



Dal potere legale ai poteri globali. Legittimità e misura in politica

Pierangelo Schiera

Scienza & Politica - Quaderno N. 1

2013



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

ISBN: 9788898010073



AlmaDL
Source: www.almaDL.org



QUADERNI DI SCIENZA & POLITICA

Collana diretta da Pierangelo Schiera

ISSN della collana: 2465-0277

Editore: Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali – Università di Bologna

Comitato Scientifico Nazionale

Stefano Visentin (Università di Urbino), Fabio Raimondi (Università di Salerno), Paola Persano (Università di Macerata), Giovanni Ruocco (Università La Sapienza), Mario Piccinini (Università di Padova), Antonino Scalone (Università di Padova), Tiziano Bonazzi (Università di Bologna), Maurizio Merlo (Università di Padova), Ferdinando Fasce (Università di Genova).

Comitato Scientifico Internazionale

Daniel Barbu (University of Bucharest), Gerhard Dilcher (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), Brett Neilson (University of Western Sidney), Carlos Petit (Universidad de Huelva), Ranabir Samaddar (Mahanirban Calcutta Research Group), George L. Stoica (University of Bucharest), Michael Stolleis (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), José M. Portillo Valdés (Universidad del País Vasco), Marco Antonio Moreno Perez (Universidad Central de Chile), Judith Revel (Université Paris Ouest Nanterre La Défense), Paolo Napoli (École des Hautes Études en Sciences Sociales - Paris), Jorge Olvera Garcia (Universidad Autónoma del Estado de Mexico).



Frutto di un'indagine condotta per tappe successive, questo scritto pone sul tappeto le questioni preliminari che Schiera ha incontrato nella ricerca sul DOPO dello Stato moderno, cioè sul suo futuro.

Legalità e legittimità ne sono stati storicamente i materiali di costruzione principali, secondo una composizione variabile ma fondamentalmente basata sul principio di autorità che richiede disciplina, cioè obbedienza di molti al comando di pochi. La legge è stata lo strumento razionale - perciò condiviso - di organizzazione del difficile rapporto.

Obbligazione politica derivante da una coscienza razionale ancora precedente: quella dell'insaziabile melancolia dell'essere umano, geneticamente portato alla socialità, ma naturalmente incapace di viverla passivamente. Da qui la costituzionale faziosità comunitaria che va oltre il dato delle differenze di condizione (status) per deviare su sempre nuovi obbiettivi (*Border*).

L'uomo e il territorio: entrambi sempre più grandi e incontrollabili. Nuovi spazi e nuovi bisogni, a cui il canto della legge giunge più flebile, perché si è astratto, nel tempo, rendendosi incomprensibile. Necessità di trovare misura. Che la legge torni misura per poter essere regola. E che questa misura torni a essere, per quanto possibile, quella dell'uomo. Che deve partecipare al concerto, se vuole; ma deve volerlo, se può; ma può, perché, come sempre, la tecnica glielo consente.

Infine, il grande ruolo dell'amministrazione, da rendere una gabbia di seta e non d'acciaio, per co-stringere gli uomini alla partecipazione e alla solidarietà, che potrebbero essere, nel mondo globale, la nuova forma dell'obbligazione alla convivenza.

This work is the result of an investigation conducted in different phases. It poses some preliminary issues that Schiera has encountered during his research on the AFTERMATH of the modern State or, in other words, on the future.

Legality and legitimacy have historically been the main materials for State-building, funded on a variable composition essentially based on the principle of authority which demands discipline, that is to say the obedience of the many to the command of the few. The law has been the rational instrument – and therefore a shared one – of the organization of this difficult relation.

Political obligation derives from a rational awareness which precedes it: that of the insatiable melancholy of a human being genetically made for sociability, but naturally incapable of living it in a passive way. From here derives the constitutional communitarian factiousness, which goes beyond the differences of conditions (status) deviating on new aims (Border).

Man and territory: both growing bigger and uncontrollable. There are new spaces and new needs, to which the law's chant arrives with a more and more feeble sound, because it has dispersed itself in time, becoming unintelligible.

There is a necessity to find a measure. Let the law return to measure in order to be rule. And this same measure should be, for what is possible, the one of man and woman. They must participate in the concert, if they want to; but they must want to, if they can; but they can, because, as usual, technique allows them to.

And finally comes the great role of administration, that we must render a silk cage and not an iron one, in order to tie men and women into participation and solidarity, which, in the global world, could become the new form of obligation to cohabitation.



Pierangelo Schiera è Professore Emerito di Storia delle Dottrine politiche e Presidente della Fondazione Roberto Ruffilli di Forlì.

Tra le sue opere più recenti ricordiamo *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna 2004; *La misura del ben comune*, Macerata 2010; *El Constitucionalismo come discurso político*, Madrid 2012.

La sua mail è: schiera@me.com

Il **Quaderno** n. 2 di **Scienza & Politica** sarà: Raffaella Sarti, *Servo e padrone, o della disuguaglianza*.



I. LEGITTIMITÀ MISURA DI MELANCOLIA

<i>L'uomo che mangia</i>	7
<i>Dalla melancolia alla giustizia</i>	16
<i>Giustizia come forma storica di misura</i>	26

II. TRA GOVERNANCE E GOVERNMENT

<i>Storia costituzionale e strutture di governo</i>	33
<i>Stati e mercati: con quale diritto?</i>	43
<i>La governance oltre i confini statali</i>	58

III. LA MISURA IN AMMINISTRAZIONE

<i>Un titolo "su misura"</i>	71
<i>Pubblica amministrazione e cittadini</i>	89
<i>La misura dell'amministrazione</i>	112

I. Legittimità misura di melancolia

L'uomo che mangia

«La crisi dei paradigmi epistemici del Moderno inizia con la critica degli ideali dell'Illuminismo (che del pensiero moderno appare il precipitato), basati sul “pregiudizio” di voler fare a meno di ogni pregiudizio». Non a caso quel “precipitato” comprende anche la crisi della medicina antica, la quale «è un sapere-potere che si fonda sulla capacità di vedere e di stabilire relazioni all'interno di una totalità, a sua volta non data ma costruita come plesso relazionale»¹.

Subisco, da dilettante, il fascino del richiamo alla medicina antica fin da quando – nel corso delle mie prime riflessioni sul tema caro della melancolia – ho registrato le osservazioni di Jackie Pigeaud sulla «psicopatologia degli antichi»². A parte la pos-

¹ Sono le parole, rispettivamente, d'avvio e quasi di chiusura della lezione magistrale di De Santis all'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (F.M. DE SANCTIS, *Radici mediche della “filosofia pratica” nel pensiero antico*, Napoli 2009, p. 9). Questo primo capitolo rappresenta la rielaborazione di un'analoga lezione da me tenuta nella stessa sede nel giugno 2011.

² J. PIGEAUD, *La maladie de l'âme. Étude sur la relation de l'âme et du corps dans la tradition médico-philosophique antique*, Paris 1981. Alle pp. 10-13 il chiaro riferimento alla melancolia, rapportata al dato, culturale e medico, del mangiare: «La maladie de l'âme vient de ce que nous avons un corps. Cette formule est vraie de bien des façons. Cela va de cette tristitia, de ce taedium vitae, de cette mélancolie



sibilità di far partire da lì una sorta di *psychosociologie historique* che credo molto utile a comprendere ciò che accade nel lunghissimo periodo, all'interno di blocchi di civiltà omogenei³, quel che mi preme fissare come punto di partenza del discorso è il valore semantico basilare della “mia” melancolia come punto d'incontro, quasi logico, della medicina (come primissima attenzione dell'uomo verso un se stesso separabile dagli altri animali e dagli altri individui umani) con la filosofia (seconda immediata

où médecins, poètes et philosophes, Hippocrate comme Lucrèce, comme Cicéron et Sénèque ont leur mot à dire, et qui repose sur l'évidence douloureuse que nous sommes mortels, jusqu'à la définition plus technique, plus précise, de la maladie de l'âme comme manie ou ignorance chez Platon, ou comme passion chez les Stoïciens [...] L'homme relève de l'histoire (Heidegger). Il se définit dans l'histoire. Cette histoire c'est le passage de l'animalité à la civilisation, de la nature à la culture; et cette histoire a comme moteur la souffrance [...] la colique institutrice [...] L'homme, en mangeant, apprend qu'il est un être différent, un être de la différence... L'homme apprend, par son alimentation, qu'il est autre»; e, per concludere questi spezzoni di citazione: «La médecine et l'éthique ne se sont pas développées comme deux techniques indépendantes, elles sont liées profondément par une certaine conception de l'homme» (p. 23).

³ Cfr. I. E. DRABKIN, *Remarks on Ancient Psychopathology*, «Isis», 46/1955 e F. BIL-LACQIS, *Le duel dans la société française des XVIe-XVIIe siècles. Essai de psychosociologie historique*, Paris 1986; ma forse, meglio di tutti, N. LORAUX, *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris 1997, che sostiene (p. 26) – partendo da una sorta di contrapposizione tra prospettiva storica e antropologica nella ricostruzione, per noi oggi, della democrazia ateniese – che gli antropologi sono per *la cité égalitaire du consensus...* mentre per gli storici è importante la *décision et le combat...*: così la prima diventa ideologia necessaria per la seconda, contro proprio la divisione (*stasis*) che sempre la minaccia. Per poi esporre sinteticamente la sua tesi: «comme si la mémoire de la cité se fondait sur l'oubli du politique comme tel» (p. 38), il quale ultimo, alla fine, serve a fondare il nuovo *politique*, quello che appunto impedisce la *stasis*: infatti «politikòs est le nom qui sait acquiescer à l'oubli» (p. 39). Più specificamente, sul nesso necessario tra psicologia e storia, va visto il capitolo III *L'âme de la cité*, pp. 59 ss.

attenzione sotto specie di osservazione del mondo – fisica/geometria – e dell’essere umano – etica/politica)⁴.

Dell’osservazione iniziale presa a prestito da De Sanctis, mi preme l’insistenza puntuale su una realtà (che lui chiama «totalità») intesa come «plesso relazionale», entro cui si tratta in primo luogo di «vedere e stabilire relazioni». Ora, la modalità di base per fissare relazioni fra grandezze diverse all’interno di un quadro omogeneo è la misura⁵. Criterio antichissimo, a forte connotazione pratica, in quanto inevitabilmente legato a punti fissi e non derogabili della natura sia fisica (gli appezzamenti di terreno che il faraone in Egitto distribuiva ai sudditi, per poi ricavarne imposte: ma occorre prima misurarli!), sia psicologica (fino al bisogno che ha l’uomo di «conoscere come commisurarsi»⁶). Legato cioè a segni concreti (*semeia*), capaci di essere individuati e interpretati e divenire icona grazie all’immaginazione che è la fonte della scienza e dell’arte. Tra i segni e l’icona, tra la geometria e l’etica (per non dire dell’estetica), la misura occupa un

⁴ J. PIGEAUD, *La maladie*. Nel riportare a Ippocrate (che ne scorge i sintomi in paura e tristezza: *Aforisma VI, 23*) l’origine del problema (prima dunque che ci arrivi il *Problema XXX* della tradizione peripatetica), osserva: «En somme, la mélancholie est la pointe la plus avancée de la réflexion médicale vers la philosophie» (p. 124).

