e continua, si utilizza , ancora, vecchie categorie per comprendere “ la pluralità di fenomeni sociali e politici che hanno determinato lo schiacciamento dello Stato sulla nazione, sulla società”⁷⁶.

Lo Stato moderno per Capograssi non può essere ridotto a una grossa azienda di affari, o a un grosso strumento di forza esteriore. In un bel saggio Biagio De Giovanni⁷⁷ ha studiato il rapporto tra democrazia e crisi: “ rompendo i confini verso il basso, fa entrare la Vita, la prassi umana come tale, nella politica, spezza e incrina i confini della vecchia legittimazione che si costituiva attraverso una rigida formalizzazione”.

De Giovanni, descrive come con l’irruzione delle masse nella politica moderna, addirittura conquistandone lo “scettro” sarà compito della democrazia dice ancora il filosofo napoletano a scuotere il mondo “con il suo inserire la vita nel processo storico e politico con la sua idea di libertà e di potere totale, tutto mescolato in intrecci inestricabili che si

⁷⁵G.Capograssi, Saggio sullo Stato(1918) in Opere, cit., vol. I, p.5

⁷⁶ A. Luongo, Lo “Stato moderno” in Trasformazione, momenti del pensiero giuridico italiano del primo Novecento, G. Giappichelli, editore .Torino, p.101

⁷⁷ B. De Giovanni, Alle origini della democrazia di massa. I filosofi e i giuristi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p.29

stavano per rivelare drammatici”⁷⁸. Scrive Antonio Luongo: “Se lo Stato liberale di diritto aveva trovato il suo equilibrio nel rapporto-Stato e, per la tutela dei diritti di libertà, attraverso le formule: <meno Stato nella società> e <meno società nello Stato⁷⁹>, esso va in crisi quando, progressivamente, comincia a perdere la funzione di “guardiano notturno” e fuoriesce dallo “schema neutrale e agnostico” che lo aveva legittimato. A seguito delle trasformazioni della seconda metà dell’Ottocento, con lo sviluppo di una società pluralista, lo “Stato perde la forma”, nel senso che si assiste ad una vera e propria “de formalizzazione dello Stato”⁸⁰, a seguito del superamento della tendenziale identità fra il politico e lo Stato.⁸¹ Capograssi, elogia l’individuo moderno: “ l’uomo nuovo crea come opera sua tutto il

⁷⁸ Ivi, p.95

⁷⁹ M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne .Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1955, specificatamente, si veda il capitolo III dedicato, appunto al “posto delle libertà nelle dottrine dell’età liberale”.

⁸⁰ Da cit. A. Luongo, *Lo “Stato moderno” in trasformazione*, G.Giappichelli, “la pregnante espressione è di B.De Giovanni, *Crisi e legittimazione dello Stato*, in *Critica marxista*, 6, 1979, p.70. Secondo l’A., all’interno della nuova “morfologia della de formalizzazione dello Stato”, la “società civile” non costituisce più “il pre-politico, ovvero il pre-statale(che) difendeva, preservava, il proprio carattere “civile” dalla politica e dello Stato” (ivi, p.72). Ciò che accade, in sostanza, è “la caduta “ del “politico”, dello statuale altro da sé”, ibidem. Dello stesso A., inoltre, all’interno della tradizione del marxismo italiano e per i risvolti nella società democratica italiana del problema del pluralismo e del “neo-corporativismo”, si veda, Lenin, Gramsci e la base teorica del pluralismo, in *Critica marxista*, nn. 3-4, 1976 e ID., *Quale pluralismo*, in *Problemi del Socialismo*, n. 5 , 1977.

⁸¹ A.Luongo, *Lo “Stato moderno “ in trasformazione, momenti del pensiero giuridico italiano del primo novecento*, G.Giappichelli editore, Torino, p.103,104

mondo sociale: la sua forza è essenzialmente costruttiva”;⁸² così, vede il superamento della concezione antica con l’inversione fra praxis e poiesis, nonostante titolare della praxis ordinante della società, lo Stato moderno per Capograssi si trova in una condizione diversa da quello dell’antichità, ora “ vede con terrore un intero cosmo già formato, organizzato vivente, al di fuori della sua cerchia”.⁸³ Da ciò lo Stato è “ dipendente poiché non ha né una volontà così onnipotente né una ragione così originale: lo Stato moderno si trova dunque colpito da un’immensa diminuzione di fronte alla realtà che è più sapiente della sua legge e più forte della sua forza.”⁸⁴E continua Capograssi, “sente in sé un’intima e ardente esigenza di immedesimarsi nello Stato, di invaderlo, di riempirlo, di assumere la sua solida forma.”⁸⁵E ancora aggiunge: “come l’Impero romano, lo Stato moderno è all’asta; e spetta a ogni realtà che in quella lotta, porta più potenza vitale, più pienezza di valore, per così dire una universalità più grande(...).Il trionfo dello Stato moderno è il trionfo dell’azione, della libera espansione dello Spirito pratico che si

⁸²G.Capograssi, Saggio sullo Stato,cit., p.131.

⁸³ Ivi, p.132.

⁸⁴ Ivi, p.132

⁸⁵ Ibidem

svolge nella sua ampiezza maggiore:- e, aggiungendo ai primi suoi due “autori”, Hegel, conclude- veramente è il regno della libertà”.⁸⁶La lunga analisi che produce Capograssi della “crisi” si indirizza a definire la trasformazione dello stato non in termini generali ,ma , in modo determinato come “crisi della sovranità rappresentativa”, riconducendo la tormentata questione della crisi dello stato , al concetto di “mutamento costituzionale. PerCapograssi, quindi bisogna prendere atto della volontà irreversibile del processo di democratizzazione di una “società pluralistica che richiede una organizzazione sociale e politica il cui scopo è quello del soddisfacimento immediato dei bisogni; da un punto di vista giuridico, invece, politico esso è un fatto che va semplicemente riconosciuto”.⁸⁷Lo Stato, affinché possa “vivere” è opportuno che vi sia “il soddisfacimento degli ulteriori bisogni “obiettivi” e “mediati” che sono la preconditione dell’esistenza stessa della democrazia”⁸⁸

⁸⁶ Ivi,p.133.

⁸⁷ A.Luongo, Lo Stato moderno, in trasformazione, momenti del pensiero giuridico italiano del primo novecento, G.Giappichelli, Torino ,p.129

⁸⁸ Ivi,p.129.

Lo Stato sociale di diritto in Ernst Forsthoff

“La coscienza della crisi dello Stato di diritto è generale. Per la sua soluzione ci viene offerto l’adattamento dello Stato di diritto ai compiti sociali più pressanti, con la ristrutturazione o la interpretazione dello Stato di diritto come Stato sociale di diritto”.⁸⁹Con queste parole Ernst Forsthoff, in una conferenza del 1953 a Berlino “propone” il tema dello Stato sociale di diritto e ripropone la concezione razionale e denuncia il rischio della deformalizzazione del diritto e chiarisce : “ Stato di diritto e stato sociale sono due componenti determinanti della vita del nostro stato, che si sono sviluppate su due piani diversi di formulazione giuridica. Entrambe sono espressione di forze spirituali e politiche. La composizione dello stato sociale s’è rafforzata sempre di più nel corso dei decenni, soprattutto dopo il crollo, sotto la pressione delle necessità sociali. Ora essa sollecita la sua realizzazione nel diritto costituzionale. Si pone di nuovo il problema se sia possibile in una costituzione la fusione completa degli elementi dello stato di diritto e degli elementi

⁸⁹ E. Forsthoff, Concetto e natura dello stato sociale di diritto(1954), in Stato di diritto in trasformazione(1964), a cura di C. Amirante, trad. it. L. Riegert-C.Amirante, Giuffrè, Milano,1973,p.34.

dello Stato sociale.”⁹⁰ Giuseppe Acocella⁹¹, descrive bene, il tentativo del giurista tedesco, di trovare un punto di equilibrio tra la connotazione razionale dello Stato di diritto e l’esigenza che esso diventasse permeabile alle istanze dello Stato sociale, rivelando appieno le potenzialità dello Stato di diritto come Stato fiscale: “ Se lo stato sociale di diritto non è un concetto costituzionale pregnante, la formula ha innanzitutto pur sempre la sua giustificazione, quale definizione della Repubblica Federale Tedesca, che ne riassume gli elementi essenziali. Essa ha però ancora un altro significato: la costituzione dello stato di diritto rende possibile, in effetti, lo stato sociale e pone a disposizione del suo sviluppo specifici mezzi giuridici. Si tratta di mezzi che sono espressione del potere fiscale dello stato. Il moderno stato di diritto è stato sociale essenzialmente nella sua funzione di stato fiscale”.⁹² Il tentativo di Forsthoff di “leggere” il tempo nuovo della società, attraverso lo Stato di diritto come stato fiscale è alla risposta ai nuovi

⁹⁰E. Forsthoff, *Begriff und Wesendessozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, (Bonn 15 ottobre 1953), tr.it. *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p.39

⁹¹G. Acocella, (a cura) *La legalità ambigua*, G. Giappichelli, Torino, p.44

⁹² E. Forsthoff, *Begriff und Wesendessozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, (Bonn 15 ottobre 1953), tr.it. *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in *Stato di diritto in Trasformazione*, cit., p.64

bisogni di una società in continuo cambiamento. E' ovvio, che la "lettura" del giurista tedesco sia anche il tentativo di riorganizzare la pressione sociale "dentro" la realizzazione del diritto costituzionale, coniugando gli elementi dello stato di diritto e gli elementi dello stato sociale.

La crisi della sovranità dello Stato e le autorità indipendenti

“Dall’erosione della sovranità degli Stati consegue che a regole statali si sostituiscono discipline bilaterali, multinazionali e sovranazionali”.⁹³In precedenza abbiamo affrontato la crisi dello Stato, analizzando una crisi “interna” allo stato. In principio, inizio del XX secolo, sono apparsi movimenti potenti come i sindacati e ogni altra tipologia di associazionismo che ha scalfito i fondamenti della sovranità interna dello Stato. Una crisi Statuale che prendeva origine dal perimetro territoriale dello Stato. Così in questi ultimi anni del secolo scorso, “sovrani della globalizzazione sono le grandi imprese multinazionali”.⁹⁴ La “global governance”⁹⁵ e gli “ordinamenti pubblici globali non sono strumento della globalizzazione, ma mezzo per tenerla sotto controllo. Per cui globalizzazione e “global governance” vanno intesi come fenomeni diversi e persino contrapposti, pur se vanno nella stessa direzione, di

⁹³ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza Editore, Bari, p.21.

⁹⁴ Che sono dotate di extraterritorialità, invisibilità e impersonalità, secondo M.R.Ferrarese, *I Sovrani paradossi della globalizzazione*, in “*Alternative/i*”, marzo 2001, n.1, pp.29 sgg., ma specialmente Id., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000.

⁹⁵ Sui significati di “governante” e sulle discussioni relative, R. Mayntz, *La teoria della “governance”*: sfide e prospettive, in “*Rivista italiana di scienza politica*”, a.XXIX, aprile 1999, n.1, pp.3 sgg.

sottrarre una parte del diritto al suo abituale sovrano, lo Stato”.⁹⁶La “global governance” ci racconta Cassese, si afferma in tempo breve e si presenta come un aggregato di organizzazioni generali e settoriali e di accordi, per questo motivo aggiunge Cassese, si parla di “global Governance” e non di “global Government.” Un esempio, invece, dei raccordi tra istituzioni internazionali è costituito dalla cosiddetta clausola di compatibilità o subordinazione (presente, ad esempio, nel Trattato dell’Unione Europea), in base alla quale sono salvaguardati i rapporti giuridici derivanti da accordi internazionali preesistenti. Così si consente, il collegamento tra i tanti mezzi regionali o sezionali di “governance”, in assenza di un forte “government” centrale (quale, secondo alcuni, dovrebbe diventare l’Organizzazione delle Nazioni Unite).⁹⁷La global governance ha poi carattere composito, e “incrociamo” così elementi giuridici diversi, statali, internazionali⁹⁸e sovrastatali “ (dall’Organizzazione delle Nazioni Unite- che è una

⁹⁶ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza editore, Bari, p.16.

⁹⁷ *Ivi*, p.17.

⁹⁸ Cit. A.Cassese, “ Che svolgono talora un ruolo anche molto importante, come nel caso di trattati di cui sia estremamente difficile la modificazione: A. von Bogdandy, *Law and Politics in the WTO.Strategies to cope with deficient relationship*, in “ *Max Planck Yearbook of United Nations*, Vol. 5, 2001.

famiglia d'istituti –all'organizzazione mondiale del commercio, alle organizzazioni nazionali come Unione Europea e Mercosur- ai vertici G8, alle centinaia di altri organismi di settore –per la posta, il traffico aereo, la sanità, fino alle organizzazioni informali, con le loro ramificazioni strutturali o funzionali negli Stati o a livello ancora inferiore).”⁹⁹La “global governance” è anche di ordine funzionale; mentre in precedenza gli Stati, “ si sono eretti a difensori di valori religiosi e morali, gli ordinamenti generali e speciali globali mirano a governare valori economici e materiali (sanitari, meteorologici, alimentari) ”¹⁰⁰, dove un ruolo decisivo lo gioca l'amministrazione. “Per questo motivo per essa non si pongono problemi propri dei corpi politici degli Stati, come quelli di cittadinanza, di rappresentanza, di democrazia”¹⁰¹, bensì quelli di “rule of law”, “expertise”, “accountability”, “speed”, “fairness”.L'affermarsi delle autorità indipendenti, con il tempo,produce la creazione del diritto e “ quindi

⁹⁹ A. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza editore, Bari, p.18.

¹⁰⁰ *Ivi*, p.18-19.

¹⁰¹ *Ivi*, p.19.

diversificati i produttori di norme;”¹⁰²nello stesso tempo, è posto il tema di democraticità degli ordinamenti, poiché i componenti non sono “posti sotto il controllo degli elettori, ma come per i sacerdoti, i saggi, gli esperti e i giudici ci si rimette alle loro conoscenze e alla loro misura.”¹⁰³

¹⁰² Ivi, p.25

¹⁰³ Ivi, 25

Lo Stato e nuovo diritto degli “Spazi”

“I grandi spazi, definiti dal grado di sviluppo tecnico e di capacità industriale, vanno oltre la storica individualità di popoli e nazioni. Eppure non sono spazi senza diritto. Torna qui l’ambiguo scambio tra evento storico e categoria logica, che già segnalammo nella dottrina schmittiana: *il nomos* della vecchia Europa, facendosi categoria logica, impedisce la spiegazione di nuovi e diversi diritti; restando evento storico, acquista la grandezza di un simbolo antico. Il diritto dei “grandi spazi”, quali che siano e come che si definiscano, assume di necessità un carattere artificiale. L’artificialità, manovrabile e variabile, può offrire utili servizi. La perdita del fondamento terrestre e l’emersione di spazi tecnici industriali economici restituiscono al puro normativismo un inatteso rilievo. Esso è in grado di reggere e governare gli spazi, poiché li riduce a dati estrinseci, a semplici modalità del vigere normativo. Li costituisce; non ne è costituito. I “grandi spazi” o sono lasciati in un vuoto di diritto o hanno bisogno dell’artificialità normativa.¹⁰⁴ I grandi spazi che ci descrive Irti , sono i tanti spazi dell’economia , dell’imprese

¹⁰⁴N.Irti, Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto, Laterza editore, Bari, p.56.

competitrici, degli scambi di beni, e così il dominio economico dello spazio, di fatto esclude la politica e il diritto. Così descrive gli spazi il filosofo Cacciari: “la libertà commerciale, finanziaria, economica che fa di ogni luogo e di ogni tempo una “globale Zeit”, sta in irrimediabile conflitto col positivismo del diritto collegato allo Stato.”¹⁰⁵ Le annotazioni che abbiamo riportato ci avvertono che ormai il territorio statale non è più “il perimetro” della politica, del diritto e dell’economia. I mercati globali non sono in un dato luogo, ma attraversano tutti i luoghi, ci racconta , ancora Natalino Irti, tanto che il sociologo Ulrich Beck a proposito della globalizzazione così risponde: “La società mondiale non è una megasocietà nazionale che contiene e annulla in sé tutte le società nazionali, ma un orizzonte mondiale, caratterizzato dalla molteplicità e dalla non-integrazione, che si manifesta solo quando viene prodotto e conservato nella comunicazione e nell’agire”.¹⁰⁶ La Globalità non è un organismo totale è in “tutti luoghi, ma non è unità di luogo”,¹⁰⁷ lo spazio così comprende i luoghi dei singoli

¹⁰⁵ M.Cacciari, *Geo-filosofia dell’Europa*, Milano 1994, p.108.

¹⁰⁶ U.Beck, *Che cos’è la globalizzazione*, tra. It. Di E. Cafagna e C. Sandrelli, Roma 1999, p.23.

¹⁰⁷ N. Irti, *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto*, Laterza editore, Bari ,p. 64.

computers, che hanno territorialità, così come gli utenti che si trovano nei luoghi della territorialità, ma è il “contenuto visivo e auditivo, che non ha posizione nello spazio”¹⁰⁸determinando il proprio spazio: “spazio telematico, che è un non-luogo, poiché i “luoghi” appartengono a terra, mare, aria”.¹⁰⁹Lo spazio creato da internet si diffonde intorno alla terra come “un sopra-mondo”, dove il tutto è percepito solo attraverso l’udito e il visivo, spostandosi non territorialmente, ma attraverso un indefinito “campo di energia”. Una “comunità” divisa da mondo e sopra-mondo, tra terra e spazio telematico, “tra luoghi e non luoghi”¹¹⁰. Questo generare di altri “mondi” non permettono l’individuazione del diritto applicabile, dice Irti, tanto che lo spazio telematico “sciolto da agganci terrestri, si apre a tutte le soluzioni dell’artificialità”.¹¹¹Così la globalità degli scambi e l’artificialità normativa trovano un punto di sintesi, concorrono insieme a costruire un nuovo fondamento, infatti, insieme stabiliscono “arbitrari rapporti con lo spazio, e sono orientate e dirette da una volontà di posizione”, sono insomma “sganciati” dai luoghi della terra. Il governo

¹⁰⁸ Ivi, p.65.

¹⁰⁹ Ivi, p.65.

¹¹⁰ Ivi, p.66.

¹¹¹ Ivi, p.66.

dello spazio, coniuga l'artificialità della tecnica e l'artificialità del diritto; “i nomoi della terra, sebbene più profondi e originari, non sono in grado di abbracciare gli illimitati spazi della tecno-economia. Per ricomporre in unità politica, diritto ed economia, Fichte fu costretto a disegnare lo “Stato commerciale chiuso”¹¹². L'economia e la tecnica navigando sopra le “nostre teste”, devono per forza incrociare l'artificialità, altrimenti ci sarebbe da realizzare lo Stato universale che metta insieme economia, tecnica e diritto ; ma uno stato universale di fatto elimina gli altri stati, e senza gli altri stati non c'è alcuno Stato. Il diritto “aveva” bisogno di un dove, l'applicazione di una norma significava (significa) la congiunzione con i luoghi della terra o ai luoghi dell'aria e del mare; il tempo che viviamo, invece, pone la “regolamentazione” con l'artificialità normativa, “la quale affrancata dalle catene dei luoghi , è in grado di assumere dimensioni planetarie. Lo sviluppo degli scambi spaziali determina così la “crisi della territorialità, “la crisi osserva bene il Pozzi¹¹³ – del rapporto dello Stato “ col territorio, con una parte geograficamente distinta del globo, costituisce

¹¹² Ivi, p.67

¹¹³ G.Pozzi, Lo Stato, Bologna 1992, p.266.

per lo Stato la base fisica stessa della sua identità, il suo corpo”. Come scrisse Santi Romano, lo Stato non ha un territorio, è il suo territorio. Lo Stato è, e rimane, territoriale, ossia definito dalle frontiere ci racconta Natalino Irti, ed esclusiva è, e rimane, la sovranità giuridica. Gli Stati, così, per dare risposte ai temi globali, devono necessariamente stringere accordi “interstatuali” e limitare di fatto la sovranità. “La risposta alla globalità rimane nell’ inter-statalità: non già nella rinuncia, ma nell’esercizio della sovranità. E, poiché codesto esercizio si svolge attraverso atti di parlamenti e di governi, la risposta risale alle decisioni politiche dei singoli Stati. Non c’è necessità di natura né altra irresistibile potenza, ma soltanto libertà e responsabilità di scelta. La globalità è un problema, non un destino. Le soluzioni inter-statali – le sole, che mediante intese e cooperazione, siano in grado di fronteggiare i problemi planetari- sono soluzioni politiche: non di un più o di un meno di politica, ma puramente e semplicemente politiche.”¹¹⁴L’unione Europea è una soluzione inter-statuale; essa nasce da accordi tra Stati, “ nel pieno

¹¹⁴N.Irti, Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto, Editore Laterza, Bari, p.77.

esercizio della rispettiva sovranità”.¹¹⁵ L’unione rimane un’unità monetaria e come tale non è in grado di “partorire” decisioni politiche. “Quasi invertendo il processo fichtiano dello “ Stato commerciale chiuso”- dove la moneta territoriale serviva a ricondurre l’economia nella sfera politico-giuridica, si chiederebbe alla moneta europea di costruire il suo proprio fondamento, cioè l’unità politica. Il che è un assurdo logico e uno sproposito storico. L’unicità della moneta non va scambiata con l’unità politica: l’una presuppone le molteplici sovranità statali: l’altra le assorbe ed annulla.”¹¹⁶L’unione, chiarisce ancora con più decisione Irti, non ha dietro di sé un evento fondativo, riforma religiosa o filosofica, conquista militare, rivoluzione ideologica o sociale; essa, si presenta come una soluzione di politica economica, decisa dagli Stati. Con queste annotazioni, l’”artificialità” è il modo coerente di sciogliere economia e moneta dai territori nazionali e cercare una nuova via che è la dimensione spaziale. Così, al di sopra dei territori viene costruito uno spazio, “ che non è un territorio più largo ed esteso, ma l’artificiale dimensione dell’economia. L’antitesi corre fra

¹¹⁵ Ivi, p.77.