⁵ M. BONTEMPI, *L’icona e la città. Il lessico della misura nei Dialoghi di Platone*, Milano 2006, chiarisce, fin dalla *Premessa*: «E fin dal semplice uso linguistico la misura risulta nucleo problematico che impone, da un lato, di perimetrare ogni cosa nella sua peculiarità e ragione intima e, dall’altro, di superare l’istantaneità e la particolarità del dato – che non basta a se stesso, non è a sé misura – per aprirsi a una dimensione di compiutezza, totalità» (p. 23).

⁶ *Ibid.*, p. 24.



grande ruolo nella nostra fase di civiltà, accompagnando, mi pare, la crescita della dimensione individuale umana nella dimensione societaria o anche comunitaria in cui soltanto la prima si può mantenere.

Questa mi pare essere, in due parole, la struttura che soddisfa l'esigenza (o bisogno) che sta alla base di quell'artificio istituzionale – e dunque culturale – prettamente occidentale che è la politica. In maniera altrettanto strutturale, è sulla base della sofferenza indotta da questa relazione-misura tra individuo e comunità (o anche ambiente) che insiste il mio tentativo di ricostruzione della politica come prodotto, ma soprattutto come risposta alla melancolia originaria dell'”uomo che mangia”, che cioè s'incivilisce. Aggiungo solo – e questa è per me novità – che la molla che tiene in tensione la relazione tra politica e melancolia mi sembra essere, di necessità, la misura, intesa nel duplice senso (ma ciascuno unico in sé) del controllo “interno” su se stesso che ogni “uno” deve continuamente esercitare, soprattutto per quanto riguarda i suoi rapporti verso gli altri, e del controllo “esterno” che viene esercitato su tutti (da parte dell'autorità costituita) perché concretamente e per davvero quei rapporti verso gli altri si svolgano in maniera corretta, cioè consona e confacente ai bisogni di tutti, ovvero sia al “bene comune”. L'uomo deve essere “quadrato”, come diceva Celso, ponendo in primo piano il rap-

porto tra estetica e medicina ma forse anche quello tra Policletto e Ippocrate⁷.

Lo stesso tema si trova, sotto forma di *homo tetragonus*, nell'affresco del *Buongoverno* rivisitato da Maria Monica Donato ad Asciano nei pressi di Siena⁸. E da qui il passo è brevissimo, e obbligato, al grande ciclo lorenzettiano, su cui ho recentemente offerto un supplemento di lettura proprio in chiave di “misura”, come sintesi del *ben comune*, fatto di Pace, Giustizia, Concordia e Temperanza⁹. Nel gioco di virtù (che è solo una tessera di quello più grande della guerra tra vizi e virtù che ha occupato grande spazio nell’esperienza didattica, letteraria, civile e politica del medioevo¹⁰) in cui Ambrogio Lorenzetti tira i fili del suo “teatro

⁷ J. PIGEAUD, *Homo Quadratus. Variations sur la beauté et la santé dans la médecine antique*, in «Gesnerus. Swiss Journal of the History of Medicine and Sciences», 42/1985, pp. 337-552, che osserva: «Galeno concepisce la crasi come miscela media, fatta di uguaglianza fra gli elementi e pone quest’ultima come norma e come misura. Questa idea regolatrice evoca il canone di Policletto (il Doriforo), che infatti Galeno qui cita» (p. 340).

⁸ M.M. DONATO, *Testi, contesti, immagini politiche nel tardo Medioevo: esempi toscani. In margine a una discussione sul Buon governo*, in «Annali dell’Istituto storico italo-germanico», 19/1993, pp. 305-355.

⁹ P. SCHIERA, *La misura del ben comune*, Macerata 2010.

¹⁰ Culminante nei meravigliosi bassorilievi dei portali di molte chiese romaniche in giro per l’Europa: cfr. A. KATZENELLENBOGEN, *Allegories of the Virtues and Vices in Medieval Art from Early Christian Times to the Thirteenth Century*, London 1939 ma non si trascuri il fatto che anche il ciclo lorenzettiano consta di tre parti, di cui io stesso sono solito considerare solo le due “buone” (effetti del buongoverno) mentre è necessario non trascurare la necessaria e esplicita tensione di esse con la terza parte “cattiva” (effetti della tirannia) senza la quale va perduta gran parte della “sanzione” contenuta nel “progetto misura” che Ambrogio intende, nel complesso, rappresentare. Importanti e precise le osservazioni di M. SEIDEL, *Dolce vita. Ambrogio Lorenzetti's Portrait of the Sienese States*, Basel 1999.



politico” senese, proprio la *temperantia* occupa una posizione mediana, alla sinistra del gran vecchio del *Comune*, tra le due virtù “attive” della *magnanimitas* e della *iustitia*. Pur essendo di per sé passiva, in quanto rivolta alla fonte interna dell’agire dell’uomo, essa si presenta come la più dinamica, nel momento in cui offre in trionfo una clessidra e la indica col dito, quasi a dire che è tempo di *vita activa*¹¹.

Non diversamente e anzi con intenti ben più ampi e arditi, ai primi del Cinquecento Raffaello Sanzio e Albrecht Dürer firmeranno le due icone più alte della misura occidentale (insieme all’*Uomo* di Vitruvio, Leonardo, Alberti e altri ancora): il primo tentando, nell’affresco vaticano della *Scuola d’Atene*, di armonizzare le dottrine di Platone e Aristotele¹²; il secondo offrendo in opposto (nella sua celebre *Melencolia § I*)¹³ l’immagine più incisi-

¹¹ W. LYNN JR., *The Iconography of Temperantia and the Virtuousness of Technology*, in T.K. RABB - J.E. SEIGEL (eds), *Action and Conviction in Early Modern Europe. Essays in Memory of E.H. Harbison*, Princeton 1969, pp. 197-219.

¹² Per tutti segnalo K. OBERHUBER, *Polarität und Synthese in Raphaels ‘Schule von Athen’*, Stuttgart 1983. Un titolo che già da solo rimanda alla presentazione della misura platonica di M. BONTEMPI, *L’icona e la città*. Ma si veda soprattutto il paragrafo dal titolo *Eine Deutung des Freskos*, alle pp. 55-63

¹³ Anche in questo caso la letteratura è sconfinata. Mi limiterò a citare l’opera più ampia e aggiornata di P.-K. SCHUSTER, *Melencolia I. Dürers Denkbild*, 2 voll., Berlin 1991, Ma vorrei ricordare anche una recentissima interpretazione di E. SCHEIL, *La Melencolia § I di Dürer e la Giustizia*, da me tradotta in «Scienza & Politica» 39/2008, pp. 89-107, disponibile all’indirizzo: <<http://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2750>> (originale in «Zeitschrift für Kunstgeschichte» 70/2007), che opportunamente s’inquadra nel discorso su giustizia e legittimità che si farà nel testo.

va dell'uomo moderno, angelo effeminato ma dallo sguardo reso durissimo dall'impotenza a cui è condannato il compasso che tiene inutilmente in mano. Mentre nell'affresco raffaellesco Archimede/Euclide ancora avvinceva coi suoi teoremi – compasso alla mano – un gruppo di giovani allievi. E anche la clessidra che abbiamo già incontrato nell'affresco del Lorenzetti è, nel rame di Dürer, come morta, appesa al muro, inutile. Sembra non esservi più bisogno di temperanza. Eppure, per chiudere rapidamente il discorso, basterà ricordare che in tedesco quella Virtù si chiama *Mäßigung*, o anche *Maße*, o *Mäßigkeit*, o *Maß*, che in italiano può voler dire semplicemente “misura”¹⁴.

L'incontro col compasso impone di porsi però subito il problema della “misura in matematica (*metron, metretòs, symmetros, symmetria*)”, nel senso di quello spazio di commensurabilità

¹⁴ J. PIEPER, *Zucht und Maß: Über die vierte Kardinaltugend*, München 1964⁹, Kösel, ne dà una lettura in senso cattolico, ma non può impedirsi di rimandare al grande ruolo che tale pratica virtuosa ebbe nella Germania “disciplinata” dalla Riforma. Va vista su ciò la potente Voce *Zucht-oder züchtiges Wesen*, nel *Grosses vollständiges Universallexikon Aller Wissenschaften und Künste*, editato da Johann Heinrich Zedler, Göttingen 1731-1754, che comincia così: «Bey dieser Gelegenheit hoffen wir nicht unrecht zu handeln, wenn wir unsern Lesern die in denen Beyfugen zur Hochfürstl. Sächsisch-Gothaischen Landes-Ordnung vom Jahre 1666 Lit. B. C. und D. p. 53 und ff. befindliche Verordnungen zur Beförderung guter Zucht und Ehrbarkeit mittheilen, welche in ihrem ganzen Zusammenhange also abgefasset sind: [...] “Eine wohlgemeinte, zur Christlichen Erbauung und heilsamen Aufnehmen guter Disciplin, Zucht und Erbarkeit zielende Vermahnung”». Ma già la breve voce dello stesso *Lexikon* dedicata a *Continentia* offriva uno spaccato densissimo del significato che sto qui evocando: «C., die Enthaltung, Mäßigkeit, Zucht. Daher wird gesagt: Der hat *Donum continentiae*, daß ist, er kan sich eines Dinges enthalten, er kan seine Affecten zwingen, kan ohne Meid leben, und wird *Continentia* allezeit in venerischen und Liebes-Sachen, *Abstinentia* aber von der Mäßigung im Geld und Reichthum gebraucht».



le cui prime tracce affondano di nuovo nei dialoghi platonici: uno spazio ulteriore rispetto alla matematica «e capace perciò di essere traslato in altre dimensioni della realtà. Ecco che la “misura” si rivelerà in tal modo nozione capace di *altre* figurazioni logiche, di *altri* nessi»¹⁵.