¹¹⁶ Ivi, p.77-78.

territorialità e spazialità: dove quest'ultima parola designa una pura determinazione normativa"¹¹⁷ Il riavvicinarsi delle legislazioni ci spiega Irti, non è la costruzione di un diritto europeo, "ma progressiva omogeneità di diritti degli Stati europei".¹¹⁸ Irti: Il diritto europeo è formula riassuntiva ed ellittica, che scambia per unità la crescente omogeneità dei diritti statali. Questi, ancorché riavvicinati o identici, rimangono separati, e propri dei singoli Stati. Una molteplicità omogenea non è un'unità. L'unione Europea, è dunque un fruttuoso caso di combinazione d'inter-statalità e artificialità normativa; il sorgere di problemi globali (economici, criminali, ambientali) richiede "un nuovo diritto degli spazi il quale non può non nascere da accordi fra Stati, e non può non servirsi dell'artificialità normativa",¹¹⁹ e così il diritto si trova nella condizione di inseguire il "dovunque", percorrendo i territori degli Stati e "vestendosi di una nuova forma spaziale".¹²⁰ Il giurista Irti, coglie un inatteso dissenso teorico tra Schmitt e Kelsen; il primo, con lucidità avverte il tema dei "grandi spazi", ma poi "fatica a sciogliere il diritto

¹¹⁷ Vedi già N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1999, pp.22 sgg., 97 sgg., 117 sgg.; e Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in "Riv. Dir. Civ.", 1999, I, pp.21 sgg.

¹¹⁸ N. Irti, *Norma e Luoghi. Problemi di geo-diritto*, Editore Laterza, Bari, p.79

¹¹⁹ Ivi, p.80.

¹²⁰ Ivi, p.80

dal nomos della terra; il secondo, “riducendo lo spazio a semplice modalità del vigere normativo, appresta una tecnica duttile e flessibile; la lontananza delle radici terrestri conferisce al diritto un altro grado di scioltezza e mobilità, rendendolo coerente con il carattere dei fenomeni globali.”¹²¹ Il diritto dei nuovi spazi annota Irti, è o sarà, artificiale e frammentario. “L’artificialità normativa, messa in opera da accordi fra gli Stati e resa capace di qualsiasi determinazione spaziale, è l’unico modo di funzionamento del diritto dinanzi ai problemi globali.”¹²² Nel corso di questo scritto, abbiamo già rilevato che il diritto ha (aveva) bisogno del dove, di un dove preciso. Oggi, invece la “ricerca di un luogo artificiale”, rende il “dove “del diritto dovunque, un “dovunque” che è convenuto dagli accordi inter-statali; e così nel futuro prossimo non vedremo all’orizzonte uno Stato mondiale né “nomoi dei grandi

¹²¹ Ivi, p.81.

¹²² Un acuto spunto in E. Castrucci, L’ordine politico nella prospettiva schmittiana, in AA.VV., L’ordine eccentrico, a cura di R. Cubeddu, Napoli 1993, p.462. Del medesimo autore è da vedere Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt, Torino 1991, p. 82, dove bene si avverte che “ la dimensione contemporanea consiste tutta in una liberazione dell’Ordnung dall’Ortung: dell’ordinamento dalla sua localizzazione sostanziale e ontologica”. Illuminante G. Simmel, Filosofia del danaro, trad. it. Di A. Cavalli, R. Liebhart, L. Perucchi, Torino 1984, p. 477: “ il carattere tecnicamente raffinato dei concetti giuridici è il correlato dell’individualismo astratto che va di pari passo con l’economia monetaria.” La modernità delle “ trasfigurazioni” normative di Kelsen è colta da G. Marramao, Dopo il Leviatano- Individuo e comunità, Torino 2000, spec. p.310.

spazi”¹²³, ma soltanto la molteplicità degli accordi inter-statali, “destinati a produrre norme giuridiche”.¹²⁴ L’artificialità che insegue il “dovunque” degli “spazi” non contempla tutto il diritto: “mentre talune categorie di affari e di scambi ricevono una disciplina spaziale (ad esempio, derivante da direttive europee), altre, rimangono sottoposte alla legge territoriale, che è propria dei singoli Stati e diversa in ciascuno di essi. Il diritto degli spazi non assorbe né annulla tutto il diritto del territorio. La necessità di accompagnare i fenomeni globali determina una rottura del diritto interno, che per una parte si fa omogeneo al diritto di altri Stati, e per una parte rimane quale era o subisce soltanto mutamenti per cause proprie e nazionali”¹²⁵. “La rottura non è fase transitoria e intermedia, destinata a concludersi con il definitivo tramonto della legge territoriale, ma piuttosto dà prova di due categorie di rapporti.”¹²⁶ Luoghi e spazi; nel mondo spaziale si muovono non solo imprenditori e mercanti, ma anche tanti anonimi consumatori, i quali acquistano beni proprio nel mondo della dimensione dello “spazio”, così

¹²³ N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Editore Laterza, Bari, p. 84.

¹²⁴ *Ivi*, p.84.

¹²⁵ *Ivi*, p.85

¹²⁶ Vedi N. Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., pp.21 sgg.; e il ritorno alle “istituzioni di diritto civile”, in “*Giur.comm.*” 1998, p.151.

come ci descrive bene Irti, “ecco slargarsi il diritto commerciale fino a comprendere tutti i negozi sprovvisti di personalità e determinatezza”.¹²⁷

Il diritto civile è così, posseduto dal “nomos” della terra, mentre il diritto commerciale si sradica, e si fa tutt’uno con le leggi degli altri Stati. “ E, mentre il primo regola negozi dal volto personale e concreto, il secondo assume un’anonima oggettività. In esso può risplendere tutta l’artificialità normativa.”¹²⁸E, ritroviamo nel codice civile, pur eroso, una lontananza tra il diritto civile che è legge dei luoghi e diritto commerciale, legge degli spazi che insegue il “dovunque” senza luoghi. Il fronteggiarsi del diritto commerciale e diritto civile corrisponde “all’uomo diviso del nostro tempo”. Ogni uomo da un lato sente di appartenere ai luoghi “terreni” del diritto civile e dall’altro “ diremmo con Hegel¹²⁹, il sistema di universale dipendenza”, le distese globali della tecnica e dell’economia. La lettura di questi “pensieri”è

¹²⁷ N. Irti, Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto, Editore Laterza, Bari, p.86.

¹²⁸ Ivi, p.86

¹²⁹ Suggestive considerazioni intorno alla formula hegeliana in B. Romano, Soggettività Diritto e Posmoderno, Roma 1988, spec. p.20: “La catena dei bisogni prodotti è tale che ciascun bisogno ha la sua intera realtà solo nell’insieme della catena dei bisogni, ove gli uomini incontrano gli altri uomini secondo questa nuova universalità della dipendenza, che vede in ogni singolo uomo non un soggetto singolo, universale in sé per sé, ma un semplice esito occasionale della catena dei bisogni”. Dove, consentendo, si osserverebbe che la “catena” lega e stringe, ma non unifica; e che la “universale dipendenza” è sempre dipendenza tra i bisogni particolari e separati. “Globale”, non “universale”.

l'introduzione che Natalino Irti fa nell'argomentare della frontiera e dei rischi che anche il giurista si trova ad affrontare, visto "il declino della territorialità e l'irresistibile avvento dell'artificialità normativa"¹³⁰, conduce il giurista ad ascoltare filosofi, storici, sociologi, per trovare "insieme" strade nuove per il futuro. Infatti, ci spiega Irti, "gli indirizzi scientifici di Schmitt e Kelsen vanno oltre il diritto. Sono due letture e immagini del nostro tempo: l'una, con tono di dolorosa nostalgia per il "nomos della terra"; l'altra, con sobria coscienza dell'artificialità. L'ordine di Schmitt è pieno di luoghi e di cose; la norma di Kelsen è vuota di contenuto, e perciò capace di accogliere qualsiasi contenuto. Di qui la diversa concezione dello spazio, che –da luogo concreto, da terra occupata e divisa in un tempo remoto-si fa semplice modalità topografica."¹³¹

Nel 1942, sull'ultima pagina di *Land und Meer*, Schmitt, pronuncia queste parole: "molti vedono solo insensato disordine dove in realtà un nuovo senso è in lotta per il suo ordinamento. L'antico *Nomos* viene

¹³⁰ N. Irti, *Norma e Luoghi. Problemi di geo-diritto*, Editore Laterza, Bari, p.86

¹³¹ Ivi, p.88.

certamente meno e con esso un sistema complessivo di misure, norme e rapporti che ci sono stati trasmessi. Ma ciò che avanza non è per questo, però, solamente mancanza di misura o un niente nemico del *Nomos*.”¹³² Schmitt, riesce a intuire, con precorritrice genialità, stando alle parole di Natalino Irti, il problema dei grandi spazi, ma, fermo com'è al fondamento tellurico del diritto, Schmitt, non riesce a vederne la diversa natura, e a indicare forme e modalità di ordine giuridico. Kelsen, conduce i fenomeni globali nel “cerchio del diritto.”¹³³ “la riduzione normativa dello spazio, compiuta dal giurista praghese, non è un espediente né un tratto di abilità logica: essa risponde all’idea di un diritto, sciolto dalla fisicità terrestre e capace di accogliere qualsiasi contenuto.”¹³⁴ La teoria Kelseniana, ci ricorda Irti, non è in grado di fondare un ordine “concreto” e di muovere “le norme come pedine in uno scacchiere”, ma soltanto di accettare la conformità; l’assenza di concretezza e naturalità “permette al normativismo di slegarsi dai luoghi storici e di affrontare i viaggi nello spazio globale. Gli accordi inter-

¹³²C.Schmitt, *Terra e mare*, a cura di A. Bolaffi, Milano 1986,p.82.

¹³³ N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*.Laterza editore, Bari, p.88.

¹³⁴ Ivi,p.89,90.

statuali vi trovano lo strumento più duttile e funzionale.¹³⁵ Così l'uomo del nostro tempo, si trova a vivere l'inconciliabile appartenere del tempo degli "spazi" e del tempo dei "luoghi; "L'appartenere "alla sacrale identità delle origini e agli anonimi scambi, al linguaggio della terra e ai simboli telematici, all'unità etnica religiosa culturale e alla frigida uniformità,¹³⁶ produce angoscia e divisione. Ma, la ricerca di una conciliabilità tra territorialità e spazialità attraverso l'artificialità normativa per il tramite di accordi inter-statali è l'unica via per evitare che il "dovunque" "gironzola" sospeso nel vuoto senza trovare una cornice giuridica. Hermann Heller (1927) così parlando di Europa: "E' poco probabile, ma non impossibile, che l'Europa in futuro sperimenti la soppressione della sovranità statale in seguito ad una specie di capitalismo feudale, che dissolverà di nuovo il potere politico in un insieme di diritti di rendita tipo giusprivatistico."¹³⁷ La conclusione di

¹³⁵ Ivi, 90.

¹³⁶ Ivi, p.93.

¹³⁷ H. Heller, *La sovranità – Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, trad. it. di P. Pasquino e G. Silvestrini, Milano 1987, p. 105. Tra le "profezie" potremmo pur rammentare, di Jacob Burckhardt (*Sullo studio della storia*, trad. it. di M. Montinari, Torino 1958, p. 224): " Da oggi in poi, una volta o l'altra, la crisi principale sarà quella che si svolgerà contro il genio affaristico della nostra epoca." Questi interrogativi risuonano per ogni lato della cultura, non tanto giuridica quanto filosofica, degli ultimi anni: se ne veda un'indicazione, percorsa da schietto pathos, in G. Marramao, *Il crepuscolo della sovranità- Stato soggetti diritti fondamentali*, in *Colloquiumphilosophicum*, Annali del Dipartimento di Filosofia, Università degli Studi Roma Tre, III ,

queste pagine, conferma l'erosione dello Stato, ma altrettanto propone che il tramonto della sovranità statale farebbe esplodere tutte le passioni locali "e le potenze terrestri si troverebbero, l'una contro l'altra, in hobbesiana naturalità".¹³⁸

Firenze 1998, pp. 325-344, dove soprattutto una diagnosi della "simultaneità e coappartenenza di globale e locale, processi di mondializzazione e spinte all'autonomia e al decentramento". Già G. Simmel, *Filosofia del danaro*, cit. p. 331, rammentando l'odio antico contro le grandi case finanziarie straniere, aveva avvertito esser "l'odio del sentimento nazionale versociò che è internazionale, del particolarismo, che è consapevole del proprio specifico valore, e si sente violentemente colpito da una forza indifferente, priva di un carattere specifico, la cui essenza è personificata dallo straniero in quanto tale."

¹³⁸ N. Irti, *Norma e Luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Bari, p. 96.

Nuovi paradigmi per lo Stato

Affrontiamo in queste pagine che seguiranno, la crisi del paradigma tradizionale dello Stato, prendendo in esame alcuni casi indicativi. Il primo è quello dell'alta velocità, che come ci ricorda Cassese, ci consentirà di esaminare il rapporto procedimento-accordo e la negoziazione che si svolge tra i poteri pubblici e di terminare che “la ponderazione degli interessi pubblici fa spazio allo scambio tra gli stessi”.¹³⁹ L'altro caso è quello delle misure comunitarie correttive per le telecomunicazioni, che permette di illustrare “la negoziazione tripolare cittadino-Stato- Commissione europea e il modo in cui progredisce l'Unione europea , stabilendo diritti a favore di alcuni privati e a danno di altri e costringendo gli Stati nazionali ad adeguarsi.”¹⁴⁰ Il terzo caso riguarda la sentenza della Corte di giustizia. I casi che stiamo per analizzare, sono rappresentativi di un nuovo assetto giuridico: “al tradizionale binomio Stato-cittadino, si affianca o si sovrappone un complesso di rapporti più ricco di soggetti e meno fondato sulla

¹³⁹ S. Cassese, *La crisi dello Stato*. Laterza, Bari, p.81.

¹⁴⁰ Ivi, p.81.

contrapposizione; dall'altro, il vecchio modello legale-razionale dei poteri pubblici è sostituito da un modo di agire pubblico simile a quello privato. Se tradizionalmente Stato e mercato, come modelli di azione, sono contrapposti, si riscontra qui, invece, un'associazione da parte del primo di moduli propri del secondo.”¹⁴¹ Il caso dell'alta velocità ferroviaria. Parliamo di un'opera complessa, un progetto a rete, nazionale, ma che coinvolge gli enti locali per il consenso. “Il tracciato impone lo spostamento d'insediamenti urbani e di altri ostacoli e, quindi, impone almeno la consultazione di singoli e d'interesse comunità; gli interessi pubblici coinvolti sono numerosi, da quelli del trasporto e della circolazione a quelli dello sviluppo, a quelli dei lavori pubblici, a quelli urbanistici, a quelli ambientali, a quelli paesaggistici, a quelli dei beni culturali”.¹⁴² Come possiamo notare la consultazione è a rete e comprende tutti gli attori locali e non da coinvolgere. Le ferrovie dello Stato, dal 1985 ente pubblico e dal 1992 società per azioni, concedono le relative attività a un'apposita società denominata TAV, “ che a sua volta , si vale di una società di ingegneria Italfer e opera a mezzo di “ general

¹⁴¹ Ivi, 82.

¹⁴² Ivi, p.82.

contractors”, i quali, poi, danno in affidamento i lavori”.¹⁴³ Più che l’esecuzione dei lavori a noi interessa lo strumento con cui sono stati ordinati: conferenze di servizi e gli accordi. “ Nel decennio 1990-2000 si sono succedute (e, in parte accavallate) diverse norme concernenti le decisioni di localizzazione delle linee ferroviarie ad alta velocità.”¹⁴⁴ Il succedersi delle leggi: la prima è 15 dicembre 1990, n. 385, che all’art.7, prevede “l’approvazione di progetti (esecutivi) di opere” relative a reti ferroviarie in una conferenza di servizi convocata dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal ministro dei trasporti e composta delle amministrazioni statali, degli enti pubblici territoriali e non territoriali e dagli altri soggetti pubblici competenti. La conferenza decide all’unanimità e la sua decisione sostituisce gli atti delle diverse autorità.”¹⁴⁵ In caso di dissenso degli attori locali, l’organo convocante può promuovere un accordo di programma. Questa norma è stata in vigore fino al 1997. Nel frattempo, però, è intervenuto il decreto del Presidente della Repubblica (delegificante) 18 aprile 1994, n. 383, che,

¹⁴³ Ivi, p.83.

¹⁴⁴ Ivi, p.83

¹⁴⁵ Ivi, p.84.

all'art. 3, a proposito della sola localizzazione di opere, ma di tutte le opere di interesse statale, prevede, in caso di accertamento negativo di conformità, la convocazione di una conferenza di servizi con amministrazioni statali, regioni, enti locali ed enti comunque competenti per l'esame del progetto definitivo. La conferenza decide all'unanimità e la sua decisione sostituisce gli atti delle diverse autorità. In mancanza di unanimità, decide il consiglio dei ministri, come previsto dall'art. 81.4 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n.616. la legge 18 novembre 1998, n.415, poi, all'art.7, per tutti i progetti definitivi e preliminari di lavori pubblici, ha previsto la conferenza di servizi, regolata dalla disciplina generale della legge 7 agosto 1990, n.241, senza, però, prescrivere l'unanimità per la decisione. Da ultimo, la legge 24 novembre 2000, n. 340, all'art.9.4 ha ribadito che la conferenza di servizi per le opere concernenti reti ferroviarie è indetta dal ministro dei trasporti e della navigazione. La stessa legge, agli artt. 9-12, regola, in generale, la conferenza dei servizi stabilendo che può esser richiesta da privati, ma è composta di amministrazioni pubbliche e riguarda sia

progetti definitivi sia progetti preliminari. La conclusione può essere raggiunta a maggioranza, salvo intervento del Consiglio dei Ministri in caso di motivato dissenso di talune amministrazioni; il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva favorevole della conferenza sostituisce gli interventi delle singole amministrazioni.¹⁴⁶ Lo studio della normativa, ci racconta Cassese, ci consente di evidenziare due profili decisivi: “il primo è costituito dalla conferenza di servizi come modo per rendere normalmente collegiale l’agire amministrativo e, quindi, per compensare il policentrismo organizzativo con l’unicità della decisione –come già osservato. Il secondo profilo è legato al primo. La conferenza dei servizi non è solo il luogo nel quale si giustappongono volontà che si manifesterebbero, altrimenti, in sequenza, con la conseguenza, quindi, soltanto di rendere più rapida l’azione amministrativa. La conferenza è molto di più: è il luogo dello scambio dove, con concessioni reciproche, si può raggiungere una conclusione.”¹⁴⁷ La conferenza è quindi luogo dello scambio, “il mercato, dove si possono stipularsi contratti complessi alla presenza di

¹⁴⁶ lvi, p.84,85

¹⁴⁷ lvi, p.86

una pluralità d'intenti negoziali, provenienti da più parti contraenti.”¹⁴⁸

Esaminate le norme, ci occupiamo adesso di entrare nel merito dell'attuazione pratica della linea dell'alta velocità del tratto Roma-Napoli. Molti chilometri che richiedono notevoli interventi. “L'accordo quadro 9 maggio 1996 viene stipulato da quattro dei partecipanti alla conferenza, ministero dei trasporti, regione Campania, Ferrovie dello Stato e TAV e, ampliando l'oggetto dal progetto per l'alta velocità al sistema ferroviario regionale e all'attenuazione dell'impatto sociale e ambientale del progetto, definisce i compiti dei diversi soggetti e stabilisce come essi debbono essere svolti, rinviando ad accordi procedurali e a conferenze di servizi.”¹⁴⁹ In seguito agli accordi raggiunti sarà la TAV che s'impegnerà all'erogazione di un contributo finanziario al comune di Afragola e a progettare e realizzare altri interventi; inoltre l'accordo di programma, prevede che la TAV per il tramite della regione Campania, s'impegni con una garanzia per il rispetto degli impegni assunti e che venga inoltre istituito un comitato di

¹⁴⁸ Ivi, p.87

¹⁴⁹ Ivi, p.91.

garanzia per la verifica degli impegni.¹⁵⁰ Questi progetti di sistema (conferenza di servizi e accordo), per la loro complessità, hanno ricadute sull'impianto dei rapporti stato-privati. Le opere per l'alta velocità, "sotto il profilo normativo e sotto quello reale", illustrano alcune conclusioni. Prima: le pubbliche amministrazioni sono non gerarchizzate ma, per così dire, in uno stato fluido, al punto che non è chiara la linea di separazione tra pubblico e privato, almeno dal punto di vista soggettivo. Seconda: non c'è bipolarismo tra pubblico e privato, ma piuttosto tra interessi pubblici centrali e interessi pubblici locali. Questi ultimi sono rappresentati da enti territoriali (regione, provincia, comuni) che si rafforzano reciprocamente (le garanzie sono richieste dalla regione a favore dei comuni) e sono portatori di interessi privati collettivi che vengono, quindi, rappresentati in via mediata. I rapporti sono, dunque,

¹⁵⁰ Cit. La crisi dello Stato, S. Cassese- Altre tipologie che si evidenziano nell'alta velocità in generale sono le seguenti, poste in ordine che vada quelle più semplici a quelle più complesse :1) Accordi procedurali in base agli artt. 11e 15 della legge n.241 del 1990 tra amministrazioni statali, regionali, provinciali, comunali e TAV, non preceduti da conferenza di servizi o da incontri, aventi a oggetto la programmazione delle attività di ciascuna parte contraente.2) Accordi procedurali non qualificati dalla menzione di un atto normativo, ma esecutivi di altri accordi procedurali non qualificati dalla menzione di un atto normativo, ma esecutivi di altri accordi procedurali, tra amministrazioni statali, regionali, provinciali, comunali e TAV, aventi a oggetto la programmazione delle attività di ciascuna parte contraente.3) Accordi procedurali non qualificati dalla menzione di un atto normativo, ma esecutivi di conferenza di servizi e di accordo procedimentale precedente, tra amministrazioni provinciali e comunali, TAV e " general contractor", aventi a oggetto specifici interventi dell'esecutore e approvazioni e adozioni di altri atti puntuali da parte delle pubbliche amministrazioni.(...).

multilaterali. La contrapposizione non è esterna, ma interna alla pubblica amministrazione. Terza: questo complesso assetto negoziale è tutto in funzione di concessioni reciproche, quindi di scambio. Ciò implica che l'attività dei soggetti pubblici che, in nome di interessi pubblici (nazionali, locali, collettivi), negoziando, modificano il raggio e la direzione della propria azione proprio allo scopo di farsi concessioni reciproche e, quindi, di trovare un punto di accordo, non è affatto interamente determinata dalla legge, come vorrebbe fa credere la vulgata del principio di legalità.”¹⁵¹ Così, molti ritengono che l'agire dell'amministrazione sia pianificato dalla legge, invece abbiamo potuto verificare, che l'agire dei poteri pubblici “rientra” nei metodi e tecniche analoghe del mercato, nel “quale più parti si scambiano beni.”¹⁵² “Gli interessi pubblici non sono regolati dall'esterno ovvero pianificati dalla legge, bensì negoziati in sede contrattuale, in attività, parallele o in sequenza, che rispondono alla logica dello scambio, non a quella dell'agire legale-razionale, pianificato, regolato ex ante.”¹⁵³ Nel leggere

¹⁵¹ lvi,p.98.

¹⁵² lvi,p.98

¹⁵³ lvi,p.98

le pagine che abbiamo scritto, possiamo notare come l'interesse pubblico di curare la tratta dell'alta velocità (interesse nazionale) è indirizzata e affidata a due soggetti privati: le società delle ferrovie dello Stato e la TAV, per cui anche l'equilibrio tra questi è "stabilito nelle forme del diritto privato o-se si preferisce, del mercato.¹⁵⁴ L'altro caso di "nuovi paradigmi per lo Stato" è la vicenda delle telecomunicazioni: il caso Omnitel. La vicenda riguarda gli aiuti di Stato. "Il versamento economico iniziale è considerato uno svantaggio consistente in un aumento dei costi di accesso dell'unico concorrente di un'impresa pubblica, svantaggio tale da falsare in maniera significativa la concorrenza. Dunque, secondo la Commissione europea, lo Stato italiano deve astenersi dall'adottare tale misura oppure disporre misure compensative. Questa seconda possibilità diviene prevalente in considerazione della circostanza che- per quel che si riteneva- la restituzione del " versamento economico iniziale" avrebbe dovuto comportare l'annullamento della gara, così allungandosi i tempi della liberalizzazione del settore e dando la possibilità al monopolista di

¹⁵⁴ Ivi, p.99.

rafforzarsi ulteriormente. Dunque, l'alternativa danneggiava l'interesse ad assicurare la concorrenza.”¹⁵⁵ I soggetti in questione sono: La Commissione europea, il ministero delle telecomunicazioni, e due imprese : Telecom Italia e Omnitel. Le misure in questione sono le liberalizzazioni del mercato italiano. La storia: Omnitel una volta fatto il “versamento economico iniziale” per vincere la gara e ottenere la concessione, si muove in via informale per ottenere misure compensative. “Gli interessi di Omnitel sono interessanti per due profili. In primo luogo, essi mirano ad assicurarsi –per così dire –più spazio, sia nei confronti del monopolista. In secondo luogo, Omnitel esercita, lungo tutto il periodo in cui si svolge la vicenda, una pressione sulla Commissione europea, consistente da un lato, nel tenerla informata sull'andamento della questione in Italia; dall'altro, nel richiedere interventi consistenti in decisioni e in sollecitazioni.”¹⁵⁶ La Commissione dopo che ha assicurato l'accesso a Omnitel, verifica lo stato dell'arte delle liberalizzazioni in Italia, così l'impresa Omnitel è lo strumento per le liberalizzazioni. “Il governo, infine, svolge due parti. E’, per un verso,

¹⁵⁵ Ivi, p.106,107.

¹⁵⁶ Ivi, p.107

l'organo che assicura le misure compensative, attraverso la proposta di norme e l'emanazione di provvedimenti normativi diretti ad attuare le direttive comunitarie sulla concorrenza; garantisce, per altro verso, che il monopolista compensi il nuovo entrante. Nella procedura s'innestano gli uni negli altri una decisione comunitaria diretta al governo italiano, un accordo tra governo e Commissione, interventi governativi diretti a facilitare la negoziazione tra privati e due accordi tra questi ultimi. La Commissione con la sua decisione fa sorgere un rapporto triangolare governo-TIM-Omnitel, nel quale il governo gioca due parti, come già osservato, e si realizzano due accordi, l'uno verticale, tra Commissione e governo, l'altro orizzontale, tra le due società, accordi tra di loro interconnessi.”¹⁵⁷ Come possiamo notare, cambia il paradigma: non più Stato e imprese e cittadini in un rapporto binario, ma un nuovo paradigma, triangolare, dove si stabiliscono “ rapporti di scambio tra privati sia tra governo nazionale e Commissione”¹⁵⁸ Lo Stato così non è più al centro come ci ricorda Cassese, perché il suo posto è preso dalla Commissione europea. L'ultimo caso che ci occupiamo è il cosiddetto

¹⁵⁷ Ivi, p.107,108

¹⁵⁸ Ivi, p.109

“diritto di stabilimento”; il diritto di stabilimento serve a determinare le basi dell’Unione europea. E’ il caso dei coniugi Bryde, cittadini danesi e residenti in Danimarca, intendono svolgere un’attività commerciale. “A questo scopo, dovrebbero costituire una società a responsabilità limitata, per la quale il diritto danese stabilisce come requisito un capitale sociale minimo versato di 200 mila corone danesi. Accertano, però, che il diritto inglese consente di istituire società a responsabilità limitata con un capitale sociale molto inferiore (100 sterline, corrispondenti a 1000 corone danesi).¹⁵⁹creano così, nel Regno Unito , una “private limited company” chiamata Centros, chiedendo successivamente alla direzione generale del commercio e delle società del Regno di Danimarca la registrazione di una succursale della Centros. Dopo che la direzione danese rifiuta la registrazione, la Centros ricorre in prima e seconda istanza e “in questa ultima viene proposta questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, la quale conclude che gli artt.43 e 48 del Trattato: *ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione*

¹⁵⁹ Ivi, p.113

di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituire una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo."¹⁶⁰ La Corte di giustizia ha ritenuto coerente "il diritto di stabilimento" dove esistono norme meno severe. Anche in questa vicenda dei coniugi Bryde, possiamo notare come cambia il paradigma dello Stato: il diritto nazionale che cede il passo al diritto comunitario, il secondo profilo "è quello per cui il diritto nazionale è sottoposto al giudizio del mercato, nel senso che ogni operatore nazionale può scegliere il diritto nazionale più conveniente (meno severo, secondo la terminologia della Corte di giustizia) e poi chiedere alla Corte di proteggere il suo diritto di scelta."¹⁶¹ La vicenda dei coniugi Bryde, ci serve per far comprendere al lettore come il sistema legale europeo è dunque un mezzo di armonizzazione dall'alto, usato

¹⁶⁰ Ivi, p.114

¹⁶¹ Ivi, p.116

anche da soggetti nazionali per far cambiare il diritto nazionale,¹⁶² sia un mezzo di contrapposizione tra ordinamenti, adoperato da soggetti nazionali non per far cambiare il diritto nazionale, ma per sostituirlo con un altro diritto.¹⁶³

¹⁶² Cit. S. Cassese, La Crisi dello Stato-“ Aspetto messo in luce da K.J. Alter, The European Union’s Legal System and Domestic Policy: Spillover or Backlash?, in “ International Organization”, summer 2000, n.3,p.489

¹⁶³ S. Cassese, La Crisi dello Stato, Laterza, Bari, p.117,118

Il declino degli Stati e il nichilismo giuridico

“Nel declino degli Stati, il potere territoriale non si spegne, ma si trasferisce, per così dire, nelle “regioni” più elementari ed originarie: dove “ regioni” indica, non soltanto un livello dello spirito, ma pure concrete entità e fonti di norme. La riforma costituzionale, deliberata in Italia nel 2001, ne dà piena prova. La sua logica è tutta nella polarità tra le molteplici Regioni e la Unione europea.”¹⁶⁴ Il giurista Irti, citando la riforma costituzionale del 2001 in Italia, sottolinea come lo Stato da soggetto , si eleva a contenitore, “ e lo Stato, da soggetto che gli altri abbracciava e raccoglieva in sé, decade a elemento di un insieme; L’antica unità è sgretolata, la nuova si affida soltanto alla sintassi di una proposizione normativa. ”¹⁶⁵ E come si può poi invocare o esigere il senso dello Stato, si chiede Irti, quando lo Stato ha perduto ogni senso? “Logorando e svuotando lo Stato abbiamo aperto un abisso, dove si scontrano, venute dal basso e dall’alto, le forze dell’epoca: la volontà

¹⁶⁴ N.Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza , Bari, p.10.

¹⁶⁵ Ivi, p.11

planetaria di profitto e l'oscuro movimento delle offese diversità.”¹⁶⁶ Irti ritiene che la comunità capace di raccogliere il diritto in coerenza e unità non esiste più; il mercato globale, continua ancora Irti, spogliando l'uomo di qualsiasi identità e riducendolo a funzione del produttore e dello scambiare, non genera alcuna comunità. La comunità dei luoghi antichi non resiste al tempo nuovo del “meccanismo di trasmissione” che riguarda la tecnica. La perdita di ogni centro che non sia l'energia della volontà¹⁶⁷, apre le porte del diritto al più sinistro fra tutti gli ospiti, il nichilismo. La perdita di ogni riferimento, lo Stato che Irti descrive, almeno dopo la riforma del 2001 in Italia, come contenitore e non più soggetto, la volontà del profitto “senza valori”, confluisce per l'autore di *Nichilismo giuridico* nell'alveo del nichilismo e concorre nella distruzione degli antichi valori. “Il vorticoso succedersi di norme giuridiche, emanate modificate abrogate in tutte le officine della terra attesta la “nientità” del diritto, la convinzione che esso sia producibile con la forza esclusiva ed arbitraria della volontà.”¹⁶⁸ E ancora Irti che

¹⁶⁶ Ivi, p.11

¹⁶⁷ Ivi, p.24

¹⁶⁸ Ivi, p.26

parla: nichilismo e formalismo, costituisce la modernità giuridica, la globalizzazione sradica il diritto dai luoghi antichi, e lo getta dinanzi all'a-topia dei mercati.¹⁶⁹ Per il giurista romano, le norme sono ormai senza patria, il *nomos* originari, il fondamento tellurico (che detta Carl Schmitt il grande libro del 1950) “è inerme e smarrito di fronte alla latitudine planetaria della tecno-economia.”¹⁷⁰ Così mettendo a confronto la tesi di Natalino Irti, che definisce le norme senza patria, e la tesi di Maria Rosaria Ferrarese, possiamo notare come la sociologa del diritto definisce questo “cambiamento” giuridico un diritto *à la carte*, “prodotto dalla globalizzazione, induce a rivedere il ruolo del diritto sotto il profilo della “razionalizzazione”.

¹⁶⁹ Cfr. N.Irti, *Norma e Luoghi*.Problemi di geo-diritto, Roma-Bari 2001

¹⁷⁰ N. Irti *Nichilismo giuridico*, Laterza, Bari, p.28.

Diritto Globale : *civil law e common law*

“La globalizzazione non ha la stessa portata innovatrice nelle due parti del mondo governate rispettivamente dal *civil law* e dal *common law*. La globalizzazione sembra aggredire il mondo giuridico europeo-continentale nei suoi moduli più tipici, dall’idea di un diritto che è monopolio dello Stato. Lo stesso non potrebbe dirsi per il diritto nord-americano, che da sempre è esposto all’influenza e all’impulso dei privati e soggetto alle sfide del federalismo: esso dunque presenta caratteri straordinariamente affini al diritto globale, fino al punto da potersi configurare, come si dirà, quale “metafora” dello stesso.”¹⁷¹ “Il diritto globale si ristrutturava rivedendo profondamente i tradizionali rapporti con il territorio che erano alla base dello Stato-nazione; vi è di più: vi è la possibilità di sovrapporre lo spazio virtuale allo spazio reale.”¹⁷² L’erosione dello Stato avviene in modi e tempi diversi, tanto che la Ferrarese definisce il diritto americano metafora del diritto globale(?). “Il contrasto è assai meno appariscente se invece rivolgiamo

¹⁷¹ M.R. Ferrarese, *Le Istituzioni della Globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, p.52.

¹⁷² Ivi, p.42

il nostro sguardo agli Stati Uniti, dove l'idea stessa di un monopolio del legislatore è stata sempre fieramente avversata e i “vuoti” sono stati a lungo parte strutturante della vita giuridica, nel senso che l'intervento del legislatore era puramente residuale. Il diritto è dunque sempre cresciuto in modo disordinato e spontaneo, senza darsi troppe preoccupazioni di ordine e coerenza, e ispirandosi piuttosto a un “paradigma fattuale”. Possiamo individuare la principale ragione di questo spontaneismo e “disordine” della vita giuridica del mercato nel fatto che l'evoluzione giuridica negli Stati Uniti è avvenuta prevalentemente sotto l'impulso diretto dei privati. Sono gli interessi privati a muovere il sistema giuridico attraverso il *judge-made law*, che viene disegnato nelle corti in risposta agli scontri tra interessi che via via si determinano nella vita economica.”¹⁷³ Così per la storia giuridica americana, il mercato ha sempre funzionato da struttura di comando e di pianificazione, “mentre la politica possa recepire quegli elementi della contrattazione e dell'accordo che sono tipici del mercato.”¹⁷⁴

¹⁷³ Ivi, p.96

¹⁷⁴ Hurst, *Law and Markets in United States History*, cit., pp.93 ss.

Gli Attori del Diritto Globale

L'analisi della Ferrarese è che la globalizzazione implica una “americanizzazione” del diritto, che è piegata a una logica privatistica, aprendosi così a nuovi soggetti che si sovrappongono a quelli istituzionali. I nuovi soggetti del diritto globale sono difficilmente quantificabili e non hanno né requisito statali né una chiara identità pubblica. “ I soggetti privati e non statali che partecipano al processo giuridico globale compongono una gamma variegata di tipologie. La distinzione più importante è tuttavia quella tra organizzazioni che hanno fini di profitto e organizzazioni non profit. La contrapposizione di questi elementi potrebbe giocare un ruolo chiave nel futuro mondo globalizzato poiché ridisegna un sistema di pesi e contrappesi a livello transnazionale, in parte destinato a sostituire quello classico della “fisica” del potere degli stati moderni.”¹⁷⁵ I soggetti che hanno maggiore “visibilità” sono rigorosamente privati, come le *transnational corporations*, che perseguono “politiche di profitto”. La caratteristica di questi soggetti è la

¹⁷⁵ M.R. Ferrarese, Le Istituzioni della Globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale, Il Mulino, p.106

grande potenzialità economica, molto spesso di gran lunga superiore ai singoli Stati. Questi soggetti, non hanno un luogo, sono transnazionali, e detengono un notevole potere di condizionamento sugli stati e di volta in volta scelgono la loro “patria.” Le corporation sono legate a le law firms, che elaborano nuovo sapere giuridico per assecondare le imprese di profitto e accrescere la loro “capacità di mercato e di investimento al di fuori dei confini statali”.¹⁷⁶ A queste imprese del diritto “pesa un compito immane, che in qualche modo giustifica gli enormi profitti che riescono a realizzare: a esse, infatti, spetta mantenere le riserve di fiducia tradizionalmente detenute dal diritto, mascherando la privatizzazione che la loro presenza implica. Qui basterà aggiungere che le law firms devono non solo creare, ma altresì immetterla nel circuito giuridico facendola apparire il più possibile un prodotto non dissimile da un prodotto giuridico tradizionale, per assicurare un buon funzionamento del traffico economico, sotto le insegne protettive della legalità.”¹⁷⁷ Le corporations e “le imprese del diritto” sono da considerare una “sola cosa”. Il braccio giuridico (law firm) , consolida il buon funzionamento delle

¹⁷⁶ Ivi, 107

¹⁷⁷ Ivi, 107

corporations come attori giuridici globali. Un'altra soggettività che “naviga” nello scenario globale sono le *transnational nongovernmental organizations* (Ngos), sono organizzazioni private che perseguono un pubblico interesse: la tutela ambientale, o dei consumatori, o la garanzia dei diritti fondamentali, o la lotta contro il traffico di armi, o altri obiettivi d'interesse transnazionale. Questo tipo di soggettività (Ngos) “diventano capaci di concorrere al gioco della normatività perché dispongono di una sede di carattere transnazionale: una ragione organizzativa, la trans nazionalità, ossia la capacità di travalicare gli stati, diventa requisito per intercettare e dar voce a valori, domande, bisogni, interessi e istanze che sono più ampi e generali di quelli organizzati nelle macchine politiche degli stati. Ma esse non sono soggetti compiutamente politici più di quanto non siano soggetti compiutamente giuridici.”¹⁷⁸ La sociologa del diritto Ferrarese, ci racconta che i due modelli di “soggetti giuridici “che abbiamo descritto non sono esaurienti di tutte le possibili presenze sullo scenario

¹⁷⁸ Ivi, 109,110

transnazionale. Strange,¹⁷⁹ dà più di un esempio d'istituzioni che si collocano in maniera ambigua rispetto agli stati: si pensi a sistemi professionali come quelli di revisione contabile, nati negli stati, che poi hanno travalicato confini e competenze statali; o a quelle "burocrazie internazionali delle quali si avvalgono organizzazioni intergovernative quali il Fondo monetario internazionale , la Banca mondiale o la Commissione europea, che svolgono un ruolo rilevante nella politica economica internazionale, fino ad apparire agli stati poveri come una *longa manus* del sistema capitalistico. Vi sono infine casi in cui accordi internazionali, che originariamente poggiavano sugli stati, si sono via via aperti a trattative con soggetti privati: ad esempio, il NAFTA (North American Free Trade Agreement), ha aperto in parallelo una porta alle *corporations*, che possono allestire legal proceedings. E qualcosa di simile avviene con l'Organizzazione mondiale del commercio, anch'essa in origine composta solo da stati.¹⁸⁰ Abbiamo solo accennato ad alcuni modelli di soggetti giuridici che "navigano" nel mondo globale. Con la

¹⁷⁹ Cit. Si veda Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, cit., pp.139 ss. Dove si ipotizza un continuum tra un estremo in cui le autorità non statali rafforzano e sostengono l'autorità statale ed un lato opposto dove l'autorità non statale può minacciare o inficiare l'autorità statale.