Mi colpisce, anzitutto, il legame tra “campo” e “carta” che gli storici della matematica instaurano per comprendere essi stessi e per spiegare a me, profano, il senso di questa straordinaria *tékne* che la matematica ha rappresentato nel quadro delle civiltà umane. Non dico che tutto il nostro ragionamento debba essere ridotto all’atto di tirare una fune per misurare un campo, ma è certo importante capire come proprio da quel “gesto” agrimenso-rio¹⁶ sia poi sorto un “sistema” messo su carta, facendo sì che la geometria di Euclide segnasse in modo indelebile il nostro modo di pensare e di agire¹⁷.

¹⁵ Prendo dal capitolo secondo di M. BONTEMPI, *L'icona e la città*.

¹⁶ Apprendo – sempre dal *Grande dizionario* del Battaglia *sub voce* – che il Carena parla di «Squadra agrimensoria, strumento che serve a prolungare linee rette sul terreno e a costruirvi e riconoscervi angoli retti o semiretti», ma ancora meglio, a proposito di campo-carta: la tavoletta agrimensoria, detta anche “pretoriana” perché inventata da Giuseppe Pretorio nel 1576 «sulla quale, anzi su un foglio disteso ed applicativi sopra, l’agrimensore o l’ingegnere leva di pianta, cioè fa il disegno regolare della superficie e della figura di un terreno».

¹⁷ F. CONTI - E. GIUSTI (eds), *Oltre il compasso. La geometria delle curve*, Roma 1993, si rifanno alle definizioni e ai postulati degli *Elementi* di Euclide, che «mostrano in filigrana una corrispondenza non totale, certo, ma sorprendentemente evidente, con le operazioni degli arpedonapti». Vorrei sottolineare che, nei frontespizi dei volumi che, a partire dal XVI secolo, rimettono in circolo il testo greco e la traduzione latina degli *Elementi*, abbondano i riferimenti iconografici a Mer-

Ciò consente di compiere un altro passettino verso l'estensione del nostro concetto di misura ad altri "campi", ad altre realtà della vita, ad altre "carte" e forse ad altri "sistemi". Anche se converrà non dimenticare l'avviso aristotelico: «Bisogna contentarsi, quando si parla di tali argomenti (= *kala, dikaia, agata*), di mostrare la verità in maniera grossolana e approssimativa e, quando si parla di cose solo per lo più costanti e si parte da premesse dello stesso genere, di trarne conclusioni dello stesso tipo»¹⁸.

Viene quasi di conseguenza il "bisogno" che siffatto equilibrio abbia una sede di compensazione, cioè di osservazione-controllo-amministrazione: ciò che siamo soliti chiamare autorità o anche, con intento più sociologico, potere, nell'ambito di quella che viene considerata *lato sensu* politica. Sua pertinenza immediata, se si vuol restare nel circolo virtuoso che ci ha già condotto all'etica, non può che essere la legittimità, almeno finché restano plausibili i passaggi di discorso fatti finora. E se dobbiamo mantenere il dubbio platonico sulla «effettiva possibilità

curio e a Minerva, l'uno protettore dei commerci e l'altra della scienza: entrambi forse protettori – magari anche insieme: scienza e commercio – dell'incipiente "società civile" (cfr. le illustrazioni, *Ibid.*, pp. 79 ss).

¹⁸ Riportato da F.M. DE SANCTIS, *Radici*, pp. 16-17, che commenta a sua volta: «Diversamente dalla matematica, da cui bisogna pretendere dimostrazioni rigorose, l'arte politica (la cui prestazione fondamentale è la giustizia) sceglie e decide nella sfera del probabile che dipende da premesse incostanti e relative al tempo e allo spazio che ne costituiscono il versante kairologico». Riprendo anche il rimando a M. VEGETTI, *Tra Edipo e Euclide. Forme del sapere antico*, Milano 1983, dove viene analizzato «il profilo metodico della *téchne*».



della *téchne* di conseguire il proprio scopo», dobbiamo però anche dar agio alla sua idea che il buon *technico* anche in politica agisce in base alla sua competenza specifica, prescindendo spesso sia dalla tradizione che dal consenso¹⁹. Criterio metodologico basilare resta però per Platone (e alla fine anche per Aristotele) quello ippocratico di tener sempre d'occhio (come dovrebbe fare appunto il buon medico) sia la parte da curare che il tutto a cui la parte attiene. Che è ancora questione di misura: perché il sistema di relazioni sia operabile occorre sempre “misura”.

Dalla melancolia alla giustizia

Il titolo stesso di questo paragrafo palesa fin dall'inizio, nella sua dubbiosa cripticità, la provvisorietà di risultati dei miei studi, ormai abbastanza risalenti, sul tema della “melancolia in politica”. Mentre per la nostra prima età occidentale, dal Mille all'età delle Rivoluzioni direi, qualche risultato già ce l'ho²⁰ e qualche spiraglio ora apertomisi sul passato più antico non promette male, più difficile mi risulta applicare il tema ai nostri tempi corren-

¹⁹ Ancora da F.M. DE SANCTIS, *Radici*, pp. 51-52, ecco il passaggio, che mi pare perfettamente pertinente e conclusivo, dal *Filebo* platonico: «Se da tutte le arti (*technon*) si separassero le scienze del contare (*arithmetikein*), del misurare (*metretiken*) e del pesare (*statiken*), ciò che resterebbe di ciascuna sarebbe, per così dire, ben misera cosa [...] ne è in certo senso piena la musica, innanzi tutto [...] Certo troveremo nelle medesime condizioni anche la medicina (*iatriken*), l'agricoltura (*georgian*), la nautica (*kybernetiken*) e la strategia (*strategiken*)».

²⁰ P. SCHIERA, *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, Bologna 1999.

ti, come pure al futuro. Ma siccome io credo che l'indagine storica – quella storico-costituzionale in specie – serva proprio a questo, cioè a impostare discorsi sul futuro, cercherò di portare quel titolo e quel tema ai tempi d'oggi.

Potrei cominciare col dire che oggi l'antica "melancolia" non c'è più. Quella che per secoli è consistita di voglia di fare e paura di non farcela, e che era una "qualità" (stavo per dire una "virtù") della *vita activa*, se non addirittura di quella *geniale*, come si è creduto durante il rinascimento; ma che anche in seguito ha comunque caratterizzato la tensione tra passioni e interessi attraverso cui si è affermato il capitalismo e con esso (prima? Dopo?) lo Stato e la società "moderni". Rispetto a quella melancolia, gli uomini si sono associati in "disciplina", elaborando una "dottrina" del potere come sistema istituzionale e culturale (cioè giuridico e simbolico) di comandi volti a favorire, guidare, far crescere la loro voglia di fare e a contenere il più possibile la loro paura di non farcela. Si è instaurato cioè un circuito stretto (e dal punto di vista dei risultati, in termini di razionalità ed efficienza, virtuoso) tra melancolia e potere, che ha rappresentato a mio avviso, attraverso l'azione congiunta di disciplina (-mento) e dottrina-istituzioni, la via di transito al moderno potere statale, imperniato sul concetto di legittimazione-legittimità²¹.

²¹ P. SCHIERA, *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno*, in G. CHITTOLINI - A. MOLHO - P. SCHIERA (eds), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia*, Bologna 1994, pp. 17-48.



Non c'è più, quella melancolia, per svariati motivi, di ordine anche storico. Ma io voglio arrivare presto al tempo presente, e non posso soffermarmi. Vorrei rifarmi, allo scopo, a quel che ci hanno insegnato – nel corso del XX secolo, prima, durante e dopo i grandi esperimenti totalitari – i grandi utopisti contemporanei, prevalentemente di cultura britannica: da Bells, a Huxley a Orwell. Per non parlare di Anthony Burgess e delle sue corrispondenze cinematografiche, a partire dall'*Odissea nello spazio* di Kubrick, fino all'*Albero della vita* di Malick, passando per *l'Intelligenza artificiale (A.I.)* di Spielberg²². Così sinteticamente mi riferirò al “grande fratello” e all'addormentamento delle coscienze e del risveglio-cura dei corpi che esso ha saputo produrre, risolvendo in una generica *fitness* la vecchia tensione che ho finora descritto²³.

Se le cose stanno così, andrà rivisto il circuito che ho appena ipotizzato, in termini di legittimazione del potere. Quest'ultimo

²² G. CLAEYS, *Utopía. Historia de una idea*, Madrid 2011, in particolare cap. 14 *Utopía, ciencia-ficción y cine. La última frontera*, pp. 188 ss. Per quanto riguarda Burgess, nei suoi romanzi il tema centrale è l'uomo minacciato dalla violenza, vittima di condizionamenti ideologici che ne limitano la libertà, oppresso dalla macchina dello Stato. Sul libro che più gli ha dato fama (*Arancia meccanica* 1962, pure trasformato in film da Kubrick nel 1971) egli stesso scriveva: «Se *Arancia Meccanica*, così come 1984, rientra nel novero dei salutaris moniti letterari – o cinematografici – contro l'indifferenza, la sensibilità morbosa e l'eccessiva fiducia nello Stato, allora quest'opera avrà qualche valore».

²³ P. SCHIERA, *Totalitarismo*, in R. GHERARDI (ed), *La politica e gli Stati. Problemi e figure del pensiero occidentale*. Nuova edizione, Roma 2011, pp. 93-106. Cfr. anche un articolo molto istruttivo di TH. MACHO, *Alle sind sterblich: Tiere, Menschen und Maschinen*, «Neue Zürcher Zeitung», 19 ottobre 2012

non potrà più legittimarsi in base alla sua capacità di rispondere all'originaria melancolia degli uomini, che non c'è più. Subentreranno allora nuove giustificazioni, relative forse anche al grado di addormentamento/*fitness* di cui sopra.

C'è da chiedersi però se, per tale via, non si stia affermando una realtà del potere capace di prescindere dalla sua stessa legittimità; se non si stia cioè entrando in una fase in cui la questione della legittimità del potere perde valore. Il che non significa semplicemente parlare di "potere il-legittimo" ma comporta, più perversamente, l'ipotesi di un potere che non ha più bisogno di essere legittimo per sussistere. Sarà infatti sufficiente che esso renda possibili, assicurati e garantisca prestazioni, da parte dei membri della comunità, volte a mantenere e anche a incrementare la produttività sociale senza nuocere all'effetto *fitness*/addormentamento di corpi e menti, anzi possibilmente alimentandolo. Ciò corrisponde abbastanza ai requisiti fondamentali del più recente populismo, che rappresenta in certo qual modo la versione aggiornata e pacificata del totalitarismo appena trascorso²⁴.

Diversa è la visione di Giuseppe Duso che scrive, all'incirca su questi stessi argomenti:

«mentre nella concezione del potere legittimo, i cittadini sono totalmente sottomessi, perché il potere a cui ubbidire è inteso come il potere di tutti, mediante la categoria di governo i governati acquisi-

²⁴ M. OUDENAMPSEN (ed), *Open 20: The Populist Imagination - The Role of Myth, Narratives and Identity in Politics*, Rotterdam 2000.



scono uno *status* politico. Insomma, paradossalmente, solo in questo si riconosce di essere sottoposti a un comando che è imputabile ad altri, si è dotati di azione politica. *Pensare il governo* comporta l'impossibilità di ridurlo alla relazione tra l'attività del governante e la passività del governato»²⁵.

Mi pare che le nostre due visioni – quella di Duso e la mia – siano molto differenti, ma solo perché provengono da punti di vista diversi. Forse però insieme esse possono facilitare una visione più ampia, stroboscopica, in cui il paradosso evocato da Duso scompare: poiché, nella realtà a matrice razionale propria dell'Occidente in crisi, passività e attività del “cittadino” si integrano, annullandosi a vicenda e lasciando poca prospettiva di avanzamento del Politico.

D'altra parte – per tornare ai miei temi – se la melancolia “storica” può essere vista (io almeno così l'ho vista) come la somma algebrica, o concozione, di conoscenza (“voglia” critica) e ansia (“paura” incerta), l'abbattimento tanto dell'una quanto dell'altra a opera di quello che ho sinteticamente chiamato il “grande fratello” determina per forza l'appena evocata fine della melancolia e la conseguente emergenza di un apparato di potere che non ha più bisogno di essere legittimo per essere accettato, bastando la sua efficacia anestetica. O se la melancolia ancora c'è (come di

²⁵ G. DUSO - A. SCALONE (eds), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza 2010, p. 98 ss. Cito dalla recensione di Sandro Mezzadra apparsa in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» 40/2011, pp. 1129 ss.

solito mi viene ribattuto, dati e anti-depressivi alla mano) essa ha perso ogni connotato di “potenza soggettiva” per acquisire quello della depressione di massa, con ampiezza e caratteri collettivi e non più individuali, e quindi con effetti concorrenti, insieme ad altri fattori, al degrado populistico e totalitario del potere, di cui da circa un secolo siamo testimoni²⁶: perciocché una massa inerte e depressa è particolarmente bisognosa di guida, di *Führer*. C’è da chiedersi se, a questo punto, torni d’uopo il rinvio alla coscienza individuale, com’era già stato ipotizzato da Thomas Hobbes, nel momento in cui formulava la prima, celeberrima proposta di potere-*Leviathan*. Se così fosse, si sarebbe allora in presenza, come ben si sa²⁷, certamente di un’individualizzazione

²⁶ Ho parlato già di «de-generazioni» rispetto all’ente politico per eccellenza dell’età moderna: lo “Stato (moderno)” (cfr. P. SCHIERA, *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna 2004, p. 311). Mi è però utile qui il richiamo a Umberto Curi, secondo il quale «la costituzione (democratica) in Platone non degenera (non c’è *metabole* ma metamorfosi); la *politeia* sta e permane nella “endiadi” buono e cattivo: essa è manifestazione “aperta” del “due-in-uno» (la citazione proviene da F.M. DE SANCTIS, *Radici*, pp. 31-32). A me pare che non si tratta tanto di «due-in-uno», quanto della banale considerazione che tutto ciò che esiste è “in-divenire” (*Werdung*) e quindi muta in una direzione che, se si assume la prospettiva della “genesi”, non può che muoversi nel senso opposto, che è quello, appunto, della “de-genesi”, che in italiano si chiama “degenerazione”. Citerei in proposito la bella espressione della *Oratio de hominis dignitate* di Pico della Mirandola: «Non ti ho fatto né celeste né terreno, perché da te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto. Tu potrai degenerare nelle cose inferiori che sono i bruti; tu potrai, secondo il tuo volere, rigenerarti nelle cose superiori che sono divine» (in F. BORGHESI, *For the Good of All. Notes on the Idea of Concordia during the late Middle Ages*, «Italian Poetry Review», 5/2010, pp. 215-238). Torniamo così all’epoca di prima età moderna a cui eravamo giunti poco fa nel testo.

²⁷ R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese* (1959), Bologna 1984; P. SCHIERA, *Sulla statualità moderna. Ricerca della felicità, disciplina delle*



dell'etica, ma anche – e questo mi pare un discorso nuovo che però ho già iniziato parlando dell'origine “melancolica” dell'ordinamento²⁸ – di una sorta di collettiviz-zazione della depressione: un doppio impatto quasi opposto a quello che ha invece segnato, sei o sette secoli fa, l'avvento del moderno, con la “individualizzazione” della melancholia (Burton) e la socializzazione dell'etica (Lipsio).

Dalla grande variabilità dei fenomeni che compongono la costituzione e consistenza del potere viene la necessità di tornare a studiare quest'ultimo nei suoi termini essenziali. La mia prima domanda suona allora così: è scandaloso pensare alla possibilità concreta, storica benché futuribile, di un potere per il quale non si ponga il problema della legittimità? In altre parole: da quando e perché è sorto il problema della legittimità del potere, come fattore preliminare – se non addirittura imprescindibile – della

passioni e melancolia: il paradosso del politico, in G. M. CHIODI - R. GATTI (eds), *La filosofia politica di Thomas Hobbes*, Milano 2009, pp. 7-29. Ma, dall'*Introduzione* di Massimiliano Tomba alla *Kritik der Gewalt* (testo tedesco a fronte) di Walter Benjamin, traggio la seguente considerazione: «la giustizia non è riconducibile ad alcun giudizio soggettivo, per quanto orientato a valori più o meno elevati, a partire dal quale disapprovare o approvare una determinata legge. Questa valutazione morale è stata neutralizzata attraverso il dispositivo liberale della privatizzazione dell'opinione, cosicché, nella sfera privata, è possibile condannare l'operato del governo ma *non* disobbedire alle sue leggi» (M. TOMBA, *Introduzione*, in W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, Roma 2010, p. 10).

²⁸ P. SCHIERA, *Melancolía y Derecho. La confrontación entre individuo y disciplina a favor del ordinamento*, in C. PETIT (ed), *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación. Textos de A. Hespanha, A. Mazzacane, P. Schiera y P. Costa*, Madrid 1997, pp. 115-160.

qualità di quest'ultimo? E comunque la legittimità è stata sempre quella che conosciamo? O ancora, perché Weber l'ha situata al centro della sua sociologia del potere? Insomma, per chi e a proposito di che cosa parlava Weber di legittimità?

Il primo passo verso una risposta a queste domande è che i tipi ideali del potere legittimo non si esauriscono certo in quelli inventati (o scoperti) da Weber. Si tratta dunque, in prima istanza, di ricercare altri tipi di potere legittimo, ancora da inventare ma futuristicamente più "esplicativi" di quelli weberiani. Ma, alla fine, si tratta di mettere a fuoco meglio, per sottoporla a critica radicale, la relazione fra legittimità e legalità, che da due o tre secoli rappresenta il nocciolo duro della vittoriosa ideologia dello Stato moderno, nella forma (a mio avviso de-generativa) di Stato di diritto e sociale²⁹.

Sull'"inquinamento burocratico" del regime democratico aveva peraltro già attirato l'attenzione in modo famoso (anche se un po' fumoso) Alexis de Tocqueville. Ai miei fini merita considerare, oltre alla seconda versione della *Démocratie*, soprattutto *L'Ancien Régime et la Révolution*, e non già per entrare nel dibattito sulla reale portata "democratica" del pensiero politico dell'autore, bensì per ricercare in essa tracce del mutamento che proprio nella "traslazione" del potere avvenuta in quel frangente si è prodotto riguardo al problema della legittimità.

²⁹ R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*; P. SCHIERA, *Sulla statualità moderna*; H. HOFFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*.



Ne è prova la centralità del criterio di legittimità nell'esperienza contro-rivoluzionaria del Congresso di Vienna. Nell'accezione francese (Talleyrand) essa mi sembra rispecchiare l'esperienza fallita della *monarchie administrative* del tardo *Ancien régime*, ma poi ripresa da Napoleone, una volta dichiarata «finita» la Rivoluzione: la formazione cioè dell'«ordinamento», inteso come somma di *Constitution* e *Code civil*. Diritti dell'uomo e proprietà privata (quest'ultima come «misura» sintetica di quegli stessi diritti³⁰) sono i due cardini di questo ordinamento, sui quali ha ruotato la porta che ha condotto fuori dall'età moderna, introducendo quella «contemporanea».

C'è un nesso fra l'esaurirsi della pulsione antropologica della melancolia e l'accelerazione del tema e dello stile di vita della socia(bi)lità nell'antropologia culturale settecentesca: «Lo spazio della vecchia melancolia, quale segno-simbolo dell'ambiguità della condizione umana, anche proprio nella sua contraddizione fra esasperata, dolorosa individualità e necessità (o utilità) della consociazione, si restringe di molto» scrivevo allora. Mi chiedevo:

«Poi cosa succede? Poi, a mio avviso, salta lo Stato come categoria generale dell'organizzazione politica quale l'aveva conosciuta

³⁰ Qui ci sta bene la citazione dal Romagnosi (che ho ripreso dal *Grande Dizionario della Lingua Italiana* del Battaglia, s. v. *misura*) in G.D. ROMAGNOSI, *Opere*, Firenze 1832-36, vol. XVII, p. 232: «La «eguaglianza» non esprime un diritto in se medesimo ma sibbene la «misura» di un diritto: l'eguaglianza non è che un'idea relativa a una «quantità»».

l'Occidente, dal medioevo alla rivoluzione francese; quale sintetica forma di garanzia, nel complicato intreccio dei suoi elementi costitutivi, dell'ordine e della legittimità [...] Lo Stato viene sostituito, nella sua funzione omologante e disciplinante, dall'ordinamento giuridico»³¹.

In altri termini: il diritto produce legalità, attraverso l'ordinamento, che a sua volta produce sempre più diritto, anche sotto forma di scienza, da cui la legalità acquista ulteriore peso e significato anche teorico e sistematico, col risultato evidente di diventare il motore principale di una nuova legittimità. Quest'ultima sarà, nell'Ottocento, quella dello Stato costituzionale e di diritto. Organizzazione e diritto diventano, a partire dall'assolutismo maturo (o anche illuminato), i due elementi che meglio rispondono al bisogno di costituzione, a sua volta soddisfatto, con le Carte costituzionali, dalla rivoluzione. L'ordinamento che ne scaturisce non è che il sistema di rapporti fra determinati soggetti, stabilito secondo un criterio unitario, generale e astratto. Tale criterio è fornito dal diritto, che diventa "misura" della nuova legittimità. La legalità è dunque la nuova misura di quel potere che nell'età rivoluzionaria ha perduto il suo principale centro di afferenza antro-politica: la melancolia.