¹⁸⁰ M.R. Ferrarese, *Le Istituzioni della Globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, p.111

globalizzazione, siamo di fronte al tema di co-titolarità del diritto “che implicano forme più o meno esplicite di vera e propria concorrenza”.¹⁸¹

Questo certifica che gli stati non sono più l'unica fonte del diritto: “altri soggetti, anche privati, partecipano alla produzione del diritto.”¹⁸² Ed aggiunge ancora la sociologa Ferrarese : “Il diritto non è più una prerogativa esclusiva dei soggetti giuridici ufficiali e trova spesso come propri co-autori soggetti privati, che non hanno un fine o una caratterizzazione giuridica, ma diventano di tanto in tanto attori giuridici, partecipando a vario titolo al processo giuridico. Il fenomeno di co-titolarità del diritto, per quanto inedito nei suoi caratteri odierni, non manca di precedenti. I precedenti storici più importanti si collocano soprattutto nell'epoca medievale, caratterizzata appunto da una pluralità di fonti giuridiche. Oggi, per vari aspetti, la corsa alla competizione giuridica viene definita dall'agenda economica, che, come si vedrà, ridisegna sia i contorni delle competenze professionali sia le cerchie dei giuristi e i tipi e gli stili del diritto.”¹⁸³ La conclusione, è che il diritto

¹⁸¹ Ivi, p.133

¹⁸² Ivi, p.133

¹⁸³ Ivi, 133, 134

globale non è più un monopolio statale, e, questo significa che il diritto, dice ancora la Ferrarese: non è più sottratto alla competizione. Competizione che si pone in un campo giuridico diverso da quello statale “antico”. A differenza che negli stati, dove accademici e magistrati detengono una posizione privilegiata, in funzione di un maggiore prestigio o potere che è loro ascritto,¹⁸⁴ nel campo transnazionale, sono stati i professionisti del diritto a conquistare una posizione privilegiata, accompagnata da potere, prestigio e lauti guadagni.¹⁸⁵ La competizione può anche interessare altre aree del diritto, come ad esempio “la globalizzazione porta con sé un’affermazione crescente del diritto commerciale e un indebolimento sempre più marcato del diritto del lavoro”.¹⁸⁶ La competizione si pone anche tra pubblico e privato ogni giorno che la globalizzazione ristruttura il diritto. “La competizione tra pubblico e privato apre l’opzione tra un diritto che si ispira a una logica pubblicistica, che dall’alto condiziona il basso, e un

¹⁸⁴ Si veda, M.R. Ferrarese, *Potere e competenza nelle professioni giuridiche*, in “*Sociologia del diritto*”, n. 1/1992

¹⁸⁵ Ivi, p.135

¹⁸⁶ Paradossalmente, osserva Monateri: “Una strong commercial law e una poorlabor law si presentano come due cardini dei progetti di globalizzazione giuridica, ricalcando quasi i tratti di una celebre vignetta di Grosz sull’alleanza tra capitale e lavoro. Si veda *globalizzando il diritto*, cit., p.37

diritto che si ispira a una logica privatistica di auto-organizzazione, basata su scelte decentrate e improntate alla convenienza. La globalizzazione ha messo in evidenza una insospettata capacità dei criteri del mercato di organizzare anche aree giuridiche non privatistiche. Così il diritto, anche quello tradizionalmente considerato “pubblico”, viene sempre più esposto a variabili e modelli privati, specie quelli propri del mercato: per raggiungere determinati fini, invece di vincolare i soggetti a norme e criteri decisi da chi sta in alto, si cerca di incentivare i soggetti a perseguire il proprio interesse.”¹⁸⁷ L’esempio a tal proposito è il diritto amministrativo americano, “ che si sta ristrutturando assumendo come criterio ispiratore proprio il mercato: ”¹⁸⁸ne risulta un diritto “ che domanda meno sia al governo sia all’industria. Domanda meno al governo perché è più facile e meno costoso da eseguire. Domanda meno all’industria perché cerca di canalizzare, piuttosto che di cambiare, aspetti di conduzione dell’industria che presumibilmente sono nello

¹⁸⁷ M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della Globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, p.177

¹⁸⁸ Cit. Per la verità, negli Stati Uniti, questo incrocio tra diritto amministrativo –regolativo e mercato, per quanto oggi reso più esplicito ed estremo dalla globalizzazione, parte da ben più lontano. Rinvio al Volume M.R. Ferrarese, *Diritto e Mercato*, cit., pp.201 ss

stesso interesse dell'industria.”¹⁸⁹ La globalizzazione procede verso una pluralità di diritti e un'impossibilità di “reductio ad unum del diritto”¹⁹⁰, e quindi ci troviamo a formulare la seguente domanda: siamo dentro alla globalizzazione di un diritto o possiamo parlare di una molteplicità di diritti ? La globalizzazione intercetta i cambiamenti veloci, frenetici; cambiamenti che per forza d'inerzia vengono “acchiappati” da una globalizzazione che è tutta protesa a far perdere le tracce “ l'arte di perdere il ricordo” è una risorsa non meno importante dell'arte di fissare nella memoria.”¹⁹¹ Per dirla con il grande pensatore polacco Bauman: l'idea di “globalizzazione” si riferisce espressamente alle forze anonime di Von Wright, che operano nella vasta “terra di nessuno”- nebbiosa e melmosa, impossibile da attraversare e da dominare, al di sopra delle capacità che ciascuno di noi ha di progettare e agire”.¹⁹² In questa terra di nessuno che cita Bauman, anche il diritto si fa incerto e indefinito, diventa dipendente dall'attivismo del privato e “ l'agenda del diritto

¹⁸⁹ Si veda Aman, A Global Perspective on Current Regulatory Reforms: Rejection, Relocation, or Reinvention ?, cit., pp. 460-461

¹⁹⁰ M.R. Ferrarese, Le Istituzioni della globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale, Il Mulino , p.149

¹⁹¹ Ivi, p.199

¹⁹² Z.Bauman, Dentro la globalizzazione, cit., p.68

globale è continuamente riscritta in base agli impulsi derivanti dai soggetti che si attivano, siano essi pubblici o privati.”¹⁹³

¹⁹³ M.R. Ferrarese, *Le Istituzioni della Globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, p.139,140

Il Leviatano: *delle cause, della generazione e della definizione di uno Stato*

La causa finale, il fine o il disegno degli uomini(che naturalmente amano la libertà e il dominio sugli altri) nell'introdurre quella restrizione su loro stessi(in cui li vediamo vivere negli stati) è la previsione di ottenere con quel mezzo la propria preservazione e una vita più soddisfacente, vale a dire, di uscire da quella miserabile condizione di guerra, che è necessariamente conseguente(come si è mostrato nel capitolo XIII) alle passioni naturali degli uomini, quando, quando non c'è un potere visibile per tenerli in soggezione, e legarli, con il timore della punizione, all'adempimento dei loro patti e all'osservanza di quelle leggi di natura esposte nei capitoli XIV e XV. Infatti, le leggi di natura (come la giustizia, l'equità, la modestia la misericordia, e, insomma il fare agli altri quel che vorremmo fosse fatto a noi) in se stesse, senza il terrore di qualche potere che le faccia osservare, sono contrarie alle nostre passioni naturali che ci spingono alla parzialità, all'orgoglio, alla vendetta e simili. I patti senza la spada sono parole e non hanno la forza

di assicurare affatto un uomo. Perciò nonostante le leggi di natura (alle quali ognuno si attiene quando ha la volontà di attenervisi e può farlo senza pericolo) se non è eretto un potere o se non è abbastanza grande per la nostra sicurezza, ogni uomo vuole e può contare legittimamente sulla propria forza e sulla propria arte per garantirsi contro tutti gli altri uomini. In tutti i luoghi in cui gli uomini sono vissuti in piccole famiglie, il rubare e lo spogliarsi l'un l'altro, è stata una professione e tanto lungi dall'essere reputata contro la legge di natura che, quanto più grandi erano le spoglie che conseguivano, tanto più grande era il loro onore e gli uomini in ciò non osservavano altre leggi dell'onore, cioè astenersi dalla crudeltà, lasciando agli uomini la vita e gli attrezzi agricoli. Come facevano allora le piccole famiglie, così ora le città e i regni che non sono se non famiglie più grandi allargano(per la loro sicurezza) i domini con tutti i pretesti, di pericolo, di timore di aggressione o di assistenza che può essere data agli aggressori e si sforzano, per quanto possono, di sottomettere o di indebolire i loro vicini, a viva forza e con arti segrete, e giustamente poiché mancano di altri mezzi per garantirsi e sono perciò

ricordati con onore nelle età seguenti. Non è l'unione di un piccolo numero di uomini che dà questa sicurezza, poiché quando si hanno piccoli numeri, piccoli aumenti dall'uno o dall'altro lato, rendono così grande il vantaggio della forza che è sufficiente a riportare la vittoria, e costituisce perciò un incoraggiamento all'aggressione. La moltitudine sufficiente in cui confidare per la nostra sicurezza, non è determinata da un certo numero, ma dal paragone con il nemico che temiamo, ed è sufficiente allorquando il vantaggio del nemico non è così visibile e cospicuo nel determinare l'esito della guerra, da muoverlo a tentarla. Si abbia una moltitudine di persone grande quant'altra mai, pure se le loro azioni sono dirette secondo i giudizi e gli appetiti dei particolari, non ci si può aspettare da essa alcuna difesa né alcuna protezione, né contro un comune nemico e neanche contro le ingiurie reciproche. Infatti, essendo distratti nelle opinioni concernenti l'uso migliore e la migliore applicazione della loro forza, non si aiutano, ma ostacolano l'un l'altro, e annullano la loro forza con l'opposizione reciproca, perciò, non solo sono agevolmente sottomessi dai pochissimi che si accordano fra loro,

ma anche quando non c'è un comune nemico, si fan guerra l'un l'altro per i loro interessi particolari. Se potessimo, infatti, supporre che una grande moltitudine di uomini consentisse nell'osservare la giustizia e le altre leggi di natura, senza un potere comune che li tenesse tutti in soggezione,¹⁹⁴ potremmo del pari supporre che tutta l'umanità facesse lo stesso; non ci sarebbe allora, né sarebbe affatto necessario che ci fosse alcun governo civile o stato, perché vi sarebbe la pace senza la soggezione. Né è sufficiente per la sicurezza, che gli uomini desiderino duri per tutti il tempo della loro vita, che essi siano governati e diretti dal giudizio di un solo per un periodo di tempo limitato, come in una battaglia o in una guerra. Infatti, anche se ottengono una vittoria con il loro unanime sforzo contro un nemico esterno, tuttavia dopo, quando o non hanno un nemico comune, oppure quando colui che è tenuto per un amico, devono necessariamente, a causa della differenza dei loro interessi, dissolversi e cadere di nuovo in una guerra contro se stessi. E' vero che certe creature viventi, come le api e le formiche, vivono fra loro in società (e sono perciò annoverate da *Aristotele* tra le creature

¹⁹⁴*In awe.*

politiche)¹⁹⁵ e tuttavia non hanno altra direzione che i loro giudizi e appetiti particolari, e non hanno la parola con la quale l'una possa significare all'altra che cosa pensa sia vantaggioso¹⁹⁶ per il beneficio comune; alcuni perciò possono forse desiderare di sapere perché il genere umano non può fare lo stesso. A ciò rispondo: primo, che gli uomini sono continuamente in competizione per l'onore e per la dignità, cosa che non accade tra queste creature; per conseguenza tra gli uomini sorge, su quel fondamento, l'invidia e l'odio, e, infine, la guerra; tra queste, invece, non è così. Secondo, che tra queste creature, il bene comune non differisce dal privato, ed essendo esse, per natura, inclini al loro bene privato, procurato con ciò il beneficio comune. Ma l'uomo, la cui gioia consiste nel paragonarsi con gli altri uomini, non può gustare se non ciò che è eminente. Terzo, che queste creature, non avendo (come l'uomo) l'uso della ragione, non vedono, né pensano di vedere qualche colpa dell'amministrazione dei loro affari comuni, mentre tra gli uomini ve ne sono moltissimi che pensano di essere più saggi e più capaci di governare la cosa pubblica degli altri; questi si sforzano di riformare e di

¹⁹⁵ *Historia animalium, 488a.*

¹⁹⁶ *Expedient.*

rinnovare, chi in un modo, chi in un altro, e portano alla divisione¹⁹⁷ e guerra civile. Quarto, che queste creature, sebbene abbiano in qualche modo l'uso della voce per rendersi noti l'un l'altro i propri desideri e le altre affezioni, mancano tuttavia di quell'arte della parola, per la quale alcuni uomini possono rappresentare agli altri ciò che è male sotto l'aspetto del bene¹⁹⁸, e aumentare o diminuire l'apparente grandezza del bene e del male, scontentando gli uomini e turbando la loro pace a loro piacimento. Quinto, che le creature irrazionali non possono distinguere tra *ingiuria e danno*; perciò, finché si trovano a loro agio, non si sentono offese dalle loro compagne, mentre l'uomo è più turbolento quando più si trova a suo agio; è allora, infatti, che ama mostrare la sua saggezza e censurare le azioni di coloro che governano lo stato. Infine, che l'accordo tra queste creature è naturale, mentre quello tra gli uomini è solo per patto ed è artificiale; nessuna meraviglia quindi se (oltre il patto) si richiede qualcosa d'altro per rendere il loro accordo costante e durevole, cioè, un potere comune che li tenga in soggezione.¹⁹⁹ e che

¹⁹⁷ *Distraction.*

¹⁹⁸ *That which is good in the likeness of Evil, and Evil in the likeness of Good.*

¹⁹⁹ *In awe.*

diriga le loro azioni verso il comune beneficio. La sola via per erigere un potere comune che possa essere in grado di difendere gli uomini dall'aggressione straniera e dalle ingiurie reciproche, e con ciò di assicurarli in modo tale che con la propria industria e con i frutti della terra possano nutrirsi e vivere soddisfatti, è quella di conferire tutti i loro poteri e tuta la loro forza a un uomo o a un'assemblea di uomini che possa ridurre tutte le loro volontà, per mezzo della pluralità delle voci, ad una volontà sola; ciò è come dire designare un uomo o un'assemblea di uomini a sostenere la parte della loro persona, e ognuno accettare e riconoscere se stesso²⁰⁰ come autore di tutto ciò che colui che sostiene la parte della loro persona, farà o di cui egli sarà causa, in quelle cose che concernono la pace e la sicurezza comuni, e sottomettere in ciò ogni loro volontà alla volontà di lui, ed ogni loro giudizio al giudizio di lui. Questo è più del consenso o della concordia, è un'unità reale di tutti loro in una sola e medesima persona fatta con il patto di ogni uomo con ogni altro, in maniera tale che, se ogni uomo dicesse a ogni altro, *io autorizzo e*

²⁰⁰*To owne and acknowledgehimselfe to be Author...*

*cedo*²⁰¹ *il mio diritto di governare me stesso, q quest'uomo, o assemblea di uomini a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile.* Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona viene chiamato uno Stato, in latino Civitas. Questa è la generazione di quel grande LEVIATANO, o piuttosto (per parlare con più riverenza) di quel *dio mortale*, al quale noi dobbiamo, sotto il Dio *immortale*, la nostra pace e la nostra difesa. Infatti, per mezzo di quest'autorità datagli da ogni particolare nello stato, è tanta la potenza e tanta la forza che gli sono state conferite e di cui ha l'uso, che con il terrore di esse è in grado di informare le volontà di tutti alla pace interna e all'aiuto reciproco contro i nemici esterni. In esso consiste l'essenza dello stato che (se si vuole definirlo) è *una persona dei cui atti ogni membro di una grande moltitudine, con patti reciproci, l'uno nei confronti dell'altro e viceversa, si è fatto autore, affinché essa possa usare la forza e i mezzi di tutti, come penserà sia vantaggioso*²⁰² *per la loro pace e la comune difesa.* Chi regge la parte di questa

²⁰¹ *Give up, e così alla fine della frase.*

²⁰² *Exepedient.*

persona²⁰³ viene chiamato Sovrano e si dice che ha il potere sovrano; ogni altro è suo Suddito. Si consegue questo potere sovrano in due modi. Il primo è dato dalla forza naturale, come quando un uomo fa sì che i suoi figli si sottomettano insieme con i loro figli al suo governo, in quanto è in grado di distruggerli se si rifiutano o come quando sottomette con la guerra i suoi nemici alla sua volontà, dando loro la vita a quella condizione. Si ha l'altro, quando gli uomini si accordano fra di loro per sottomettersi a qualche uomo o a qualche assemblea di uomini, volontariamente, confidando di essere così protetti contro tutti gli altri. Quest'ultimo può essere chiamato uno stato politico o stato per *istituzione* e il precedente uno stato per *acquisizione*. Parlerò, in primo luogo, dello stato per istituzione²⁰⁴. L'intera struttura del Leviatano, come scrive anche Carlo Galli nell'introduzione, "di una ordinata vita associata è resa possibile solo dalla politica", e non dalla morale tradizionale, né dalle teologie, e neppure dalla nascente economia. Hobbes, insiste a "costruire" una lotta contro un mondo ormai consunto,

²⁰³ *CarryeththisPerson*.

²⁰⁴ T. Hobbes, *Leviatano*, Burizzoli, saggio introduttivo di Carlo Galli, XVII, pp.177,178,179,180,181,182,183.

contro anche le istanze più radicali della rivoluzione. E' la politica che può attraverso una composizione ordinativa e l'inizio di un nuovo protagonismo della moderna forma –Stato, costruire “l'utopia dell'azzeramento della storia passata, del nuovo inizio razionale e progressista, e al contempo è l'impresa epica di esplorazione e di colonizzazione di un mondo nuovo, un'impresa che nasce, evidentemente, dalla rivoluzionaria decisione che tale mondo possa essere creato.”²⁰⁵ Con questo “passo” del Leviatano ci arrampichiamo lungo i secoli per analizzare la globalizzazione e la meta potere dell'economia in Ulrich Beck.

²⁰⁵ T. Hobbes, Il Leviatano, BurRizzoli, p.VII.

Lo Stato il meta-potere dell'economia e il meta-potere della società civile

Il tempo che viviamo è lo scenario di un tempo dove il cambiamento ha inciso profondamente nella storia del potere. “La globalizzazione deve essere letta come una trasformazione silenziosa, post-rivoluzionaria, epocale del sistema nazionale e internazionale dell'equilibrio e delle regole del potere, finora dominati dagli Stati. Nel rapporto tra l'economia mondiale e lo Stato avviene un *meta-gioco* di potere, ossia una lotta per il potere nella quale l'equilibrio e le regole del potere che caratterizzano il sistema nazionale e internazionale degli Stati sono radicalmente modificati e riscritti. E' soprattutto l'economia ad avere sviluppato un meta-potere di questo genere uscendo dalla gabbia del gioco di potere territoriale e organizzato sul piano dello Stato nazionale ed elaborando nuove strategie nello spazio digitale di fronte allo Stato radicato nella dimensione territoriale. Meta-gioco di potere significa che ci si scontra e si lotta per il potere e nello stesso tempo si cambiano le

regole nazionali-statali della politica mondiale.”²⁰⁶ Il meta-gioco di potere come l’ha descritto bene il sociologo tedesco Beck, sfugge alle categorie del legale e dell’illegale, “non è né legale, né legittimato, bensì “trans legale”: esso però possiede il potere di riscrivere le regole, dominate dallo Stato, della sovranità legittima nello spazio nazionale e internazionale;”²⁰⁷ così il meta-potere dell’economia mondiale nei confronti degli Stati nazionali “ si basa sull’exit option (Hirschman), che il capitale si è conquistato nello spazio digitale.”²⁰⁸ L’autonomia dello Stato nazionale è messa in discussione non solo dal meta-potere mondiale dell’economia, ma anche dal meta-potere degli attori della società civile globale. La ricerca della dimensione dei diritti umani contro il dormiente stato-nazionale, fa lievitare gli attori della società civile globale che “lottano” per una diversa civiltà umana. “Il regime dei diritti umani trasforma lo spazio di potere frammentato degli Stati nazionali in uno spazio di potere sconfinato nella “politica interna mondiale” (Weizsacker), nel quale gli Stati “stranieri”, ma anche le Ong

²⁰⁶ U. Beck, Laterza editore, Potere e contropotere nell’età globale, p.67

²⁰⁷ Ivi, p.69

²⁰⁸ Ivi, p.69

s’immischiano nella “politica interna” di altri paesi e ne possono modificare le strutture interne”.²⁰⁹ Restando lungo la scia di Ulrich Beck, l’economia mondiale agisce “trans legalmente”, “cioè non agisce né illegalmente né illegittimamente. La sua massimizzazione del potere avviene nella forma di una “usurpazione militare” (nel senso di Max Weber) nello spazio digitale. Sovranità trans legale significa la possibilità permanente, più o meno istituzionalizzata, di influenzare gli esiti delle decisioni e delle riforme statali al di là di tutti i confini nazionali tra sistemi e funzioni in modo che le loro priorità dell’estensione del potere del mercato mondiale. Si tratta dunque – per variare la definizione weberiana del potere – dell’opportunità di operare, senza ricorrere al comando né all’ubbidienza e praticando tra l’altro una politica mirata del “no”- del non –investimento e del non intervento , per l’autotrasformazione di un mondo di Stati che(in casi estremi o in casi di successo) ha interiorizzato il regime liberale del mercato mondiale, facendone la bussola interna della politica statale.”²¹⁰ Come possiamo annotare, il meta-potere (capitale) per stare al neologismo coniato da

²⁰⁹ lvi,p.84.