Giustizia come forma storica di misura

³¹ P. SCHIERA, *Melancolia e diritto. Ovvero il confronto fra individuo e disciplina a favore dell'ordinamento*, in P. SCHIERA, *Specchi della politica*, pp. 107-149, in part. p. 128 e p. 133.



La misura è anche qualcosa che attiene alla morale (ai *mores*), e non solo *modus*, metro di dimensioni esterne, fissazione di confini formali e via dicendo³². Essa è qualità basilare dell'interno dell'uomo, come conoscenza di sé: è dunque anche metronomo della melancolia, in quanto indicatore costante del limite dell'uomo rispetto al suo s-modato desiderio di realizzazione. Se non ci fosse questo senso di misura interno l'uomo non patirebbe quel "voglio ma non posso" che è alla base del suo comportamento anche nel sociale, con l'esito utilitaristico di comportamenti mediani, equilibrati e ben regolati³³. Che sono proprio i comportamenti previsti e sanzionati dalla legge positiva, fissata nel suo complesso all'ordinamento giuridico, appeso a sua volta a una norma fondamentale che è la costituzione o, in ambito inglese, la *rule of law*.

Mi è graditissimo oltre che utile, a questo punto, riprendere la problematica dei due "fori" di giudizio delle azioni dell'uomo – esterno (giustizia) e interno (coscienza) – che Paolo Prodi ha ormai reso *common discourse*³⁴. Oltre alla bilancia (strumento di

³² Scrivevo: «"Moderno" – da *modo*, avverbio latino (come *hodiernus* da *hodie*, dicono tutti i dizionari) – indicherebbe, in un latino già maturo, "ciò che è di noi, adesso". Il Devoto rintraccia però anche una *nuance* semantica risalente a *modus* e implicante dunque una valutazione di "giustezza", di "adeguatezza", di "misura" insomma. Non la lascerei cadere»: dopo 22 anni l'ho ripresa! (P. SCHIERA, *Introduzione* a F. RELLA (ed), *Forme e pensiero del moderno*, Milano 1989, p. 19).

³³ E. MÜNKLER, *Mitte und Maß. Der Kampf um die richtige Ordnung*, Berlin 2010.

³⁴ P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna 2009, con anche provocatorie sintesi, precedenti e susseguenti, come ad

misura e di accertamento statistico e tecnico-scientifico) la Giustizia esibisce – nel già citato ciclo senese di Ambrogio Lorenzetti – altri attributi, a cominciare dalla spada fino alla testa mozza del condannato e alla forca che dà sicurezza³⁵. Tali attributi rimandano a un'idea più applicativa, amministrativa, di misura, quella che in tedesco si chiamerebbe *Maßnahme*. Ne viene l'immagine di una giustizia triangolare, che ha al vertice la giustizia come virtù cardinale (impressa, alla nascita, nel cuore dell'uomo-individuo) e alla base i due angoli della giustizia distributiva (statistica e preventiva) e di quella commutativa (punitiva e successiva). Se s'indossano gli occhiali della misura, appare lo stesso schema triangolare, in cui al vertice autopoietico dello *gnosi sautòn* fanno riscontro i due angoli della misura come tecnica di misurazione (diciamo ancora: statistica) e come autorità d'inter-

esempio, P. PRODI, *VII: Non rubare. Il Decalogo nella genesi del mercato occidentale*, in R. LAMBERTINI - L. SILEO (eds), *I beni di questo mondo. Teorie etico-economiche nel laboratorio dell'Europa medievale*, Porto 2010, p. 115 (da cui sono tratte le citazioni nel testo); o anche P. PRODI, *Furto e mercato nella tradizione occidentale*, in P. PRODI - G. ROSSI, *Non rubare*, Bologna 2010, pp. 9-104. Ma oltre ai due "fori" (quello interno e quello esterno) di cui parla Prodi, forse ce n'è anche uno intermedio, che è quello del comportamento sociale o di gruppo, in cui non opera soltanto il richiamo (interno) alla morale-peccato e quello (esterno) alla norma-sanzione, ma ha grande peso la convenzione, la moda, lo *style of life*. Il rimando è ovviamente all'opera di Pierre Bourdieu.

³⁵ Per l'aspetto iconografico cfr. O.R. KISSEL, *Die justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, München 1997²; M. STOLLEIS, *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*, München 2004; per quello storico-contenutistico C. DE PASCALE, *Giustizia*, Bologna 2010. Sul Lorenzetti cfr. P. SCHIERA, *La misura del Bencomune*.



vento caso per caso (diciamo: potere come *Gewalt*, cioè appunto *Maßnahm*³⁶).

Qui stiamo parlando, però, di una giustizia già moderna, divenuta “dativa” e quindi gestibile da parte degli uomini, mediante tecniche chiare che possono essere insegnate (dottrina) e apprese (disciplina) e lasciano margini sempre più piccoli al dubbio e all’incertezza, come pure al potente surrogato – il sacro – che da sempre agisce, in primissima istanza, contro tali ostacoli. La tecnica per eccellenza utile al distacco della giustizia dal sacro (il quale infatti nella definizione di Ulpiano rientrava già nel *ius publicum*) è stata il diritto, nella versione sempre più laica da esso assunta nel corso dell’età moderna. Come abbiamo appena visto, è questo il problema della legalità con cui la giustizia si è sempre più identificata, via via assumendo anche i contorni politici della legittimità³⁷.

³⁶ È questo un ovvio rimando alla polemica, di origine benjaminiana, sulla norma come violenza: cfr. *infra* pp. 63 ss.

³⁷ A parte l’idea weberiana che la ri-legittimazione è possibile solo mediante una frattura legittimatoria, quindi attraverso un’azione (un *coup*) il-legittima (come sarebbe accaduto, a suo avviso, per la città/comune medievale) va comunque sottolineato che il nesso legittimità-legalità è storicamente determinato, come tutto ciò che riguarda la convivenza umana (la «società stretta» come la chiamava il giovane Leopardi). Nonostante il tema della legalità sia risalente almeno fino al ri-uso del diritto romano nelle città italiane del medioevo e poi alla sua recezione anche altrove e ai suoi diversi amalgami con la crescente (e conseguente forse) maturazione dei diritti barbarici (o alla *Ancient Constitution*), la legittimità del potere è rimasta a lungo svincolata dal diritto, nel senso almeno che non si è subito appiattita su quest’ultimo, pur facendone crescentemente uso. Ne è dimostrazione l’epopea del *ius publicum europaeum*, con particolare riguardo

Il potere può essere definito come l'apparato (dis-posizione di mezzi ideali, materiali, e personali, cioè "dispositivo"³⁸) attraverso cui si tende – da parte di un individuo (leader) o di un gruppo (classe egemone) – a far accettare la propria pretesa di emettere comandi ubbidibili: cioè destinati con ogni probabilità a essere ubbiditi da parte di coloro a cui vengono rivolti. I meccanismi di persuasione *ad hoc* sono stati storicamente diversi: il più recente ed effettuale è il diritto, promotore e motore di legalità. Ciò ha funzionato finché la cerchia degli interessati poteva essere soddisfatta, in termini di *liability* e *accountability*, degli effetti dei comandi obbediti, in quanto – grazie al sistema elettivo-parlamentare proprio della fase più stretta e operante dello Stato di diritto – gli interessati stessi erano insieme ispiratori e fruitori tanto dei comandi che delle forme, modalità e controlli delle obbedienze. L'avvento della massa ha molto turbato l'equilibrio. Non è solo storia di oggi, ma già dell'altro ieri: inesorabilmente, il totalitarismo si è affermato come la via più rapida e sicura per ristabilire i contatti tra governanti e governati, con l'ulteriore scorticatoia della dittatura: un solo governante verso una massa di governati³⁹.

all'emersione del diritto pubblico: G. DILCHER - D. QUAGLIONI (eds), *Gli inizi del diritto pubblico, 3: Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3: Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, Bologna-Berlin 2011.

³⁸ Il riferimento a questa categoria sviluppata da Giorgio Agamben sarà svolto più diffusamente alla fine del III capitolo.

³⁹ Ringrazio Luca Cobbe per la seguente citazione da Emile Durkheim: «Le forme sociali che una volta inquadravano i singoli e servivano così da ossatura della



Dopo la Seconda guerra mondiale, il ripristino della legittimità democratica è stato certificato – non solo nel mondo occidentale – da nuove Carte costituzionali, per lo più di ottima concezione e fattura, ma non mi sembra sinceramente che ci si possa ritenere soddisfatti dei risultati, perché, nel frattempo, le condizioni di vivibilità politica – sia interne sia esterne agli Stati – sono molto mutate. Lo spazio e il tempo di tale vivibilità si sono insieme ristretti e dilatati, consentendo di esprimere bisogni sempre più diffusi e profondi a una popolazione sempre più ampia di aspiranti cittadini: di persone cioè che chiedono o pretendono il godimento o la fruizione di quei diritti che ormai sono divenuti *commons* a valore universale e non si possono più considerare semplicemente misure, cioè prodotti per i vari gruppi destinatari dei limitati comandi legittimi (cioè costituzionali) propri dei diversi ceti, classi o nazioni. Ci si sta accorgendo che non ci si può limitare a esportare la democrazia nei paesi che non la conoscono o non ce l'hanno, ma che bisogna adattarsi – da parte di tutti i paesi democratici del mondo – ad accogliere democraticamente le istanze, pretese e aspettative provenienti dagli altri paesi.

società o sono sparite o stanno scomparendo, senza che siano sostituite da forme nuove. Non rimane altro, perciò, che la massa fluida degli individui. Infatti lo Stato stesso è stato assorbito da loro. Solo la macchina amministrativa ha conservato la sua consistenza e continua a funzionare con la stessa automatica regolarità. Senz'altro, la situazione si è già verificata nel corso della storia. Tutte le volte che la società si forma o si rinnova, passa per una fase analoga» (E. DURKHEIM, *Lezioni di Sociologia. Fisica dei costumi e del diritto*, Milano 1973, p. 107).

Questi nuovi termini della questione comprovano il superamento del principio di sovranità a cui era geneticamente legato il vecchio Stato moderno e il corrispondente sistema, prima europeo poi internazionale, degli Stati, come pure il criterio di legalità che ne è stata l'ultima forma legittimatoria. In tale passaggio si esprime la nuova "misura" di *liability* e *accountability* a cui facevo riferimento; per la ricerca della quale servono ora altre tecnologie, oltre quella giuridica, al fine di dare sistemazione adeguata (commisurata) all'intreccio sempre più complicato e incalzante di bisogni e risposte provenienti da tutte le parti della "società del mondo".

In sintesi, questo mi sembra essere il significato della *global governance*.



II. Tra *Governance* e *Government*

Storia costituzionale e strutture di governo

I traduttori americani di *Land und Herrschaft*¹, l'opera principale di Otto Brunner, nel 1992 hanno reso il titolo inglese con *Land and Lordship. Structures of Governance in Medieval Austria*. Nel 1983 era già apparsa una traduzione italiana col titolo: *Terra e potere. Strutture prestatuali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*. Un breve confronto fra i due titoli mi è utile a introdurre dal punto di vista *begriffsgeschichtlich* il discorso che mi accingo a fare.

Il termine «struttura» è presente in entrambi i titoli, ma è assente in quello originale, che invece parla di *Grundfragen*: forse i traduttori al di qua e al di là dell'Oceano hanno inteso le «questioni fondamentali» di Brunner come strutture. Per descrivere queste ultime gli americani usano però il termine *Governance*,

¹ *Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter* è il sottotitolo dell'opera nella prima edizione del 1939, che però nella quarta e definitiva del 1959, oltre ad altre sostanziali modifiche e aggiornamenti nel testo, reca nella parte finale l'indicazione più modesta di *Verfassungsgeschichte Österreichs*. Questo II capitolo riproduce, con poche variazioni, una conferenza (*Governance vs Government: Eine neue Weltordnung jenseits staatlicher Souveränität?*) da me tenuta presso la *Carl Friedrich von Siemens Stiftung* a Monaco di Baviera, all'interno delle "Werner Heisenberg Vorlesungen" della *Bayerische Akademie der Wissenschaften* nel giugno 2010.

mentre gli italiani usano una formulazione più libera, di tipo apparentemente cronologico ma in realtà a forte contenuto sostanziale, e parlano di «strutture prestatuali e premoderne». Sarà forse la stessa cosa?

Prima di rispondere, occorre affrontare il punto più delicato, che riguarda il binomio che fa da bandiera all'intera opera brunneriana: *Land und Herrschaft*. A me pare che il primo termine possa essere inteso come "terra/territorio" e il secondo come "potere/dominio". Mi sembra infatti che territorio e forza siano finora stati gli elementi basilari del meccanismo organizzativo della convivenza umana, nell'esperienza storica dell'Occidente moderno, a partire dal medioevo.

Un altro storico di cultura tedesca, ma borussico invece che austriaco, Gustav Schmoller, ha coniato, ben prima di Brunner, la figura storico-costituzionale dello Stato territoriale (*Territorialstaat*): basato sul territorio, esso aveva altri contenuti fondamentali nello *Staatsgedanke*, da una parte, e nella *Organisation*, dall'altra.

L'insieme dei fattori appena sommariamente descritti costituisce ciò che io intendo per *Government*²: cosa in sé non facile da definire anche se, fin da molto presto, può venirci in aiuto

² Propongo, come prima provvisoria definizione di *government*, la seguente: «quel sistema di governo che si è consolidato nella gestione tendenzialmente unitaria e accentrata, sotto una *rule of law*, dei bisogni amministrativi (la precisazione verrà utile nel III capitolo) della collettività dei cittadini disposti entro a un territorio dato, di tipo nazionale».



Shakespeare che nel suo *Measure for Measure* così si esprimeva proprio all'inizio dell'azione, per bocca del Duke of Vienna, rivolto al suo aiutante Escalus:

«Of Gouernment, the properties to unfold,
Would seeme in me t'affect speech & discourse,
Since I am put to know, that your owne Science
Exceedes (in that) the lists of all aduice
My strength can giue you...»

per poi elencare subito gli elementi fondamentali di questa *Science of Government* in:

«The nature of our People,
Our Cities Institutions, and the Termes
For Common Justice»

E precisare infine che comunque Escalus possiede già, di tutto ciò, «Art, and practise»³.

Questo è il *Government*, come si svilupperà poi nel grande movimento europeo anzi occidentale del costituzionalismo, assumendo infine le vesti, ancora a noi care, di Stato di diritto, a regime democratico, per via di libere elezioni e di rappresentanza popolare, attraverso un'equilibrata divisione dei poteri all'interno

³ W. SHAKESPEARE, *Measure, For Measure*, Actus primus, Scena prima.

della quale, in nome della sovranità del popolo, primeggia il potere legislativo⁴.

Ma ancora prima, il principio sintetico dell'intero processo è la dottrina e la prassi della sovranità, da intendersi come l'esito della storicamente determinata assunzione, da parte di un signore primeggiante, di compiti di comando all'interno di una comunità che si va organizzando in Stato, in funzione dei bisogni della nascente società civil-borghese, grazie al sostegno tecnico e operativo di un apparato sempre più professionale di consiglieri e funzionari amministrativi. Fu la sovranità a far sì che il sistema politico *Stato/Government* si organizzasse secondo il principio gerarchico, da un centro verso le periferie, in un legame essenzialmente verticale tra comando e consenso⁵.

Tale verticalità potrebbe rappresentare il marchio del *government*, mentre come si vedrà la *governance* viene oggi per lo

⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin 1981² e più in generale, sul processo di lungo periodo: E. ROTELLI, *Forme di governo delle democrazie nascenti 1689-1799*, Bologna 2005 e *Le Costituzioni di democrazia. Testi 1689-1850*, Bologna 2008; cfr. Inoltre dello stesso: *Amministrazione e Costituzione. Storiografie dello Stato*, Bologna 2007; mentre sull'ampio tema del costituzionalismo rimando a P. SCHIERA, *El Constitucionalismo come discurso político*, Madrid 2012.

⁵ C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921), Roma-Bari 1975, contiene anche una peculiare presentazione della sovranità come «decisione sullo stato d'eccezione», che si tradurrebbe anche nel modello imperiale a cui Schmitt riferisce la sua dottrina della *Großraumordnung*, con l'attribuzione all'entità imperiale di una sorta di «monopolio della decisione». Cfr. J. ROSATELLI, *Gli imperi oltre gli Stati. Sul concetto di "Reich" secondo Carl Schmitt*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 40/2010, p. 399.



più descritta nei termini orizzontali di partecipazione e solidarietà, in non casuale corrispondenza con la progressiva perdita di peso della sovranità⁶.

Descrizione, questa mia, certo troppo semplificata del modo in cui guardiamo alla situazione attuale noi moderni “dottori” delle diverse scienze sociali; ma confortata dalla crisi in cui versano i più importanti di quei dottori – i giuristi – impegnati nel tentativo di uscire dai principi dogmatici – effettivamente molto caratterizzati in senso verticale – della scienza del diritto del secondo XIX e primo XX secolo⁷.

A proposito dell’aspetto finanziario e fiscale dello sviluppo dello Stato moderno, Gustav Schmoller parlava nel 1877, riferendosi a Lorenz von Stein, dell’avvio di una «epoca sociale della storia del fisco», che egli collegava direttamente allo “Stato costi-

⁶ Sulla *governance* osserva invece Streek: «Abbandonando una prospettiva di potere pubblico gerarchico e centrato sullo Stato, la *governance* si riferisce all’interezza dei processi e degli agenti coinvolti nel momento della selezione vincolante fra possibilità alternative, momento capace perciò di creare ordine sociale», (W. STREEK, *Lo studio degli interessi organizzati: prima e dopo il passaggio del secolo*, «Quaderni di Rassegna Sindacale» 7/2006). Questa precisazione tornerà buona alla fine del III e ultimo capitolo.

⁷ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 Bde, München 1988-1999, ma cfr. ora il IV di prossima uscita. Si veda anche P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft*, in A. VON BOGDANDY - S. CASSESE - P.M. HUBER (eds), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. IV: *Verwaltungsrecht Europa: Wissenschaft*, Heidelberg 2011, pp. 399-424 (tr. it. P. SCHIERA, *L’amministrazione pubblica in Europa tra costituzionalismo e solidarietà*, «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», 20/2010, disponibile all’indirizzo: <<http://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2778/2175>>).

tuzionale” finalmente in azione anche in Germania. Egli precisava però subito che non era detto che a un’epoca «civil-borghese» (*staatsbürgerlichen Epoche*) dovesse necessariamente fare seguito una «sociale» (*soziale Epoche*)⁸. La mia opinione è che ciò stia avvenendo proprio ora, non più al livello local-nazionale bensì a quello globale, a seguito della crisi manifesta di quello stesso *konstitutioneller Staat*, che si fondava su un «accordo fra governo e popolo» che da molto tempo non c’è più. Ma soprattutto a causa dell’ampliamento smisurato dei «bisogni amministrativi» della «società del mondo», che si sta trovando – quasi millenaristicamente – a dover fare i conti con fenomeni degenerativi della vita umana, e della stessa Terra, che non ammettono altro che risposte amministrative globali. Ciò non può che produrre una ricarica di politicità nel mondo, a ulteriore dimostrazione del fatto che – se correttamente intesa – l’amministrazione viene prima della politica e rappresenta il nucleo essenziale dello stesso “politico”.

Anticipo così fin d’ora che è da una forte ri-generazione dell’intera problematica dell’amministrazione che io inizio a sperare in una ri-nascita anche della grande tradizione politica su cui l’umanità – grazie in particolare al contributo dell’Occidente – ha potuto finora contare.

⁸ «Es muß nicht in der Steuergeschichte jedes vergangenen und zukünftigen Staates eine grundherrliche, staatsbürgerliche, soziale Epoche geben» (G. SCHMOLLER, *Die Epochen der preußischen Finanzpolitik*, «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft», 1/1877, pp. 111 e 112).



Un aspetto del problema sta dunque nella de-generazione dell'ultima forma politica che l'Occidente ha prodotto: lo Stato moderno qualificato come "di diritto" o anche "costituzionale". Conferma ciò l'insistenza con cui viene da più parti sollevata la questione della costituzionalizzazione di quei sistemi giuridici che risultano maggiormente toccati dalla globalizzazione della società del mondo. Mi riferisco in particolare al diritto internazionale e al diritto amministrativo: con la proposta ulteriore – e già più fine – di considerare il "diritto pubblico" nel suo complesso come materiale (dogmatico e pratico insieme) privilegiato per una internazionalizzazione del costituzionalismo. Si lavora, ad esempio, con intensità sulla tensione crescente fra atti unilaterali (del potere) e autodeterminazione (dell'individuo), in base al principio per cui «la "possibilità di" autodeterminazione dell'uomo è il principio di fondo del diritto pubblico, quanto meno nella sua tradizione libertario-democratica»⁹.