²¹⁰ lvi,p.93

Beck, si estende senza trasgredire formalmente le leggi “e senza l’approvazione dei parlamenti e dei governi- grazie alle nuove tecnologie informatiche, di abbreviare gli orizzonti temporali e cancellare le distanze, ”²¹¹ quello che Darwin Harvey chiama” l’annullamento dello spazio da parte del tempo”. L’immagine che ci propone Beck, per descrivere questo “momento”: gli Stati hanno radici, gli investitori hanno le ali. In queste pagine, il sociologo tedesco, cerca di riorganizzare, nonostante il meta-potere mondiale dell’economia, una nuova funzione dello stato nazione; per Beck la riorganizzazione dello Stato, alle troppe domande che arrivano dalla globalizzazione, è una risposta politica: Lo stato cosmopolitico. Questo si fonda, secondo Beck, sul principio dell’indifferenza nazionale dello Stato e rende possibile la coesistenza delle identità nazionali grazie al principio della tolleranza costituzionale. Beck pone una domanda anche in termini diversi: “ chi impedirà il prossimo Olocausto”²¹²? La mia risposta, dice il sociologo tedesco, è forse lo Stato cosmopolitico. Lo stato cosmopolitico si fonda sul principio dell’indifferenza nazionale dello Stato, afferma ancora Beck. “

²¹¹ Ivi, p.94

²¹² Ivi, p.120

Analogamente a quanto accaduto in seguito alla pace di Vestfalia, che pose fine alle guerre civili di religione del XVI secolo mediante la separazione dello Stato dalla religione, si potrebbe rispondere – questa è la mia tesi dice ancora Beck, alle guerre civili mondiali del XX secolo con una separazione dello Stato dalla nazione. Così come lo è stato a-religioso a rendere possibile la pratica di diverse religioni, lo Stato cosmopolitico dovrebbe garantire la coesistenza delle identità nazionali grazie al principio della tolleranza costituzionale. Così come all’inizio dell’era moderna la teologia cristiana fu ricondotta entro limiti ben precisi, oggi occorrerebbe rideterminare lo spazio e il quadro d’azione del politico addomesticando la teologia e la teologia nazionale.”²¹³ Il sociologo tedesco per argomentare la propria tesi cita Jean Bodin e Johannes Althusius, che hanno difeso la sovranità dello Stato dall’invadenza della religione per aprirla alla politica e alla storia, “ si può trarre ispirazione per giustificare teoricamente e sviluppare politicamente, contro i presupposti di omogeneità nazionale che

²¹³ Ivi, p.120

cominciano a diventare storicamente falsi”²¹⁴, questa sovranità cosmopolitica intesa come una pluralità reale²¹⁵. Ma, vediamo cosa significa per Beck, uno Stato cosmopolitico; “esso comporta una demarcazione rispetto al costituzionalismo e mette in rilievo il fatto che un ordine transnazionale puramente costituzionale, cioè giuridico o fondato sul diritto costituzionale, rimane di per sé instabile perché o fintanto che non è sostenuto da una corrispondente consapevolezza, da parte delle persone, di un’identità, una cultura e una statualità transnazionali. Ciò che vi è di cosmopolitico nello Stato cosmopolitico è dunque il fatto che la creazione di un ordine transnazionale dipende da una comunità genuinamente cosmopolitica, la cui influenza segna in modo decisivo la politica dei suoi Stati membri. A questo scopo è però necessario superare la nozione di una patria nazionale omogenea, con un territorio ben definito e delimitato nei confronti di chi è culturalmente “altro”, sostituendola con la nozione delle doppie patrie. Entrambe le cose sono possibili e necessarie: le formazioni statuali cosmopolitiche

²¹⁴ Ivi, p.121

²¹⁵ Cit. Come argomenta Daniel J. Elazar (1998, 2001), Bodin ha posto i fondamenti di una teoria della statualità, mentre Althusius più o meno nello stesso tempo ha proposto una teoria non meno sistematica del federalismo che dovrebbe essere riscoperta e rinnovata proprio per l’era globale post-nazionale.

non possono esistere senza cosmopolitismi radicati nella dimensione nazionale.”²¹⁶ Cosmopolitico significa riconoscere nello stesso tempo sì all’uguaglianza che la diversità, “ e che ci si sente responsabili nei confronti del pianeta nella sua totalità.”²¹⁷ Il concetto che esprime il pensatore tedesco a proposito dello Stato cosmopolitico trae le conseguenze dalla storia dei regimi di destra e di sinistra del XX secolo e dall’infinita storia di violenza del colonialismo e dell’imperialismo. “ Bodin, ha teorizzato la sovranità statale come istanza capace di istituire l’ordine nelle turbolenze di un mondo post-religioso. Egli non poteva sapere dice ancora Beck, quello che noi sappiamo, ossia che l’antidoto all’anarchia da lui tanto temuta – cioè la sovranità statale – ha perfezionato e aumentato all’infinito le crudeltà, gli odii e la violenza negatrice dell’umanità.”²¹⁸ Un esempio concreto del concetto di Stato

²¹⁶ U. Beck. Potere e contropotere nell’età globale, Laterza editore, p.121.

²¹⁷ Ivi, p.122

²¹⁸ Cit. Qualsiasi discorso su un futuro Stato cosmopolitico (regime cosmopolitico) richiede di essere precisato sul piano storico, cioè dovrebbe essere determinato e fondato nella sua differenzia specifica storica. A questo scopo occorrerebbe concepire - in analogia la ricerca e la teoria comparativa sul nazionalismo – uno “studio storico comparato degli imperi” e dar vita a corrispondenti ricerche, sia a livello europeo, sia a livello transnazionale. Esse affronterebbero questioni come: quali sono le differenze e quali gli aspetti in comune tra i precursori del regime cosmopolitico? Dopotutto, il sogno di un “solo mondo” è notevolmente fuori moda – ben più vecchio del romanticismo nazionale. Esso risale a quegli imperi universali - quelli di Hammurabi e Alessandro, Giustiniano e Harun al-Rashid, Gengis Kahn e Carlo V, fino a Napoleone e all’impero britannico - tutti concordi nel ritenersi e nel proclamarsi portatori delle civiltà, per promuovere sotto questa bandiera la loro crociata contro chi era culturalmente “altro”, “arretrato” e “barbaro”. Tutti

cosmopolitico ci racconta Beck, è costituito dalla *lotta per un'Europa politica* che sia più che un conglomerato di Stati nazionali, non condannandoli ma proteggendoli mediante le condizioni di una coesistenza pacifica e aperta alla diversità culturale. Per il sociologo tedesco, rimotivare l'indispensabilità dello Stato di fronte al meta-potere dell'economia mondiale che riduce la politica a piccola colonia, occorre rompere l'egemonia del discorso neo liberale e sostituirla “ sui contenuti della grande politica.”²¹⁹ Così per Beck, la grande politica deve mirare a riaffermare nello spazio transnazionale la politica statale e spezzare la coalizione tra lo Stato nazionale e l'economia, “ dovrebbe essere capace

quanti rivendicavano ciò che a loro volta rivendicano gli odierni alfieri del regime cosmopolitico, ossia il fatto di parlare un linguaggio che lega tutti i popoli – ad esempio, il linguaggio dei diritti umani- e perciò di incarnare una “cultura superiore” che non conosce frontiere, mentre la maggioranza delle popolazioni che erano da loro sottomessi e assoggettate viveva entro orizzonti culturali limitati ed erano toccate solo parzialmente da queste nobili finalità e tradizioni. Può, o meglio: come può il regime cosmopolitico evitare le insidie dell'imperialismo culturale? Può uno Stato Cosmopolitico tenere davvero assieme persone tanto diverse per lingua, storia, religione, origine e avvenire, senza ricadere nell'imperialismo? Qualsiasi cultura transnazionale e a maggior ragione qualsiasi cultura globale non deve forse dispiegarsi al di fuori dell'egida di una potenza egemonica? Parlare di “ regime cosmopolitico” non equivale dunque a usare un eufemismo per parlare di americanizzazione e di egemonia statunitense? Del resto, questo studio comparato degli imperi potrebbe dimostrare che nella storia del mondo la norma non è l'omogeneità etno-culturale ma polietnicità. Tutte le civiltà, in ogni tempo, hanno associato persone di diversa origine in ordinamenti politici etnicamente plurali e gerarchicamente articolati: “ Nel mio ultimo capitolo ho analizzato il raro caso dell'unità etnica nazionale, un ideale barbarico, che non è mai stato realizzato perfettamente nell'Europa occidentale, ma che nondimeno fu sostenuto entusiasticamente proprio nell'epoca in cui le nazioni dell'Europa occidentale costruirono imperi di dimensioni mondiali, nei quali persone diversissime per colore della pelle e origini si incontravano e si mescolavano in una misura mai conosciuta prima. I tutti i Paesi raggiunti dall'espansione europea la rigorosa gerarchia polietnica era in netto contrasto con l'ideale dell'unità nazionale, sostenuto proprio nelle parti dell'Europa che erano attivamente impegnate nell'avventura coloniale. Una simile contraddizione non poteva che essere instabile, dal momento che le particolari condizioni che sostenevano l'ideale e la parziale realtà dell'unità nazionale(...) scomparvero a poco a poco, mentre i fattori che davano impulso alla mescolanza etnica acquisirono un peso sempre maggiore”(McNeill 1986,p59).

²¹⁹U.Beck, *Potere e Contropotere nell'età Globale*; Laterza, p.227

di sostenere i conflitti, rallegrarsi di essi e coalizzarsi con le *Ong e i movimenti dei consumatori per diventare l'avvocato di un nuovo "bene comune"* che viene sistematicamente danneggiato dagli interessi a breve termine del capitale. La politica vince quando mette in discussione e fa vacillare la legittimazione dell'economia mondiale. Le crisi di legittimazione dimostrano la non- autarchia dell'economia mondiale e la sua vulnerabilità in materia di legittimazione e quindi sono la prova dell'indispensabilità della politica.”²²⁰

²²⁰ Ivi, p.231.

Lo Stato e la crisi di rappresentanza in Zigmunt Bauman

Così esordisce il sociologo polacco: “La crescente debolezza degli attuali poteri esecutivi, che probabilmente diventerà sempre più incurabile, è ormai sotto gli occhi di tutti. E’ troppo evidente per poterla ignorare. I capi di governo dei paesi più potenti s’incontrano il venerdì per discutere e prospettare la direzione da seguire, soltanto per attendere tremebondi la riapertura dei mercati il lunedì e scoprire se la loro decisione tiene. In realtà, l’odierna situazione d’interregno non è appena nata, non è nuova in alcun senso.(...) Già Antonio Gramsci aveva ribattezzato “ di interregno”(un termine rimasto indebitamente e troppo a lungo dimenticato, ma per fortuna riportato recentemente alla luce e rispolverato grazie al professor Keith Tester): un’epoca in cui quasi ogni giorno si accumulano prove che i vecchi, familiari e comprovati modi di fare le cose non funzionano più, mentre di nuovi che li possano sostituire non se ne vedono, o sono troppo precoci, volatili e allo stadio embrionale per essere avvistati o, quando(se) avvistati, per essere presi in seria

considerazione.”²²¹Bauman, descrive come le grandi ideologie del passato, per quanto discordanti tra loro, concordavano su un punto: raramente litigavano su chi dovesse fare cosa, qualunque cosa ritenessero andasse fatta. “ E non c’era bisogno di litigare, perché si riteneva evidente che la rappresentanza deputata a trasformare le parole in fatti fosse lo Stato: lo Stato onnipotente, come credeva allora la gente, uno Stato dotato del potere di fare le cose e della capacità di decidere quali cose andassero fatte e quali evitate; uno Stato che esercitava una sovranità assoluta – cioè un potere esecutivo –sul territorio e sulla popolazione che lo abitava. La semplice ricetta per fare le cose era assumere il controllo dell’apparato statale per mobilitarne il potere.²²² Il tempo che invece stiamo vivendo non è più così. Il potere di fare le cose fluttua nello “spazio dei flussi” di Manuel Castells: è evasivo, estremamente mobile, difficile in modo esasperante da localizzare, individuare o fissare e, come la mitica Idra, ha molte teste. Il rapido declino delle autorità statuali fa dire a Bauman: perché preoccuparsi e spremersi le meningi cercando di rispondere alla domanda “Che fare?”

²²¹Z.Bauman,C.Bordoni, Stato di Crisi,Einaudi, Torino,p.120,121.

²²² Ivi,p.125.

se non esiste risposta alla domanda “ Chi lo farà?” Attualmente dice ancora il sociologo polacco, stiamo attraversando diverse crisi, ma la più acuta – di fatto una “meta-crisi”, che rende tutte le altre crisi assolutamente insolubili- è la crisi di rappresentanza, o più precisamente della “ rappresentanza come la conosciamo”. “ La rappresentanza ereditata e tuttora presente dello Stato, messa alla prova e sperimentata dalle generazioni del passato che l’hanno creata aspettandosi che noi, gli eredi designati, ne facciamo uso.”²²³ Al declino e vuoto di rappresentanza, si è verificato uno slittamento cruciale nel campo dell’ideologia ci dice ancora Bauman. “ Fino a circa mezzo secolo fa, le ideologie erano per così dire “avvolte intorno” allo Stato, ai suoi compiti e ai suoi scopi definiti. Le ideologie di oggi sono avvolte intorno all’assenza di uno Stato quale strumento efficace di azione e cambiamento. Nella sua forma estrema, l’ideologia del presente è “ privatizzata”, incentrata sullo scavo di una nicchia relativamente solida/tranquilla sulle sabbie mobili, un riparo certo e sicuro all’interno di uno scenario sociale incurabilmente incerto, insicuro e senza speranza

²²³ Ivi, p.126.

(come costruire un rifugio nucleare familiare in un mondo vincolato alla “distruzione mutua assicurata”, o come comprare casa in una “gated community” all’interno di città in decomposizione, devastate da una dilagante e inarrestabile violenza)²²⁴. Bauman, insiste ancora sul rapporto finanza globale “che impongono le proprie leggi e regole all’intero pianeta e lo “Stato debole”; “gli Stati non hanno sufficienti risorse o libertà di manovra per sopportarne le pressioni per una semplice ragione: “ pochi minuti sono sufficienti a far crollare le imprese e gli stati stessi.”²²⁵ “Nel cabaret della globalizzazione, lo stato fa lo strip-tease e alla fine dello spettacolo resta con il minimo indispensabile: i suoi poteri di repressione. Una volta distrutta la sua base materiale, annullata la sua sovranità e la sua indipendenza, cancellata la sua classe dirigente, la stata nazione diviene un semplice servizio di sicurezza per le grandi imprese(...). I nuovi padroni del mondo non hanno bisogno di governare direttamente. I governi sono incaricati di amministrare gli affari per loro

²²⁴ Ivi, p.126,127.

²²⁵ Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione, le conseguenze sulle persone*, Laterza, Bari, p.74.

conto.”²²⁶Ma nonostante gli stati sono erosi dalla nuova extraterritorialità del capitale, ci troviamo ad assistere al proliferare di stati sovrani deboli e impotenti; tanto impotenti ci racconta il sociologo polacco che il “nuovo disordine mondiale”, ha bisogno proprio di stati deboli per conservarsi e riprodursi. “ Quasi-stati deboli possono facilmente venire ridotti all’(utile) ruolo di commissariati locali di polizia, che assicurano quel minimo di ordine necessario a mandare avanti gli affari, ma che non vanno temuti come freni efficaci per la libertà delle imprese globali.”²²⁷ Il sociologo polacco, resta perplesso e trova complicato cercare possibili vie a questo inarrestabile processo di declino dello stato; declino che vede la sua “fortezza” una sovranità nominale e un potere anonimo.

²²⁶ Vedi *Septpiècesdu puzzle nèolibéral:laquatrième guerre mondiale a commencè*, in “Le monde diplomatique”, agosto 1997, pp.4-5. L’articolo è firmato “Sous-Commandant Marcos” e proviene dal territorio della ribellione rurale del Chiapas, in Messico

²²⁷ Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione, le conseguenze sulle persone*, Laterza, Bari, p.77.

Lo Stato neoliberale e gli Stati transnazionali

Per un attimo ritorniamo sulla scia di Ulrich Beck. Il sociologo tedesco analizza in modo approfondito il passaggio “presunto” di stato neoliberale a stato di sorveglianza transnazionale dopo gli attentati dell’11 settembre del 2001. “Se il dio dello stato nazionale è un dio mortale, ciò significa che lo Stato muoia. Accade invece come nella leggenda nella quale l’eroe taglia la testa del drago e al posto di quella testa ne spuntano molte altre. Nella costellazione cosmopolitica la trasformazione del vecchio modello dello Stato nazionale può condurre a una seconda forma, che è quella dello Stato *neoliberale*. Lo Stato neoliberale è lo Stato concorrenziale, lo Stato-mercato, la configurazione statale nella quale la politica segue la logica del capitale. Questa forma di Stato reca, per così dire, l’etichetta “certificato dal Fmi”. La probabilità che lo Stato nazionale si trasformi in Stato neoliberale, aumenta con il processo di disciplinamento degli Stati in conformità alle esigenze dell’economia mondiale, disciplinamento che viene loro imposto soprattutto dalla politica del bastone (minaccia del ritiro dei crediti) e

della carota(concessione dei crediti) praticata dal Fmi. In questo senso si può affermare che esista un “sistema panottico” attivo a livello mondiale (Patomaki 2001, p.101), nel quale le agenzie di rating mettono alla prova e valutano gli Stati, i grandi gruppi economici e le comunità urbane in base alle regole della “buona” gestione, cioè della gestione neoliberale. All’inizio del XXI secolo il Fmi controlla la politica economica di almeno un terzo degli Stati “sovrani” del pianeta.”²²⁸ Con questa premessa, Beck, certifica come lo stato nazionale in realtà non muoia, ma subisce un’evoluzione; un’internazionalizzazione statale, adattando la forma stato alla trinità :deregolazione, liberalizzazione e privatizzazione. Uno stato nazionale che viene permeato sul modello mondiale del mercato. Ma, di colpo questo modello di stato(neoliberale) appare già invecchiato, e, pronto da essere catalogato nella soffitta delle utopie. L’11 settembre, l’irruzione del terrore globale, la minaccia del terrorismo degli attentati suicidi, hanno fatto all’improvviso ritornare in auge il primato dello Stato che concorre alla cooperazione transnazionale, capace di travalicare le frontiere e formare “uno Stato

²²⁸ U. Beck, Potere e contropotere nel’etàglobale,Laterza, p.338.

transnazionale di sorveglianza à la Orwell, al quale si può dare una connotazione più global-unilaterale (Stati Uniti) o *cooperativo-multilaterale* (Europa); ma possono anche far sì che la pluralità venga riconosciuta e resa possibile nella forma dello *Stato cosmopolitico*.²²⁹ Lo Stato sorveglianza che descrive Beck, è lo stato che nel tempo del terrorismo globale, diventa una risposta, è ovvio però che la mutazione e la trasformazione della forma- Stato è strettamente correlato ad una globalizzazione degli eventi imprevisti, e quando non può arrivare lo Stato neoliberale , ecco lo Stato “fortezza” che costruisce una cooperazione tra stati per contrastare i nuovi rischi globali. Di fronte alla novità della società mondiale del rischio Beck distingue tre tipi di pericoli, “ognuno dei quali segue una sua logica del conflitto, promuove o ignora determinati temi, fa proprie o meno determinate priorità: le crisi ecologiche, le crisi finanziarie mondiali e infine , dopo l’11 settembre, le reti terroristiche transnazionali.”²³⁰ La globalizzazione del terrorismo ha favorito l’avvicinamento degli Stati , una sorte di comunione di destini a livello mondiale, contro attentati criminali che cercano di “fratturare

²²⁹ Ivi, p.341,346

²³⁰ U.Beck, Un mondo a Rischio, Einaudi, p.12.

l'umanità." Così nella società mondiale del rischio, "l'unilateralismo americano è destinato a fallire e il fatto che l'ambizione nazionale e la necessità di cooperare possano promuoversi a vicenda è un elemento positivo per la creazione di rapporti tra gli Stati."²³¹Una creazione, che dovrebbe immaginare in modo definitivo la nascita di un'Europa politica, una comunità di stati cosmopoliti, direbbe Beck, capace di riprendere il filo di un pensiero di una nuova mappa democratica.

²³¹ Ivi, p.14.

Verso una società senza Stato sociale

“In effetti, ciò che sta accadendo oggi appare come la ripetizione di qualcosa che si è già verificato ai tempi dei capifamiglia di Bodin i quali, lasciando le rispettive case ed entrando in città, diventavano cittadini-sudditi. Allora ciascuna famiglia, in questa sua forma aperta e disaggregata portata dalla trasformazione del capofamiglia in cittadino-suddito, metteva termine ad antichi conflitti e cercava una cooperazione con le altre famiglie per la soluzione di problemi comuni, contribuendo così all’edificazione dello Stato. *Mutatis mutandis*, qualche cosa di simile è in atto in questi anni. Si tratta della disaggregazione degli Stati-nazione a fronte di obiettivi comuni di portata globale che singolarmente ciascuno Stato non è in grado di affrontare. Passando per la tappa intermedia costituita da grandi macroregioni sovranazionali quali l’Unione Europea, ciò che si prospetta è la formazione di un nuovo spazio politico transnazionale, coincidente con il mercato globale, che potrebbe forse essere non soltanto il luogo dell’egemonia di un

capitalismo tecnocratico ma anche di una reale cittadinanza cosmopolita.^{232,}

Ma una simile situazione, che abbiamo descritto fino ad ora conduce irrimediabilmente a riconsiderare la mappa della democrazia. Da uno Stato in continua trasformazione anche i diritti democratici conquistati vengono erosi. Così da uno Stato politico che non è, e rifiuta di essere uno Stato sociale “non ci si può aspettare prospettive di salvezza limitate o nulle di fronte all’indolenza o all’impotenza individuali. In assenza di diritti sociali per tutti, un numero cospicuo e con ogni probabilità crescente di persone si accorgerà che i loro diritti politici hanno scarsa utilità e non meritano la loro attenzione. Se i diritti politici sono necessari per l’assegnazione dei diritti sociali, i diritti sociali sono indispensabili per rendere i diritti politici “effettivi”, e mantenerli in vigore. I due tipi di diritti hanno bisogno l’uno dell’altro per sopravvivere: la loro sopravvivenza non può che essere il risultato dei loro sforzi congiunti.”²³³ Lo Stato sociale ci racconta Bauman, è

²³² M. Terni, Stato, Bollati Boringhieri, Torino, p.95

²³³ Z. Bauman, Danni Collaterali, Laterza, Bari, p. 8.

l'incarnazione estrema e moderna dell'idea di comunità. “La reincarnazione istituzionale di quell'idea nella sua versione moderna di “totalità immaginata”- intreccio di dipendenza, dedizione, lealtà, solidarietà e fiducia reciproche. I diritti sociali sono, per così dire, la manifestazione tangibile e “ empirica” di quella totalità collettiva immaginata (ovvero, della moderna forma di *ekklesia*, la cornice entro la quale le istituzioni democratiche s'iscrivono), che collega la nozione astratta alle realtà quotidiane, ancorando l'immaginazione al terreno fertile dell'esperienza quotidiana. Questi diritti certificano la veracità e il realismo di una fiducia reciproca, da persona a persona, e della fiducia in una rete istituzionale condivisa che sostiene e rafforza la solidarietà collettiva.”²³⁴ Lo Stato in continua trasformazione non prevede con ogni probabilità l'allargamento dei diritti politici, questo significa che l'*agorà* non sarà più inclusiva da metabolizzare un numero crescente di persone, rimaste sino a quel momento fuori dalla “comunità.” “ E' improbabile, infatti, che lo Stato assistenziale(sociale) sarebbe mai potuto diventare una realtà se i proprietari delle fabbriche non avessero

²³⁴ Ivi, p.8.

ritenuto a un certo punto che prendersi cura di “un esercito di riservisti del lavoro”(ovvero: mantenere “i riservisti” in buona salute nel caso fossero stati richiamati al servizio attivo) rappresentasse un investimento vantaggioso. Così in passato l’introduzione dello Stato sociale era stata considerata una questione “al di là della destra e della sinistra”. Se oggi lo Stato sociale è insufficientemente finanziato, è compromesso o viene addirittura smantellato, è perché le fonti del profitto capitalista si sono spostate, dallo sfruttamento del lavoro di fabbrica allo sfruttamento dei *consumatori*. E, non potendo contare sulle risorse necessarie per reagire alle tentazioni del mercato consumistico, i poveri per essere utili- dove il termine “utilità” è inteso nel senso del capitale di consumo – avrebbero bisogno di contante e di un conto di credito(non il tipo di servizio che lo “Stato assistenziale” fornisce).”²³⁵ Dice ancora Bauman: “ uno Stato si dice “sociale” quando promuove il principio di un’assicurazione collettiva e sottoscritta dalla comunità contro le disgrazie individuali e le loro conseguenze.”²³⁶ Una società che sostituisce “l’ordine dell’egoismo”, che genera diffidenza e sospetto, con “l’ordine

²³⁵ lvi,p.10

²³⁶ lvi,p.11

dell'uguaglianza", che ispira fiducia e solidarietà. Oggi dice ancora Bauman, non c'è un granché, dunque, che spinga le persone a frequentare l'*agorà*- e ancora meno che le invogli a lasciarsi coinvolgere dalle sue dinamiche. " Agli individui, sempre più abbandonati alle proprie risorse e al proprio ingegno, viene chiesto di trovare soluzioni individuali a problemi generati dalla società, puntando sulle proprie capacità personali. Una simile aspettativa pone gli individui in competizione tra loro, e fa sì che la solidarietà collettiva sia avvertita per lo più come irrilevante, se non addirittura controproducente."²³⁷E' ovvio che la trasformazione dello Stato moderno implichi anche a reinventare un nuovo paradigma della solidarietà umana, a un livello ci dice Bauman, che vada oltre a quello dello Stato nazionale, è necessario creare un quadro istituzionale all'interno del quale si possono formare opinioni e costruire volontà. "Lo Stato sociale " non rappresenta più una via perseguibile: solo un" pianeta sociale" può rilevare le funzioni che gli Stati sociali hanno tentato, con esiti alterni, di espletare. Sospetto che a condurci a quel "pianeta sociale" non saranno gli Stati sovrani

²³⁷ Ivi, p.12

territoriali, ma piuttosto delle organizzazioni e associazioni non-governative extraterritoriali e cosmopolite, capaci di raggiungere direttamente i bisognosi scavalcando i governi “sovrani” locali, evitandone le interferenze.”²³⁸

²³⁸ Ivi, p.23

L'Europa e il suo destino

L'Unione Europea, dopo il 1945, è nata nel segno della riconciliazione franco-tedesca. “ In un importante saggio lo scrittore Robert Menasse, ha provato a riabilitare le istituzioni di Bruxelles. Si è preso alcuni mesi di tempo per insinuarsi nei loro gangli, giungendo alla conclusione che, siano essi gabinetti di commissari, direzioni generali o gruppi di lavoro, si tratta di un “illuminato apparato di funzionari che a ragione non può essere definito altro che una *burocratizzazione giuseppina* che inflessibilmente (...) elabora ordinanze e direttive. Altri osservatori preferiscono paragoni diversi. Invece di ricorrere ai tempi dell'Assolutismo illuminato, parlano di tradizioni giacobine, oppure, in modo ancora più esplicito, di nomenclatura secondo il modello sovietico.²³⁹ Lo scrittore Menasse, rincarare la dose e leggiamo cosa dice: “la crisi attuale e il rapporto con essa infrangono l'ultimo tabù delle democrazie che si ritengono illuminate. Questo tabù è la democrazia stessa(...)Non può essere che, a livello sovranazionale, la democrazia, come in modo faticoso e insufficiente abbiamo imparato dopo il 1945 e

²³⁹ H.M. Enzensberger, Il mostro buono di Bruxelles, ovvero L'Europa sotto tutela, Einaudi, p.67

come siamo abituati a fare, non possa assolutamente funzionare –ma, anzi: sia essa stessa il problema che, noi, sempre più impotenti, ci aspettiamo invece sia lei a risolvere?(...) E' un fatto che quelli riuniti nella Ue sono stati democratici, ma è un fatto anche che lì, a livello sovranazionale, essi hanno perduto, se non addirittura consapevolmente sacrificato, gli standard democratici raggiunti negli stati nazionali(...) Il Trattato di Lisbona ha sì portato alcuni miglioramenti rispetto al Trattato di Maastricht, ma le rinunce e i deficit in termini di politiche democratiche non sono del tutto eliminati, anzi, alcuni sono ormai addirittura immutabili. Un esempio: si può parlare di democrazia compiuta solo quando esiste la divisione dei poteri(...) Nella Ue tuttavia la divisione dei poteri è abolita. Il Parlamento è sì eletto, però non ha alcun diritto di iniziativa legislativa(o adesso, dopo Lisbona, solo di straforo)Ma la commissione è proprio l'istituto nel quale alla fine la legittimazione democratica viene aggirata: lì opera infatti un organo non eletto e non revocabile, che ha eliminato la divisione dei poteri(...) In termini di politica democratica la triade composta dal Parlamento, dal

Consiglio e dalla Commissione produce dunque un buco nero nel quale scompare ciò che noi intendiamo per democrazia.”²⁴⁰ Quest’ analisi che propone Robert Menasse, ci serve per affrontare il tema di questo paragrafo, deficit democratico dell’unione europea e la solidarietà; l’Europa stretta tra i difensori degli Stati nazionali e i gli “Stati uniti d’Europa”. Insomma, cercare di indagare come il “gigante scoronato” dell’Unione Europea si atteggia “di fronte alla crescita sregolata della complessità globale che restringe sempre più l’autonomia dello Stato nazionale, la funzione normativa della democrazia richiede che l’azione della politica si espanda al di là dei confini nazionali.”²⁴¹ Il deficit democratico dell’unione Europea. “A differenza di uno stato di diritto classico, nel regime dell’Unione europea non esiste un’autentica divisione dei poteri;(…) la commissione ha in pratica il monopolio dell’iniziativa legislativa. Essa dibatte e abbozza le proprie linee direttive a porte chiuse. C’è da supporre, anche se non è dimostrabile, che i lobbisti in azione a Bruxelles abbiano sulle decisioni della Commissione maggiore influenza dell’insieme dei deputati. Il Parlamento europeo può

²⁴⁰ Ivi, p.68

²⁴¹ J. Habermas, Questa Europa è in crisi, Laterza.

prendere decisioni sul budget solo in accordo con il Consiglio europeo.

Un solo rappresentante del Consiglio può bloccare le decisioni del

Parlamento in materia di bilancio. In questo modo la regola classica che:

No taxation without representation perde ogni valore. Per la prima volta

nel 1979 il Parlamento è stato eletto direttamente. Da allora la

partecipazione alle elezioni è sempre calata.”²⁴² Un altro dato della

farraginosa macchina dell’unione Europea: nel 2005 la Gazzetta

Ufficiale dell’unione pesava oltre una tonnellata. E così si certifica che

oltre l’80 per cento di tutte le leggi non venga più promulgato dai

parlamenti, ma delle autorità di Bruxelles. L’altro dato dolente secondo

Enzensberger, è la giustizia europea: “la barca dell’amministrazione

della giustizia europea fa acqua da tutte le parti. La causa è la Corte di

giustizia dell’UE, che con motivazioni sempre più sorprendenti sottrae

agli stati membri competenze specifiche, intervenendo nei loro

ordinamenti giuridici. Essa si è ormai giocata gran parte della fiducia che

in passato le veniva riconosciuta.”²⁴³ L’Unione europea tende quasi a

²⁴² H.M. Enzensberger, Il mostro buono di Bruxelles, ovvero l’Europa sotto tutela, Einaudi, p.70,71

²⁴³ Ivi, p.75

omogeneizzare i cittadini del vecchio continente, senza tener in debito conto le libertà e le procedure democratiche.

L'Europa di Jurgen Habermas

“Perché in generale dovremmo tenerci attaccati all’idea dell’Unione Europea, anzi addirittura al vecchio obiettivo di una “unione politica sempre più stretta”, dal momento che si è esaurito il motivo originario, quello di rendere impossibili le guerre in Europa?”²⁴⁴ Con questa domanda il giurista tedesco Habermas, si chiede se c’è ancora un futuro per il progetto di Unione Europea. Per il giurista tedesco l’UE si può intendere come un passo decisivo sulla via di una società mondiale retta da una Costituzione.²⁴⁵ “E’ vero che le energie favorevoli all’Europa sono state stritolate, lungo il percorso che ha portato al Trattato di Lisbona, nel litigio su tali questioni politico-costituzionali; non di meno, a prescindere dalle conseguenze giuridico-costituzionali dell’ora progettato “governo economico”, questa prospettiva si raccomanda per

²⁴⁴J.Habermas, Questa Europa è in crisi, Laterza, Bari, p.33.

²⁴⁵ Dell’idea Kantiana del diritto cosmopolitico mi sono occupato più volte fra il 1995 e il 2005: Jurgen Habermas, Kant’s Idee desewigen Friends- ausdemhistorischenAbstand von 200 Jahren, in Die EinbeziehungdesAnderen. StdienzurpolitischenTheorie, Suhrkamp, Frankfurt amMain 1996,pp.192-236; Id., Hat die KonstitutionalisierungdesVolkerrechtsnocheine Chance?, in Der gespalteneWesten, Suhrkamp, Frankfurt amMain 2004,pp.113-193 (trad. it., La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità?, in L’Occidente diviso, Laterza, Roma-Bari 2005,pp.107-197); Id., Eine politische Verfassungfur die pluralistische Weltgesellschaft?, in ZwischenNaturalismus und Religion, Suhrkamp, Frankfurt amMain 2005, pp.324-365(trad.,Una costituzione politica per la società pluralistica mondiale?, in Tra scienza e fede, Laterza, Roma-Bari,pp.214-253).

due altre ragioni.”²⁴⁶ La prima ragione è il dibattito che si è ristretto sulle possibili vie d’uscita dalla crisi bancaria e monetaria; l’altra ragione, “erronei concetti politici precludono lo sguardo sull’energia civilizzatrice che si dispiega nel processo di ratificazione giuridica in termini democratici- e quindi sulla promessa che fin dall’inizio era legata col progetto di Costituzione europea.”²⁴⁷ “ Il restringersi dello sguardo in senso economicistico è tanto incomprensibile ci dice Habermas, in quanto gli esperti sembrano concordare nella diagnosi della causa più profonda della crisi: all’Unione Europea mancano le competenze per la necessaria armonizzazione delle economie nazionali, in drastica deriva nelle loro capacità di concorrenza.”²⁴⁸ Il Patto per L’Europa ci racconta Habermas, ha confermato che: accordi giuridicamente non vincolanti stabiliti nella cerchia dei capi di governo sono o privi di effetto o non democratici e dunque devono essere sostituiti da un’istituzionalizzazione democratica sicura delle decisioni comuni.²⁴⁹ Uno dei protagonisti in negativo per Habermas, è il governo federale tedesco, che si è

²⁴⁶ Ivi, p.34.

²⁴⁷ Ivi, p.34

²⁴⁸ Ivi, p.35

²⁴⁹ Cfr. Il mio articolo(J.Habermas) EinPakt fu roder gegen Europa? Uscito sulla “ Suddeutsche Zeitung” il 7 aprile 2001.

trasformato nell'acceleratore di una mancanza di solidarietà che va estendendosi in tutta Europa, perché Berlino ha chiuso gli occhi dinanzi all'unica costruttiva via d'uscita, che persino la "Frankfurter Allgemeine Zeitung" trascrive con la laconica formula "Mehr Europa" (Più Europa). E, nel frattempo la crisi economica ha completamente bloccato anche il meccanismo dell'indebitamento statale; "e per il momento non si riesce a vedere come le politiche di austerità possano alla lunga conciliarsi con la conservazione di un livello sostenibile dello Stato sociale. In queste condizioni, la vera sfida è stata ravvisata nello squilibrio fra gli imprevisti dei mercati e la forza regolativa della politica".²⁵⁰ Ma l'unione economica è la porta d'ingresso verso l'Unione politica, invece, diventa una prospettiva "irrealizzabile" proponendo la tesi: se non esiste un popolo europeo, non può esistere un'Unione politica. A questa tesi il giurista tedesco ribatte: "la persistente frammentazione politica nel mondo e in Europa è in contraddizione con un concretere sistemico di una società mondiale multiculturale e blocca progressi nella civilizzazione costituzionale dei rapporti di potere nello Stato e nella

²⁵⁰J.Habermas, Questa Europa è in Crisi, Laterza, p.36

società.²⁵¹ Habermas : “ Con uno rapido sguardo retrospettivo al precario che intercorre fra diritto e potere, vorrei rammentare prima di tutto in che cosa consista la forza civilizzatrice del diritto posto in essere democraticamente; il potere politico fin dagli inizi dell’ autorità statale nelle prime grandi civiltà – si è costituito in forme giuridiche. L’ “accoppiamento” di diritto e politica è altrettanto antico che lo Stato stesso. E qui il diritto ha svolto per migliaia di anni un ruolo duplice: è servito a un dominio esercitato autoritariamente come strumento organizzativo ed è stato al tempo stesso una fonte irrinunciabile di legittimazione per le dinastie dominanti. Continua ancora il giurista tedesco: mentre l’ ordinamento giuridico veniva stabilizzato dal potere sanzionatorio dello Stato, il dominio politico si avvaleva a sua volta, per essere accettato come legittimo, della forza legittimante del diritto sacrale da esso amministrato. Il diritto e il potere giurisdizionale del sovrano attingevano l’ aura del sacro dapprima dal collegamento con poteri mitici, più tardi dal richiamo a un diritto naturale di stampo

²⁵¹ Norbert Elias (*Über den Prozes der Zivilisation* (1938), 2 voll., Francke-Verlag, Bern 1969 (trad. it., *Il processo di civilizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1988) sviluppa il concetto di civilizzazione soprattutto per quanto riguarda la crescita delle capacità di autocontrollo socio-psicologiche nel processo di modernizzazione.

religioso²⁵². Dopo che nell'Impero romano lo strumento del diritto si differenziò dall'ethos della società, il diritto poté far valere la sua peculiarità e infine, grazie alla canalizzazione giuridica dell'esercizio del potere, dispiegare un effetto di razionalizzazione.²⁵³ Il potere dello Stato dovette essere secolarizzato e il diritto espresso in norme positive prima che la legittimazione del potere potesse dipendere da un consenso, giuridicamente istituzionalizzato, dei sottomessi al potere.²⁵⁴ “ Nelle sue vesti di teologo della politica Carl Schmitt scruta con sospetto questa tendenza alla civilizzazione, perché essa toglie al potere, con l'indebolimento del suo nucleo autoritario, anche l'aura sacrale.”²⁵⁵ La “sostanza” del “politico”, Schmitt la intende come la capacità di autoaffermazione di un potere giuridicamente costituito, al quale tuttavia non possono essere imposti vincoli normativi.²⁵⁶ Ancora all'inizio dell'età moderna secondo la lettura di Carl Schmitt, questa sostanza si era potuta manifestare nella lotta degli Stati sovrani contro nemici esterni

²⁵² J. Habermas, *Questa Europa è in Crisi*, Laterza, p.39

²⁵³ Questo processo è descritto dalla teoria dei sistemi come “ accoppiamento” dei sistemi parziali diritto e politica, differenziati fra loro dalla specificità dei rispettivi codici; cfr. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994.

²⁵⁴ J. Habermas, *Questa Europa è in Crisi*, Laterza, p.39

²⁵⁵ Heinrich Meier, *Die Lehre Carl Schmitt*, J.B. Metzler, Stuttgart 2004.

²⁵⁶ J. Habermas, *Questa Europa è in Crisi*, Laterza, p.40.

e interni. Essa si dissolve con le rivoluzioni costituzionali del secolo XVIII, in primo luogo all'interno dello Stato.”²⁵⁷ Così avviene, che lo Stato costituzionale “ trasforma i cittadini della società in cittadini democratici dello Stato; questo non conosce più nemici interni, bensì persino nel caso della lotta ai terroristi-soltanto delinquenti²⁵⁸. Una ratificazione giuridica avviene però solo dopo il fallimento della Società delle Nazioni e dalla fine della seconda guerra mondiale, “ che attraverso timidi tentativi mira a una limitazione internazionale delle sovranità statale”.²⁵⁹ Naturalmente aggiunge il giurista tedesco , l’evoluzione del diritto non si è attuata sinora né pacificamente né linearmente. Per quanto in quest’unica dimensione – come a suo tempo Kant riguardo alle conseguenze della Rivoluzione francese²⁶⁰- noi si voglia parlare in generale di conquiste, “ i progressi nella legalità” furono sempre conseguenze collaterali di lotte di classe, di guerre mondiali e altri

²⁵⁷ Ivi, p.40.