Un riferimento kantiano che evoca il grande tema del «diritto giusto», come ricorda anche Dietmar Willoweit, discutendo di Rudolf Stammler. Per quest'ultimo però la soluzione non veniva cercata al livello della dogmatica giuridica o della normatività,

⁹ L'indagine del *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg è descritta in A. VON BOGDANDY - PH. DANN - M. GOLDMANN, *Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance*, «Der Staat», 49 /2010, pp. 23-50. Tornerò sul tema alla fine del III capitolo a proposito di Léon Duguit, per il quale l'autodeterminazione sembra consistere più nella solidarietà che nella libertà "garantita".

ma nella stessa «giustizia di contenuto» del diritto; e il diritto veniva a sua volta inteso come prodotto dalle relazioni intersoggettive; le quali perciò si dovevano ispirare a principi ben precisi: «Concordia, comportamento ispirato a cooperazione e protezione da violenza sono precondizioni di ogni ordinamento giuridico». Salvando così il *dictum* kantiano secondo cui:

«È giusta ogni azione che – oppure secondo il cui principio– possa far consistere, in base ad una legge generale, la libertà di arbitrio di ciascuno con la libertà di ciascun altro»¹⁰.

Il che significa – per usare parole mie – che il diritto dev'essere adeguato, deve cioè valere ed essere esercitato secondo misura, nel senso che non può restare sempre lo stesso ma deve variare secondo le condizioni storiche, come dimostrerebbero tra l'altro gli studi di etnologia giuridica e della stessa storia del diritto. Qui infatti sono certamente rintracciabili sistemi giuridico-normativi (dotati cioè di «giustizia di contenuto») di tipo extra- o pre-statale. Ciò mi induce a pensare che la stessa cosa possa avvenire anche in condizioni post-statali cioè anche post-*governmentali*¹¹.

Nelle molteplici oscillazioni cui è sottoposta la dottrina giuridica internazionale nel rispondere ai problemi di globalizzazione causati dall'obsolescenza degli Stati nazionali, emerge fra i temi

¹⁰ D. WILLOWEIT, *Der richtige Kern der Lehre vom richtigen Recht*, in «JuristenZeitung», 65 /2010, pp. 373-379, in part. p. 378.

¹¹ Stammler aveva scritto nel 1911 un saggio dal titolo *Recht im staatslosen Gebiete*, dove parlava di un *soziales Wollen* per una comune *Zweckverfolgung*.



principali quello – già esaminato nella prima parte – dell’assimilazione della legittimità alla legalità: «Per essere legittimo, ogni potere statale ha bisogno di essere allo stesso tempo fondato e limitato dal diritto pubblico»¹².

Si sa che questo è uno dei fondamenti della cultura costituzionalistica occidentale, ma ci si deve chiedere se esso rappresenti la via migliore per incontrare le “altre” culture coinvolte nella globalizzazione della *governance* senza essere state previamente giuridicizzate all’occidentale: con loro converrebbe forse intrattenere discorsi meno chiusi di quelli rigidamente costruiti secondo il “metodo giuridico” dell’antica tradizione tedesco-europea. Il vero problema sta infatti nell’individuare i soggetti che concorrono a determinare questa nuova *governance* in via di globalizzazione: «individui singoli, istituzioni private, imprese, Stati o altre istituzioni pubbliche»?

Non mi sembra facile trovarli senza una nuova immaginazione, che probabilmente deve andare oltre la prospettiva del diritto pubblico e anche forse del diritto *tout-court* o, per meglio dire, della scienza giuridica degli ultimi due secoli circa. Il punto cruciale sta nel comprendere per quali vie corre l’«esercizio del potere (*Gewalt*) (non del diritto – *Recht!*) pubblico internazionale»

¹² «Um legitim zu sein, bedarf jede staatliche Gewalt zugleich der Begründung und Begrenzung durch das öffentliche Recht» (A. VON BOGDANDY, *Völkerrecht*, p. 24). Andrebbe qui nuovamente riaperto il discorso su Carl Schmitt, per il quale il nesso tra legalità e legittimità è strettissimo, come ha messo in luce H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità*.

ed è facile verificare che alla relativa *roadmap* si stanno applicando, nel mondo globale, attenzioni e interessi eterogenei: certo anche di natura giuridica, ma pure e forse prima di natura economica, sociale, politica, comunicativa, secondo le innumerevoli sfaccettature che presenta quel *deus ex machina* del “contemporaneo post-moderno” che viene ancora chiamato col vecchio termine di «mercato». A questo punto, forse il diritto pubblico non basta più e non è sufficiente neppure parlare di un diritto amministrativo globale (*Global Administrative Law*) a tutte lettere maiuscole, magari addirittura «senza lo Stato». Ma i giuristi non si arrendono facilmente: se non è possibile internazionalizzare il diritto pubblico, proveranno a costituzionalizzare il diritto internazionale¹³.

Stati e mercati: con quale diritto?

Prima vorrei però dare uno sguardo ulteriore al rapporto fra Stati e mercati su cui mi sembra convergere la sfida in atto fra *governance* e *government*. Il tema non è nuovo, neanche in senso giuridico. Nel 1931 Ernst Huber intitolava *Das Deutsche Reich als*

¹³ Sul primo aspetto cfr. S. CASSESE, *Administrative Law Without State? The Challenge of Global Regulation*, «New York Journal of International Law and Politics», 37/2005, p. 663, ma anche già, più in generale, E. SCHMIDT - ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin 2004. Sul secondo aspetto, cito per intanto: CHR. WALTER, *Constitutionalizing (Inter)national Governance*, «German Yearbook for International Law», 44/2001, pp. 170-201; R. MACDONALD (ed), *Towards World Constitutionalism*, Leiden 2005; J.J. HECKMAN - R. L. NELSON - L. LABANTINGAN (eds), *Global Perspectives on the Rule of Law*, London-New York 2010.



Wirtschaftsstaat la sua *Bonner Antrittsvorlesung*, in cui sosteneva che «Stato ed economia sono cresciuti insieme fino a costituire un ordine unitario».

Ammainata la bandiera liberale della «capacità di autoregolazione della società», veniva affidata allo Stato una «funzione di garanzia infrastrutturale», nella scia della profezia di Walther Rathenau, secondo cui l'economia era «*res publica*, cosa di tutti»¹⁴. Oltre la drammatica evenienza nazionalsocialista – in cui dottrine del genere non giocarono certo un ruolo secondario¹⁵ – il cerchio si riapriva nel secondo dopoguerra con il *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* di Forsthoff del 1950, che tornava ad attribuire allo «Stato come committente» la titolarità della *Daseinsvorsorge der Bevölkerung*, come fieramente suona il titolo di un saggio del 1963¹⁶.

¹⁴ «Staat und Wirtschaft zu einer einheitlichen Ordnung zusammengewachsen sind», in un discorso pronunciato subito dopo la guerra. Prendo la citazione, come tutto il ragionamento che segue, da H. HUGO, *Markt und Staat – res publica rediviva?*, in S. MAGIERA - K.P. SOMMERMANN (eds), *Daseinsvorsorge und Infrastrukturgewährleistung. Symposium zu Ehren von Willi Blümel zum 80. Geburtstag*, Berlin 2009, p. 18.

¹⁵ Se ne veda una presentazione letteraria di grande effetto e penetrazione nel romanzo storico di J. LITTEL, *Le benevole* (2006), Torino 2008; ma cfr., sotto il profilo storico-giuridico, M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974.

¹⁶ Pubblicato in «*res publica. Beiträge zum öffentlichen Recht*», XII/1963, pp. 33. Mentre nell'Introduzione al *Verwaltungsrecht* era rielaborata la dottrina di Otto Mayer della *Leistungsfähigkeit der Verwaltung*, il discorso di Forsthoff si apriva però già alle prospettive dell'economia di piano, in una linea di pensiero che si esprimerà compiutamente nel volume *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland* del 1971, che fu però anticipato

Dopo i trionfi dell'economia di piano liberal-statale negli anni '50 e '60¹⁷, la globalizzazione ha invaso i mercati, ricevendo impulso dallo sviluppo delle comunicazioni e dei trasporti a livello planetario e dal progressivo attenuarsi della Guerra fredda. Si sono manifestate nuove dislocazioni come pure nuovi ancoraggi dei problemi infrastrutturali, di cui si è appena parlato. Grazie a «una fusione transnazionale eccezionalmente ampia delle economie nazionali» si è aperto agli «attori privati il traffico transfrontaliero delle risorse»: ciò che «non ha fatto che erodere la forza gestionale dello Stato, con un conseguente non trascurabile indebolimento della capacità di affermazione degli interessi pubblici»¹⁸.

nel discorso del 1960 *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft* (Vortrag Eröffnung der "Universitätswoche für Rechtsanwälte" in Heidelberg, 7. Juni 1960), «Neue Juristische Wochenschrift», 13/1960, pp. 1273-1277).

¹⁷ Per quanto riguarda la Germania, cfr. J.H. KAISER (ed), *Planung III. Mittel und Methoden planender Verwaltung*, Baden-Baden 1968, con un importante saggio di E. FORSTHOFF, *Über Mittel und Methoden moderner Planung* (pp. 21-38), che andrebbe collegato con le crescenti preoccupazioni dello stesso Forsthoff sul destino del *Rechtsstaat*, espresse nei due lavori: *Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung*, «Der Staat», 2/1963, pp. 285-398 e *Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft*, «Studium Generale», 21/1968, pp. 692-704, eventualmente mediati attraverso l'importante contributo *Technisch bedingte Strukturwandlungen des modernen Staates*, in H. FREYER - J.CHR. PAPALEKAS - G. WEIPPERT (eds), *Technik im technischen Zeitalter. Stellungnahmen zur geschichtlichen Situation*, Düsseldorf 1965, pp. 211-231. Da ricordare anche W. BLÜMEL - E. FORSTHOFF, *Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht*, Frankfurt a. M./Berlin 1970, volume 7 die *Planungsstudien* editi da G. KAISER.

¹⁸ Sono parole di H. HUGO, *Markt*, p. 18. Non va dimenticato che l'uso in funzione di *governance* del termine *Steuerung* ha svolto un ruolo importante nella definizione terminologica e concettuale del nostro campo. Cfr. come esito finale R. MAYNTZ - A. VON BOGDANDY - S. LÜTZ, *Globale Strukturen und deren Steuerung*, Köln 2005, ma anche F. SCHARPF, *Föderalismusreform: kein Ausweg aus der Politikver-*



Di fronte a ciò, anche un giurista come Hans Hugo, discendente dalla Scuola di *Planung und Infrastruktur* di Forsthoff e Blümel, non può alla fine che esprimere un giudizio metagiuridico:

«Anche lo Stato – e chi lo potrebbe sapere meglio di noi, figli del XX secolo! – può perdere di vista la giusta misura. Ma questo è più un problema dell’etica che del diritto, e ciò vale sia per il mercato che per lo Stato»¹⁹.