²⁵⁸ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932), Duncker&Humblot, Berlin 1969.

²⁵⁹ J.Habermas, *Questa Europa è in Crisi*, Laterza, p.41.

²⁶⁰ In *Strit der Fakultaten*(1789) Kant parla, con lo sguardo a questo evento, “ di un avvenimento della nostra epoca che attesta questa tendenza morale del genere umano. Invero è “ unicamente il modo di pensare degli spettatori che in questo gioco di grandi trasformazioni rivela pubblicamente” una disposizione al progredire nella morale (Kant, *Werkausgabe in zwolf Banden, a cura di Wilhelm Weischedel*, vol.XI, *Schriften zur Anthropogik, Geschichtsphilosophie, Politik und Padagogik I*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1968, pp.265-393, qui p.357 (trad.it., *Il conflitto delle facoltà*, Morcelliana, Brescia 1994)

crimini contro l'umanità. In questa dimensione del mutamento costituzionale ci spiega Habermas, si sono delineate innovazioni notevoli. La prima: gli Stati nazionali si subordinano al diritto posto in essere in termini sovranazionali; la seconda innovazione: una totalità di cittadini dell'Unione si divide il potere costituente con un numero limitato di "Stati costituenti", "che dai loro popoli ricevono un mandato per cooperare alla fondazione di una comunità sovranazionale."²⁶¹

Habermas, conclude certificando che se si considera lo sviluppo dell'Unione Europea da questa analisi che abbiamo descritto, la via a una Europa "capace di azione politica e legittimata democraticamente non è affatto bloccata. Anzi, ribatte ancora il giurista tedesco, con il Trattato di Lisbona il tratto più lungo della via è già alle nostre spalle. Il ruolo civilizzatore dell'unificazione europea si fa più che mai valere alla luce di un cosmopolitismo di vasta portata.

²⁶¹J.Habermas, Questa Europa è in Crisi, Laterza,p.42.

L'Unione Europea tra Welfare e "Stato debitore"

Il filosofo tedesco Habermas, nel suo libro "la spirale tecnocratica", cita Wolfgang Streeck, per argomentare la crisi della "solidarietà" in Europa. "Ai crescenti tassi di inflazione degli anni settanta segue un aumento dell'indebitamento nei bilanci pubblici e privati. Nel frattempo crescono le diseguaglianze nella distribuzione del reddito, mentre gli introiti statali si riducono rispetto alla spesa pubblica. In un contesto di crescente disuguaglianza sociale questi sviluppi portano ad una trasformazione dello Stato fiscale: " Lo Stato democratico –governato dai cittadini e, come *Stato fiscale* , da essi alimentato , diventa uno Stato democratico *debitore*(*Schuldenstaat*),dal momento in cui la sua sussistenza non dipende più solo dalle contribuzioni dei suoi cittadini, ma in misura rilevante anche dalla fiducia dei suoi creditori."²⁶² In Europa chiosa Habermas, la trasformazione dello Stato *fiscale* in Stato *debitore* costituisce lo sfondo del noto "circolo vizioso": le banche decotte sono salvate da quegli stessi Stati che esse hanno già mandato in rovina,

²⁶² Wolfgang Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krisedesdemokratischenkapitalismus*. Frankfurter Adorno-Vorlesungen 2012, Berlin 2013 p.119.

sicché il regime finanziario prevalente finisce per mettere sotto curatela le popolazioni. Il filosofo tedesco, parla di un'Unione monetaria europea, dove, la politica di quel consolidamento fiscale obbliga tutti gli Stati membri a seguire le stesse regole, a prescindere dai differenti livelli di sviluppo delle loro economie. “ Senza un contemporaneo rafforzamento del Parlamento europeo, questo affastellarsi di competenze nel Consiglio e nella Commissione non farà altro che approfondire lo sganciamento delle sfere pubbliche nazionali (e dei Parlamenti) dal concerto, distaccato e tecnocraticamente autonomizzato, dei governi succubi dei mercati.”²⁶³ E, ancora Steeck, “il consolidamento della finanza pubblica europea, avviato come risposta alla crisi fiscale, finisce per subordinare il sistema degli Stati europei agli investitori finanziari e all'Unione europea, dando luogo a una nuova forma di democrazia capitalistica europea che cementa i risultati di tre decenni di liberalizzazione economica.”²⁶⁴ A, questo punto, Habermas, scava nella storia dello Stato sociale, “ abbiamo visto come le aspettative di

²⁶³J.Habermas, *Nella spirale tecnocratica*, Laterza, p.54.

²⁶⁴W.Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krisedesdemokratischen Kapitalismus. Frankfurter Adorno-Vorlesungen 2012*, Berlin 2013, p.164.

solidarietà possano trasformarsi in pretese giuridiche.”²⁶⁵ Anche oggi aggiunge Habermas, è una questione di *solidarietà, non di diritto*, stabilire con quanta “diseguaglianza” i cittadini di una nazione benestante vogliono continuare a vivere. “ Solo la politica di un legislatore che sia sensibile alle pretese normative di una cittadinanza democratica può trasformare le richieste di solidarietà dei marginalizzati (o dei loro avvocati) in veri e propri diritti sociali.”²⁶⁶ Esiste, quindi uno stretto nesso concettuale tra “giustizia politica” e “solidarietà”. A proposito di “giustizia politica” e solidarietà, nel 2012 e il 2013, in Portogallo, il presidente conservatore Aníbal Cavaco Silva chiese alla

²⁶⁵ Hauke Brunkhorst parla del “trasformarsi della solidarietà attraverso il medium giuridico” in Idem, *Solidarität unter Fremden*, Frankfurt am Main 1997, pp.60 sgg.

²⁶⁶ Nello smantellamento delle conquiste sociali, lo sfondo di solidarietà sotteso ai diritti sociali torna a farsi evidente. Karl Max Einhuß, direttore della *Charité* berlinese, usa giustamente il concetto di solidarietà quando mette in questione –alludendo ai crescenti costi della tecnologia medica in un'intervista alla *Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung* del 30 dicembre 2012, p.2 – la parità di trattamento di tutti i pazienti (cioè quando ne tematizza i diritti acquisiti). “ Dovremo rinunciare a un pezzo di solidarietà. Epperò dovremo anche riflettere, in quanto società come possiamo ridurre al minimo questa offesa alla solidarietà. La decisione di *cosa può essere prescritto a chi* non deve ricadere sulle spalle del singolo medico”(gli autori dell'intervista citata- intitolata “ Finora ogni paziente può ricevere tutto”-sono Christiane Hoffmann e Markus Wehner). Perché qui non si parla di giustizia? Evidentemente, già oggi viene rimessa al senso (morale) di giustizia del *singolo* medico la decisione se prescrivere anche ai pazienti del servizio mutualistico le stesse medicine e gli stessi trattamenti garantiti dalle assicurazioni private. Per il momento, la giustizia interviene soltanto quando la disparità di trattamento diventa una questione di vita o di morte per il paziente(come s'è visto nello scandalo per i trapianti d'organo). Dunque ha ragione il direttore della clinica, nella sua intervista, a parlare non di “diritto” e “morale” bensì anzitutto di “solidarietà”. Infatti, in riferimento al tema che sta trattando- vale a dire la scabrosa, anzi scandalosa, questione di una selezione dei pazienti rispetto al costo delle cure –egli vorrebbe spostare la responsabilità dal medico privato alla politica. Per questo egli adotta la prospettiva del collettivo (della totalità dei cittadini) e non quella del singolo privato. Il problema della solidarietà entra in gioco quando ci si riferisce alla *totalità dei pazienti*, i quali – nell'ipotesi che si arrivi al punto, in questioni vitali, di privilegiarne alcuni a spese degli altri- sono tutti cittadini di una stessa comunità politica.

Corte costituzionale di prendere in esame il bilancio di austerità che la maggioranza di governo (a lui politicamente affine) aveva appena licenziato, in quanto non gli parevano accettabili – nel senso della giustizia politica – le conseguenze sociali del programma imposto dai creditori(in particolare , l’aggravio unilaterale su funzionari e impiegati statali, pensionati e socialmente assistiti). “ Così facendo il presidente tradusse nel linguaggio della giustizia politica quei disordini, e quelle proteste di strada, che nei paesi più colpiti dalla crisi chiedono solidarietà sia alle élites del paese sia ai cosiddetti paesi donatori.”²⁶⁷ Per Habermas, la solidarietà (giustiziasociale)²⁶⁸ ha una missione che vive non tanto nel passato, ma quanto un contesto di vita che organizza politicamente il futuro. E’ strano dice ancora il filosofo tedesco, ma il concetto di solidarietà compare molto tardi nella storia, soltanto in età recente, “laddove già negli antichi imperi, dunque a partire dal 3000 avanti

²⁶⁷J.Habermas, Nella spirale tecnocratica, Laterza, p.37.

²⁶⁸A.Padoa,Schioppa, Storia del diritto in Europa, Il Mulino, p.649, Alla giustizia ha dedicato un’opera importante e largamente discussa l’americano John Rawls. Nel tentativo di stabilire una linea di caratterizzazione della giustizia sociale che lasci congruo spazio alla libertà individuale, egli ha immaginato che la scelta di un individuo il quale in ipotesi non abbia nozione del proprio radicamento sociale dovrebbe essere orientata a privilegiare una normativa o una decisione che lasci all’altro il massimo di libertà compatibile con la propria libertà: un’impostazione che richiama la tesi espressa da Kant nella sua definizione di libertà.(J. Rawls,Una teoria della giustizia, 1971; trad. it. Milano, 1982,p221.

Cristo, il termine solidarietà si trova già nel diritto romano(nel diritto penale riguardante i debiti). Ma solo a partire dalla Rivoluzione francese del 1789 assume un significato politico, in realtà collegandosi inizialmente alla parola d'ordine "fraternità". Come motto di battaglia, la *fraternità* deriva dalla generalizzazione umanistica di una coscienza nata dalle religioni mondiali: risale cioè a quell'esperienza (allargante le prospettive) per cui la propria comunità locale era vissuta come parte di un'universale comunità di *tutti* i credenti. E' questo lo sfondo dell'idea di fraternità: un'idea derivata dalla secolarizzazione umanistica di un concetto religioso."²⁶⁹ Naturalmente la via che il filosofo tedesco percorre è quella del futuro dell'Unione europea. E il futuro dell'Unione, passa attraverso la "riorganizzazione" della solidarietà. Infatti, scrive Habermas, gli Stati sociali, sono oggi scivolati nuovamente, per via della globalizzazione economica, sotto la pressione esplosiva di interdipendenze che, economicamente generate, se ne infischiano delle vecchie frontiere nazionali. "Ancora una volta sono costrizioni sistemiche quelle che fanno saltare i vecchi rapporti di solidarietà e che

²⁶⁹ Ivi, p.39.

obbligano a ricostruire le forme statalmente frazionate dell'integrazione politica. Per salvare l'Unione monetaria non è più sufficiente – di fronte alle differenze strutturali delle economie nazionali- concedere crediti agli Stati indebitati, sperando che ognuno di loro riesca da solo ad aumentare la competitività²⁷⁰. Scrive Habermas, occorre uno sforzo cooperativo, che incrementi crescita e competitività di tutta l'eurozona. L'Europa di Habermas è stretta in una morsa senza uscita: “o danneggiamo in maniera irreparabile, rinunciando all'euro, il progetto dell'Unione europea che abbiamo perseguito nel dopoguerra, oppure approfondiamo l'Unione politica a partire dall'eurozona, in maniera tale da dare legittimità democratica, oltrepassando le frontiere, ai trasferimenti di valuta e alla messa in comune dei debiti. Non possiamo evitare la prima cosa senza realizzare la seconda.”²⁷¹

²⁷⁰ Ivi, p.40.

²⁷¹ Ivi, p.3.

L'Europa di Ulrich Beck

“Oggi il Bundestag tedesco decide sul destino della Grecia.” Febbraio 2012. La Camera dei Deputati tedesca votava il secondo “pacchetto di aiuti”, che era legato all’impegno da parte della Grecia di operare tagli incisivi sulla spesa pubblica e alla condizione che essa accettasse una riduzione della propria sovranità nella gestione del bilancio. Il sociologo tedesco già nel 2012 poneva una serie di domande sul contrasto tra due democrazie nazionali. “Quale democrazia dovrebbe prevalere? Con quale diritto? Con quale legittimazione democratica? Queste domande poste da Beck, impongono una riflessione approfondita sulla parola “crisi” che attraversa il modello di democrazia in Europa. Il principale errore ci dice Beck, che ha accompagnato la nascita dell’euro: in uno spazio economico di dimensioni continentali e con una popolazione corrispondentemente grande- “nacque un mercato comune con valuta parzialmente comune, mentre non fu fatto il passo verso una vera unione economico-politica, per cui non fu possibile coordinare efficacemente le

economie degli Stati dell'euro.”²⁷² Chiarisce ancora di più Beck, l'idea di un “nazionalismo reciproco”, “secondo il quale ogni Stato deve farsi carico direttamente dei propri problemi finanziari evitando conseguenze per gli altri, può funzionare in tempi di vacche grasse, ma in periodi di crisi non può che naufragare. D'altro canto gli avvenimenti dell'estate 2012 mostrano con grande brutalità come tutto sia strettamente intrecciato: se un paese va in bancarotta, trascina altri con sé.”²⁷³ La democrazia, secondo Beck è stretta in una morsa: da una parte il tentativo di alcuni Stati di “giocare” ancora la partita con vecchie regole che funzionavano bene nel recinto degli Stati nazionali; “E anche l'idea che la Germania e altri paesi che danno denaro possano controllare la politica di bilancio di altri paesi dell'euro attraverso il *Fiskalpakt* (patto fiscale) è legata in ultima analisi a una concezione di stampo nazionale. Qui pure le regole dovrebbero essere cambiate, e precisamente in maniera tale che in futuro diventi possibile una comune politica europea economica e finanziaria. Se invece ci si attiene alle vecchie regole, come pretendono di fare quelli che a Karlsruhe si sono scagliati contro la

²⁷² U.Beck, Europa Tedesca, Laterza, Bari, p.8

²⁷³ Ivi, p.8

realizzazione dell'ombrello di salvataggio permanente dell'euro ESM (*European Stability Mechanism*) e del patto fiscale, perché ai loro occhi ciò va contro il livello di budget del Bundestag garantito nella Costituzione, si vede subito che le vecchie norme e procedure sono davvero troppo complicate e lente per affrontare le sfide attuali.”²⁷⁴

Dall'altra parte ci racconta il sociologo tedesco, “il nuovo contratto sociale deve proteggere questa grande libertà cosmopolitica dalle violazioni degli ortodossi dello Stato nazionale, che hanno nostalgia di una nuova chiarezza e di nuovi confini. Ma è difficile che lo si possa fare difendendo la situazione quale è attualmente. La società europea degli individui è oggi esposta in fin dei conti alla minaccia di un capitalismo del rischio, che dissolve ambienti morali, appartenenze e sicurezze, produce nuovi rischi e li addossa alle spalle delle singole persone. La politica di risparmio, con cui l'Europa risponde oggi alla crisi finanziaria accesa dalle banche, viene percepita dai cittadini come una colossale ingiustizia: essi si trovano a dover pagare con la moneta sonante della propria esistenza per la leggerezza con cui i banchieri hanno polverizzato

²⁷⁴ Ivi, p.15

somme ingenti.”²⁷⁵ Lo spartiacque in Europaper Beck, è la questione sociale diventata, una questione globale, a cui non ci sono più risposte nazionali. “Ciò si avvicina o equivale, nel vecchio vocabolario, a una situazione pre-rivoluzionaria. L’anticipazione della catastrofe dispiega anche qui la sua forza di mobilitazione. Il nuovo contratto sociale, che voglia conquistare gli individui all’Europa, deve cercare di annunciare un periodo socialdemocratico a livello transnazionale, e di rispondere quindi alla domanda: come può l’utopia della sicurezza sociale essere ridisegnata in maniera così nuova da non dover finire più in uno dei due vicoli ciechi- la nostalgia dello Stato sociale nazionale o lo zelo riformistico dell’abbandono a se stessi neoliberale?”²⁷⁶ Le vecchie istituzioni, non reggono più la complessità globale, si aprono nuovi spazi per piccole e grandi rivoluzioni, siamo in un momento in cui cominciano nuove forme del “politico.” “Che direzione prenderà alla fine la trasformazione dell’ordinamento della società e della politica tipico dello Stato nazionale, è una questione di per sé aperta. Possiamo prefigurarci almeno due scenari del tutto diversi, che chiamerò scenari *hegeliano* e

²⁷⁵ lvi,p.73

²⁷⁶ lvi,p.74

scenario *Carl-Schmittiano*.”²⁷⁷ Il primo scenario: “ gli egoismi nazionali continuano a dare le risposte alla crisi fin tanto che il carro politico di nome Europa rimane aggrappato con le due ruote anteriori allo scoglio. In una situazione simile può darsi che la vista dell’abisso susciti forze salvatrici, se all’ultimo momento gli agenti operatori si rendono conto che gli altri percorsi solitari portano ineluttabilmente alla catastrofe. Si realizzerebbe allora, per così dire “alle spalle” degli operatori che agiscono in chiave di egoismo nazionale, l’imperativo cosmopolitico del “collaborare o affondare”. In questo senso l’”astuzia della ragione” (*List der Vernunft*) di Hegel ha qui una possibilità storica. Al centro di questo scenario ci sono due interrogativi: in che modo nell’epoca dei rischi globali si può riconquistare la capacità d’azione della politica? E: come si può realizzare la cooperazione transnazionale in maniera democratica? Come, per esempio, è possibile conciliare il potere di bilancio dei parlamenti nazionali e l’esigenza di reagire rapidamente e con decisione a nuovi eventi di crisi? Come possiamo rafforzare la democrazia a livello

²⁷⁷ Ivi, p.24,25.

europeo?”²⁷⁸ Lo scenario adesso *Carl-Schmittiano* che Beck definisce più fosco. “Come già detto sopra, l’anticipazione della catastrofe mette in moto il panorama politico, per cui si apre un gioco di strategia del potere. Nuove opzioni vengono messe sul tavolo, i rischi possono essere utilizzati come strumento di legittimazione ad agire. Qui la teoria della società del rischio viene a incontrarsi con le riflessioni di Carl Schmitt sullo stato d’eccezione.”²⁷⁹ “L’eccezione è più interessante del caso normale” afferma Schmitt. “La normalità non prova nulla, l’eccezione prova tutto; essa non solo conferma la regola, la regola vive in generale solo dell’eccezione. Nell’eccezione la forza della vita reale irrompe e spezza la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione.”²⁸⁰ Nello stato di eccezione, quindi nel “caso di necessità estrema”, nel caso in cui “messa in pericolo dello Stato o simili,”²⁸¹ è legittimo sospendere l’ordine esistente, per difendere il bene comune. “Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione.”²⁸² “Ma, in Schmitt, al centro c’è la logica della

²⁷⁸ Ivi, p.25.

²⁷⁹ Ivi, p.26

²⁸⁰ Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, neunte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 2009(1934), p.21

²⁸¹ Ivi, p.14

²⁸² Ivi, p.13

minaccia di guerra, mentre nel quadro della teoria della società del rischio c'è la logica del rischio. La società del rischio è una società (patentemente) rivoluzionaria, in cui stato di normalità e stato di eccezione non si possono più separare nettamente. Nella minaccia che mette in discussione la tenuta dell'euro e dell'Unione Europea si tratta implicitamente di uno stato di eccezione, non più limitato a singoli Stati nazionali.”²⁸³ Beck, sottolinea che “abbiamo a che fare con uno “stato di eccezione transnazionale”, che può essere sfruttato in maniera diversa(con legittimazione fornita da tecnocrati o per via democratica) da “ attori completamente diversi(uomini politici nazionali, esponenti non eletti delle istituzioni europee come la Banca Centrale Europea, movimenti sociali, ma anche manager di potenti gruppi finanziari.”²⁸⁴ Gli scenari che descrive il sociologo tedesco, non sono inconciliabili tra loro, ma nel contempo pongono altre domande. “Si metteranno insieme i tecnocrati dei diversi paesi e cercheranno di risolvere finalmente la crisi nei parlamenti nazionali e in quello europeo? Si faranno i populistici dei singoli Stati debitori legittimare “democraticamente” a uscire dall'euro

²⁸³ U. Beck, Europa Tedesca, Laterza, p.26.

²⁸⁴ Ivi, p.26,27

davanti ai sacrifici imposti dai tagli? E' possibile convincere i cittadini di tutta l'Europa a risolvere insieme e in maniera cooperativa la crisi?"²⁸⁵

Tante domande che portano dritti a una conclusione, " il rapporto di tensione fra la logica del rischio e la logica della democrazia- Dal fatto che i termini "Europa" e "democrazia" vengano usati come sinonimi si capisce bene quanto l'Unione Europea rappresenti un progresso rispetto alla storia imperiale, coloniale e nazionale dell'Europa. Ma nella logica del rischio globale si impone l'urgenza dell'azione rapida, che minaccia di mettere fuori gioco le regole della democrazia – la retorica della minaccia è sempre anche una retorica di legittimazione."²⁸⁶ La sintesi di questo lungo ragionamento di Beck è che l'Unione Europea può svilupparsi in due direzioni. In caso positivo riesce a superare in modo definitivo la storia bellicosa degli Stati nazionali e trovare la strada della cooperazione democratica. In caso negativo " le reazioni tecnocratiche alla crisi preparano la fine della democrazia; poiché le misure spacciate come necessarie vengono legittimate con la scusa della catastrofe incombente, ogni opposizione viene presentata come inammissibile, e in

²⁸⁵ lvi,p.27.

²⁸⁶ lvi,p.27

questo senso si governa in maniera assolutistica.²⁸⁷ Il nuovo contratto sociale potrebbe “salvare” l’Unione Europea, ma serve “mettersi alla ricerca di un’alleanza di nazioni cosmopolitiche che già siano in grado di assumersi il ruolo di avanguardia per riconquistare la propria posizione di potere e dignità nazionale in Europa e nel mondo.”²⁸⁸

²⁸⁷ Ivi, p.27,28.

²⁸⁸ Ivi, p.80.

Dopo la Democrazia

Ralf Dahrendorf in un libro²⁸⁹ di qualche anno fa confermava al suo intervistatore come un numero sempre maggiore di decisioni rilevanti vengono assunte in forum non democratici come le Nazioni Unite, la Commissione europea, la Banca mondiale, sia per quanto riguarda l'economia sia per quanto riguarda la difesa e la sicurezza. "Le decisioni stanno emigrando dal tradizionale spazio della democrazia(...) decisioni di vitale importanza non sono più assunte a Montecitorio, o a Westminster, e neanche in Capitol Hill, ma altrove(...) Se due grandi industrie vogliono fondersi, devono chiedere il permesso a Bruxelles, per i paesi che hanno adottato l'euro, i tassi di interesse sono stabiliti a Francoforte. E non sempre lo spazio cui queste decisioni si applicano è chiaramente definito. Eppure, in qualche modo, il caso delle organizzazioni internazionali è tutto sommato ancora meno grave, perché lì almeno si può quasi sempre identificare esattamente la sede in cui la scelta viene fatta, anche se questo non vuol dire che sia in alcun modo controllabile o modificabile. Ma le cose diventano perfino più

²⁸⁹R.Dahrendorf, Dopo la Democrazia, Intervista a cura di A.Polito, Laterza

complicate quando le decisioni vengono prese da *corporations* internazionali, perché in quei casi non è così semplice nemmeno individuare dove si è deciso. E' ciò che accade quando una grande multinazionale sceglie se investire in Galles o in Normandia, se chiudere impianti in Francia piuttosto che in Italia. Si tratta di scelte che hanno effetti su migliaia di vite umane, con conseguenze molto più ampie di quanto non avvenga per molte delle scelte operate dai governi nazionali. Non è davvero facile immaginare come si possa influire su queste decisioni; e certamente si può dire che esse sono estranee al processo democratico. Ci sono poi gli effetti del movimento internazionale dei capitali, che gode per molti aspetti di una libertà senza controlli.(...) La speculazione contro la sterlina condotta da George Soros ha avuto effetti molto importanti per l'economia e la politica britannica, oltre che per Soros stesso, il quale vi realizzò un ingente profitto. Trovo significativo che, dieci anni dopo, lo stesso Soros sia diventato uno dei maggiori sostenitori della necessità di un sistema di controlli internazionali, di regole cioè che impediscano ad altri di avere in futuro lo stesso successo

che lui ebbe in quell'occasione. Questo complesso di decisioni prese al di fuori del processo democratico, fanno oggi apparire la democrazia totalmente impotente.”²⁹⁰ Aggiunge lord Dahrendorf a proposito ancora di democrazia: “la creazione di nuove ineguaglianze è ovviamente una caratteristica di ogni sviluppo capitalistico. Avvenne anche agli albori della società industriale. Con una differenza, i poveri di allora erano necessari come forza-lavoro ai capitalisti; i poveri di oggi, invece, non sono necessari alla “classe globale.”²⁹¹ Democrazia e globalizzazione, crisi dello Stato e questione sociale.

²⁹⁰ Ivi, p.14,15.

²⁹¹ Ivi, p.21.

Conclusioni

Il lavoro svolto da questa tesi, analizza la crisi dello Stato dall'inizio del secolo scorso, dove "il rapporto fra Stato e luogo, assume valore costitutivo della potestà d'imperio,"²⁹² dove il territorio si fa cosa dello Stato, il quale perciò ne ha il governo e ne difende i confini. "Il governo della casa è bensì territoriale, ma abbraccia i cittadini ovunque essi si trovino."²⁹³ Lo Stato nazional-territoriale, scrive Irti, è chiuso nella figura geometrica della sfera. "Questa chiusura è sì un "chiudere" all'esterno, un'impenetrabilità da fuori verso dentro, ma anche designa un'unità giuridica e politica,(...) luogo della politica e luogo del diritto coincidono perfettamente."²⁹⁴ E così mentre "politica" e "diritto" coincidono perfettamente, gli scambi economici "per inesauribile ricerca del profitto" non conoscono luoghi "terreni", ma inseguono il "dovunque", rompendo la distinzione tra "stranieri" e "cittadini". Così, mentre lo Stato si rinchiude dentro la territorialità, i "traffici economici" cercano la spazialità, non coincidendo più con la vocazione del

²⁹²N.Irti, Norma e Luoghi.Problemi di geo-diritto, Laterza,p.6.

²⁹³ Ivi,p.7

²⁹⁴ Ivi,p.9

“politico” e del “giuridico”. Nello stesso tempo però, anche il diritto degli Stati, ci racconta Irti, si trova nella necessità “d’inseguire la dilatazione spaziale degli scambi.”²⁹⁵ È il 1909, che a Pisa, Santi Romano “parla” nella sua prolusione di crisi dello Stato moderno, teorizzando la pluralità degli ordinamenti giuridici, “lo svincolamento del diritto dallo Stato, il suo collegamento con la globalità del sociale.”²⁹⁶ Il giurista siciliano, coglie l’immagine di uno Stato che fa fatica a “leggere” i mondi nuovi dell’associazionismo. Lo Stato, secondo Romano, non domina ma è dominato da questo movimento sociale che “si governa con leggi proprie” e assume “un atteggiamento antagonista di fronte allo Stato” e tenta di sostituirsi ad esso, producendo “una decomposizione dello Stato moderno.” Dalla prolusione di Santi Romano, sino al tempo nuovo che viviamo (globalizzazione), lo Stato non si è certo dissolto ma è indubbio che abbia subito e continua a subire una inesorabile “trasformazione.” “Evoluzione” della forma-Stato – che adeguandosi al mondo economico tende a trasformarsi in “associazione privata, dominata dalla razionalità del diritto privato”;

²⁹⁵ Ivi, p.10

²⁹⁶ S.Romano, L’ordinamento giuridico(1918), Sansoni, Firenze 1946.

così, la globalizzazione “giuridica” certifica l’emergere di nuovi attori “senza città” “senza luoghi” che consolidano un diritto globale senza intervento del “nomos”, inteso con le parole di Schmitt: *Il nomos della Terra*, che il “diritto è terraneo e riferito alla terra”. Lo Stato nel tempo della globalizzazione si sta “permeando” allo spazio. Ma, la crisi della forma –Stato è inarrestabile. Una crisi che si articola su tre dimensioni; 1) transnazionalizzazione; 2) devoluzione; 3) privatizzazione. In merito alla transnazionalizzazione, abbiamo potuto notare in questa tesi come molte delle funzioni che erano dello Stato, che sia *de jure* oppure *de facto*, risultano “consumate” dagli organismi internazionali: l’Unione Europea, le Nazioni Unite, la Nato, il Fondo monetario internazionale. In merito alla devoluzione, prende sempre più forma la richiesta degli enti territoriali per una maggiore autonomia e per una nuova *governance multilivello*. Lo Stato- moderno subisce anche la crisi del “comparto della privatizzazione”. “Con ciò s’intende l’alleggerimento di comparti tradizionali, come l’erogazione dei servizi di Welfare e la produzione industriale, nei cui ambiti si verifica con sempre maggiore frequenza

l'abbandono del controllo diretto di aziende strategiche e di pubblico servizio.”²⁹⁷ La tesi verifica come alla crisi della moderna statualità, crisi e “trasformazione” dello Stato hobbesiano, si consuma anche una rivincita del modello giuridico americano rispetto a quello continentale ed europeo, come si evince dal rinvigorire del “potere giudiziario.” Ma rispetto a temi complessi, come globalizzazione e diritto, sentiamo le parole del giurista Catania: la filosofia e la teoria generale del diritto devono tener dietro alle trasformazioni epocali, pur fedeli a un metodo il più possibile scientifico, per riuscire ancora capaci di descrivere ed illuminare il complesso diritto vigente. L'indebolimento dello Stato sovrano deve innanzitutto, secondo Catania, affiancare al “modello ordinamentale “ un modello di tipo “organizzazionale”, in parte mutuato dalla prospettiva istituzionalista di Santi Romano: opportunamente aggiornata, infatti, essa sembra più in grado di cogliere la complessità sociale del mondo globale e delle reti “relazionali” di *governance*²⁹⁸. La tesi svolta ha analizzato come il cambiamento in atto ha prodotto un

²⁹⁷ L.Grifone Baglioni, Stato-nazione, binomio in crisi?, Società Mutamento Politica, issn, Vol.I , n.2 , pp.123-135, 2010 www.fupress.com/smp-Firenze University Press

²⁹⁸ A.Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008

arretramento del “politico” rispetto alla spazialità degli scambi economici, tanto che sempre più Stati sono “diventati” funzionali al mercato. Ma, la “rivoluzione” in atto è epocale, e spesso con la complicità degli Stati a favore della finanza internazionale; stati che con le “non decisioni”, per lo più da parte degli USA hanno forgiato il mercato finanziario nei suoi termini attuali.²⁹⁹ La non- decisione si addice bene alla globalizzazione dei mercati, ma le diverse politiche monetarie dimostrano che “ le frontiere ancora contano.”³⁰⁰ Un altro tema della tesi è il rapporto tra democrazia e globalizzazione. “Le decisioni stanno emigrando dal tradizionale spazio della democrazia.”³⁰¹ Le decisioni emigrano dagli spazi della democrazia , attraverso le figure dei consulenti e degli esperti del sapere giuridico, che abitano ormai stabilmente nei “palazzi” del potere economico, che non si limita a elaborare quell’insieme di *technycalities* e nuove modalità di scambio “note come *lex mercato ria*, ma fa di più: cattura pezzi del sistema di legittimazione che è proprio del diritto, incorporato nel sistema

²⁹⁹ Strange, Chi governa l’economia mondiale?, cit., pp. 29 ss.

³⁰⁰ Strange, States and Markets, cit., p.91

³⁰¹ R. Dahrendorf, Dopo la democrazia, Bari, Laterza, p.13.

produttivo. E' per questo che nasce l'esigenza di un diritto globale, ossia sufficientemente generalizzato da decontestualizzarsi rispetto ai vari stati."³⁰² Queste nuove forme di "intelligenza giuridica," per riprendere ancora il pensiero della giurista Ferrarese, "costruiscono" regole giuridiche che non sono un prodotto finito, ma piuttosto "di un continuo *work in progress*, che progetta sempre nuove condizioni organizzative e soluzioni giuridiche per gli scambi."³⁰³ Così i *mercanti del diritto* accanto alle regole giuridiche tradizionali "impacchettano" ogni desiderata dei mercati al fine di rispondere di volta in volta con la "regola giuridica" più giusta al momento. Si capisce che lo svuotamento dei luoghi deputati a organizzare democrazia e "diritto" è totalmente inarrestabile, ma qui ci permettiamo di prendere a prestito le parole di Angelo Falzea che temeva e denunciava la "resa del pensiero". Il lavoro di questa tesi è anche un inno a non arrendersi alla "nientità" dell'artificialità di questo tempo.

³⁰² M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della Globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, p.41.

³⁰³ Si veda Dezalay, *I mercanti del diritto*, cit.

Bibliografia

Acocella G., (a cura di) *La Legalità ambigua*, G.Giappichelli, 2013, Torino

Bauman Z., *Modus vivendi, Inferno e Utopia del mondo liquido*, Laterza, 2009, Roma-Bari

Bauman Z., *Dentro la Globalizzazione, Le conseguenze sulle persone*, Laterza, 2001, Roma- Bari

Bauman Z., *Danni collaterali*, Laterza, 2014, Roma-Bari

Bauman Z., Bordoni C., *Stato di crisi*, Einaudi, 2015, Torino

Beck U., *Un mondo a rischio*, Einaudi, 2003, Torino

Beck U., *Europa Tedesca*, Laterza, 2013, Roma-Bari

Beck U., *Che cos'è la Globalizzazione*, , 1999, Roma

Beck U., *Potere e contropotere, nell'età Globale*, Laterza, 2010, Roma-Bari

Bobbio N., *Studi hegeliani, diritto, società civile, stato*, Einaudi, 1981, Torino

Bobbio N., *Dalla Struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, 1977, Milano

Bobbio N., Stato, governo, società, per una teoria generale della politica, Einaudi Paperbacks, 1985, Torino

Bottai G., Santi Romano, in scritti giuridici in onore di Santi Romano, vol. I, Cedam, 1940, Padova

Cacciari M., Geo-filosofia dell'Europa, , Milano, 1994

Capograssi G., Saggio sullo Stato, (1918) in Opere, cit. vol.I

Capograssi G., Note sulla molteplicità degli Ordinamenti giuridici (1936, 2 ediz. 1939) ora in opere Giuffrè, 1959, vol.IV, Milano

Cassese S., La crisi dello Stato, Laterza, 2002, Roma-Bari

Cassese S., relazione Consiglio di Stato, Associazione dei Costituzionalisti, conclusione giornata di studio su “ Lo stato moderno e la sua crisi”, Roma, 2011

Catania A., Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale, laterza, 2008, Roma-Bari

Dahrendorf R., Dopo la democrazia, intervista (a cura di) Antonio Polito, Laterza, 2001, Roma-Bari

De Giovanni B., Crisi e legittimazione dello Stato, in Critica marxista,6 , 1979

De Giovanni B., *Alle origini della Democrazia di massa, I filosofi e i giuristi*, Editoriale Scientifica, 2013, Napoli

Dezalay I., *I mercanti del diritto*, Giuffrè, 1997

Elias N., (*Überden Prozes der Zivilisation*(1938), Francke-Verlag, Bern 1969(trad. it., *il processo di civilizzazione*, Il Mulino, 1988, Bologna)

Enzesberger H. M., *Il mostro buono di Bruxelles, ovvero l'Europa sotto tutela*, Einaudi, 2013, Torino

Ferrarese M.R., *Le istituzioni della Globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000, Bologna

Ferrarese M.R., *Potere e competenza nelle professioni giuridiche*, "Sociologia del diritto", n.1/1992

Fioravanti M., *Appunti di Storia delle costituzioni moderne, le libertà fondamentali*, Giappichelli, 1955, Torino

Forsthoff E., *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, (1954), in *Stato di diritto in trasformazione*(1964) a cura di C. Amirante, trad. it. L.Riegert- C., Amirante, Giuffrè, Milano ,1973

Forsthoff E., *Begrif und Wesendessozialen Rechtsstaates. Die auswartige Gewalt der Bundesrepublik*, Bonn, 1953

Gradilone A., *Storia del sindacalismo*, III, 2, Giuffrè, Milano, 1959

Grifone Baglioni L., Stato-nazione, binomio in crisi? Società Mutamento Politica (www.fupress.com) Firenze University press, 2010

Grilli di Cortona P., Stati, nazioni e nazionalismi in Europa, Il Mulino, Bologna, 2003

Habermas J., Questa Europa è in crisi, Laterza, Roma-Bari, 2012

Habermas J., Nella Spirale tecnocratica, Laterza, Roma- Bari, 2014

Heller H., La sovranità, contributo della teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale, Milano, 1987

Hobbes T., Leviatano, (saggio introduttivo di Carlo Galli) Rizzoli Bur, Milano, 2011

Hurst, law and Markets in United States History

Irti N., Nichilismo giuridico, Laterza, Roma-Bari, 2004

Irti N., Norma e Luoghi. Problemi di geo-diritto, Laterza, Roma-Bari, 2001

Luongo A., Lo “Stato Moderno” in trasformazione, Momenti del pensiero giuridico italiano del primo Novecento, Giappichelli, Torino, 2013

Machiavelli N., Il Principe (1513),

Matteucci N., Lo Stato moderno, lessico e percorsi, Il Mulino, Bologna,1993

Meier H., Die lehre Carl Schmitt, J. B. Metzler, Stuttgart ,2004

Poggi G., Lo Stato. Natura, sviluppo,prospettive, Il Mulino, Bologna

Pozzi G., Lo Stato, Bologna , 1992

Romano S., Lo Stato Moderno e la sua crisi, Saggi di diritto costituzionale, Giuffrè, Milano, 1969

Romano S., L'ordinamento giuridico,(1918) Sansoni, Firenze, 1946

Romano S., Oltre lo Stato, in scritti minori,vol. I, Giuffrè, Milano, 1950

Schioppa Padoa A., Storia del diritto in Europa, Dal medioevo all'età contemporanea, Il Mulino, Bologna,2007

Schmitt C., Politische Theologie. Vierkapitelzurlehre von der Souveranitat, neunte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 2009 (1934)

Schmitt C., Le categorie del "politico", Il Mulino, Bologna

Schmitt C., Terra e mare, a cura di A. Bolaffi, Milano, 1986

Schmitt C., Der Begriffdes Politischen (1932), Duncker & Humblot, Berlin, 1969

Strange S., States and markets, ed. Black well Pub, 1988

Strange S., Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello Stato e dispersione del potere, Il Mulino, Bologna, 1998

Streeck W., Gekaufte Zeit. Die vertagte Krisedesdemo kratischen Kapitalismus. Frankfurter Adorno- Vorlesungen 2012, Berlin 2013

Terni M., Stato, Bollati Boringheri, Torino, 2014

Tessitore F., Crisi e trasformazione dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra otto e Novecento, Morano 2 ed., Napoli, 1971

Weber M., Wirtschaftund Gesellschaft, Tubingen, Mohr; trad. it. Economia e società, V voll., Comunità, Milano, 1955

Zagrebelsky G., Il diritto mite, Einaudi, Torino, 1992

Indice

Introduzione	p. 2-6
CAPITOLO I	
Per una definizione di Stato	p.17-12
Dallo Stato di diritto allo Stato di Rappresentanza	p.17-21
La Crisi dello Stato e Lo Stato Minimo	p.22-25
Santi Romano: la teoria dell'istituzione e la crisi dello Stato	p.26-31
La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno	p.32-36
La crisi dello Stato in Santi Romano e il "diritto pubblico"	p. 37-39
La crisi dello Stato e Giuseppe Capograssi	p.39-43
Lo Stato sociale di diritto in Ernst Forsthoff	p.44-46

CAPITOLO II

La crisi della sovranità dello Stato e le autorità indipendenti	p. 47-50
Lo Stato e il nuovo diritto degli “Spazi”	p. 51-64
Nuovi Paradigmi per lo Stato	p. 65-78
Il declino degli Stati e il nichilismo giuridico	p. 79-81
Diritto Globale: civil law e common law	p. 82-83
Gli Attori del diritto globale	p.84-92

CAPITOLO III

Il Leviatano: delle cause, della generazione e della definizione di uno Stato	p.93-102
Lo Stato il meta-potere dell’economia e il meta-potere della società civile	p.103-111
Lo Stato e la crisi di rappresentanza in Zigmunt Bauman	p.112-116
Lo Stato neoliberale e gli Stati transnazionali	p. 117-120
Verso una società senza Stato sociale	p.121-126

CAPITOLO IV

L'Europa e il suo destino	p.127-131
L'Europa di Jurgen Habermas	p. 132-138
L'Unione Europea tra Welfare e "Stato debitore"	p. 139-144
L'Europa di Ulrich Beck	p.145-153
Dopo la Democrazia	p.154-156
Conclusioni	p. 157-162
Bibliografia	p. 163-168