Criterio fondamentale di questa «misura» è da lungo tempo il bene comune. Si tratta di termini generici²⁰, dietro cui stanno però concetti vitali, forse in grado di consentirci una sintesi. Un altro grande dottore del diritto pubblico ha da poco richiamato l’attenzione su una «qualità» da cui ai tempi nostri la «regolazione degli affari pubblici» non può prescindere: la *governance*

flechtungsfälle?, Frankfurt/M 2009. Sulla priorità del mercato si era costruita anche la prima fase dell’integrazione europea: già nel Trattato di Maastricht l’uso in termini economicistici e concorrenzial-capitalistici del principio di sussidiarietà era un segnale vistoso di questa attenzione prioritaria; ma poi il Trattato di Lisbona ha ulteriormente accentuato questo indirizzo ponendo i mercati in primo piano proprio come soggetti dell’azione politico-economica. Cfr. su questi problemi A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica della governance*, in G. BORRELLI (ed), *Governance*, Napoli 2004, pp. 125-157, con bella bibliografia. Di una seconda fase dell’integrazione europea parla invece L. KÜHNHARDT, *European Union – The Second Founding. The Changing Rationale of European Integration*, Baden-Baden 2010, secondo cui la nuova fase dell’Unione Europea s’ispira ormai alla ricerca di un suo ruolo globale, nell’epoca appunto della gestione di problematiche pure sempre più globali.

¹⁹ H. HUGO, *Markt*, p. 24.

²⁰ P. SCHIERA, *La misura del ben comune*; P. SCHIERA, *Misura*, Trento 2011.

dev'essere *good*, oltre che *global*, sostiene Peter Badura. Come si traduce in pratica questa qualità? La novità potrebbe stare in un ampliamento della dimensione orizzontale dell'amministrazione, con un maggior peso delle funzioni di partecipazione e cooperazione rispetto a quella tradizionale di rappresentanza²¹. Ma a tale scopo – per ruotare cioè l'ordine politico-amministrativo dall'asse delle ordinate a quello delle ascisse – è più utile ribadire il ruolo dello Stato per una «regolazione capace di assicurare giustizia, libertà e benessere mediante l'adempimento di compiti e competenze orientate nel senso del bene comune» oppure puntare sull'allargamento a livello planetario di quella stessa funzione di regolazione?²² A me pare che, se i temi preponderanti sono quelli della regolazione e della gestione, il problema vero diventa quello dei soggetti a cui attribuirne la titolarità, cioè appunto, nelle parole di Badura, il «potere superiore di coazione» (*hoheitliche Zwangsgewalt*). Il che significa però tornare al punto di partenza della sovranità, alla ricerca di un punto d'incontro tra la sua sostanza statale-interna – di *government* come suggerisco io

²¹ P. BADURA, *Konzeptionen europäischer und transnationaler Governance in der Perspektive des Verfassungsrechts*, Baden-Baden 2010, che ricorda che la stessa *Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione Europea (18. 12. 2000, art. 41) parla espressamente di un «Recht auf guter Verwaltung».

²² La risposta non ammette dubbi, se si parte dal presupposto della superiorità e irrinunciabilità dello Stato di diritto democratico: allora ha ragione Badura a celebrare la «staatlich verfasste und politisch legitimierte Rechtsgemeinschaft». Ma avrà ragione anche nel ridurre il concetto di *governance* a una mera funzione «descrittiva e analitica», togliendole ogni rilevanza per un'applicazione «normativa e dogmatica»?



– e quella esterna di *global governance*, come suggeriscono i nuovi dottori, prevalentemente anglosassoni, delle relazioni internazionali.

Secondo costoro non è sufficiente, per definire la *governance*, accomunare nell'amministrazione pubblica attori statali e privati, continuando però ad affidare la gestione di quest'ultima a un diritto amministrativo statale, semmai ammodernato nella sua struttura contenutistica e procedurale, ma ancora dipendente dalle vecchie funzioni sovrane dello Stato legislatore. Diventa invece cruciale partire da una nuova «localizzazione» (*Verortung*) dei soggetti: è quest'ultima a dover essere riconosciuta come globale. In essa, tra la pluralità dei soggetti che la compongono, gli Stati possono ben mantenere una presenza anche centrale; ma non nel senso che – come ritiene Badura – gli pertenga ancora una «responsabilità ordinamentale di tipo normativo»²³; piuttosto invece secondo una modalità segmentata, frutto di continue disaggregazioni delle competenze che lo Stato nazionale ha per un paio di secoli esercitato secondo il criterio unitario della sovranità.

A me sembra che la via verso un regime di *governance* sia emersa, nel corso del XX secolo, dall'intreccio di guerra e di pace che lo ha attraversato, spesso anche indossando la maschera del

²³ *Ibid.*, p. 29, e C. FRANZIUS, *Governance und Regelungsstrukturen*, in «Verwaltungsarchiv», 97/2006, p. 186.

totalitarismo. Sempre più ampi bisogni amministrativi sono stati alla base di quella tendenza, dandole un significato e un contenuto politico oltre che amministrativo, anche in termini di risposte normative. Sia quei bisogni che le relative risposte hanno via via assunto contorni eccedenti quelli degli Stati nazionali, fino a rappresentare la nuova *Welt-gesellschaft* che ha preso il posto di quella nazional-borghese che aveva segnato la crisi dell'assolutismo e aperto l'era del liberalismo.

Non è facile mediare tra queste posizioni. Occorre misura.

Ci vuole una misura che sia allo stesso tempo multidisciplinare e *multi-level*. Ma si deve prima di tutto considerare la difficoltà di comporre la differenza tra una visione di tipo unitario e gerarchico (quella tradizionale sovrana, *statal-governmental*)²⁴ e quella di *governance*, che parrebbe invece essere di tipo autonomistico,

²⁴ È quanto ribadisce Badura, parlando di *Gewährleistungsstaat*: sussistono certi «verfassungsrechtlichen Zielvorgaben» che condizionano ogni possibile sviluppo, riposando sull'idea di una «Reservfunktion des Staates» (P. BADURA, *Konzeptionen*, p. 21, che cita A. VORCKUHLE, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 2003, pp. 266-307 e M. RONELLENFITSCH, *Daseinsvorsorge und service d'intérêt général im Interventionsstaat*, in S. MAGIERA (ed), *Daseinsvorsorge*). La conclusione di Badura non ammette replica, poiché l'incontro tra compiti dello Stato e fini privati è sempre sbilanciato a favore del primo, il quale è per definizione «orientato al bene comune», mentre i privati sono orientati solo al profitto. Restando vera l'ultima osservazione, resta da chiedersi quale altra struttura *gemeinwohlorientiert* potrà sussistere, oltre allo Stato depauperato di *government*, entro alla *global governance* che si va affermando e richiede nuove, valide strutture di decisione e intervento.



policentrico e cooperativistico – come io auspico – ma potrebbe anche assumere i caratteri del dominio universale globale²⁵.

Nei titoli dei contributi che segnano il travaglio degli studi a cavallo tra le relazioni internazionali e il diritto internazionale²⁶, la *governance* va acquistando un significato assorbente di molte diverse fattispecie che registrano comunque fuoriuscite dai con-

²⁵ Emblematica di questo orientamento mi pare Peters, che non solo compie una rassegna perspicua delle diverse tendenze di diritto internazionale, ma anche offre conclusioni metodologiche di disarmante lucidità. Pur ammettendo che «a coherent constitutionalist approach to international law does not (yet) exist», l'autrice vi fa però rientrare gli studi più *Community-oriented* che *State-oriented* e perciò anche orientati a riconoscere «an international basic legal order», il quale si presenta quasi come una *constitution*, ispirata non più tanto al principio di sovranità (gerarchia, forza) ma a quello di *rule of law*: quindi «a common-good-oriented entity, representing a more communitarian than liberal concept». Discorsi ancora molto generali e generici, forse, ma da leggere – nelle parole della Peters – alla luce di una «methodological self-consciousness and reasoned eclecticism», in funzione di un «informal criticism, which is in turn the conditio sine qua non of scholarship and of a functioning international civil society» (A. PETERS, *There is Nothing more Practical than a Good Theory. An Overview of Contemporary Approaches to International Law*, «German Yearbook of International Law», 44/2001, pp.25-37).

²⁶ Senza pretesa di completezza, dò qui notizia dei “fascicoli” dedicati da alcune grandi riviste alle nuove frontiere del diritto internazionale: «Stanford Journal of International Law», 40 /2004, col titolo *Balance of Power: Redefining Sovereignty in Contemporary International Law*; «Chicago Journal of International Law», 1/2000, con gli Atti della AEI Conference. *Trends in Global Governance: Do they Threaten American Sovereignty?* (contenente il famoso saggio di J.R. BOLTON, *Should we Take Global Governance Seriously?*); «German Yearbook of International Law» 44/2001, dedicato a *The Fight Against Global Terrorism. Self-Defense or Collective Security as International Police Action? Some Comments on the International Legal Implications of the “War Against Terrorism”* (dov'è appunto contenuto l'appena citato saggio di Anne Peters, oltre a quello di CH. WALTER, *Constitutionalizing [Inter]national Governance. Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, di cui darò conto più avanti).

fini dei vecchi Stati, determinando situazioni di sovranità limitata (*conditional sovereignty*). Quest'ultimo carattere di sovranità limitata si può però attribuire sia ai vecchi Stati (che stanno perdendo la loro sovranità integrale, la quale viene di solito fatta derivare dalla Pace di Westfalia del 1648), che alle nuove agenzie che vanno invece guadagnando sovranità, a livelli insieme superiori e inferiori a quelli in cui la sovranità statale si era attestata. Ciò equivale a dire che:

«ciò che sta cambiando è, in breve, il ruolo del *government* nella *governance* e questo cambio ha comportato problemi complessi in termini di democraticità e *accountability*»²⁷.

Non è affatto secondario che la nuova *human security* abbia necessità di dotarsi di uno «standard di misurazione (*metric*) con cui poter attribuire grandezze e priorità». Ecco la misura di cui vorrei parlare. Una misura storicamente determinata, aggiungo, in cui possa prendere corpo e trovare espressione l'aggregazione a livelli diversi – spesso più alti, sovranazionali, ma anche più

²⁷ B.G. PETERS - J. PIERRE, *Governance, Government, State*, in C. HAY - M. LISTER - D. MARSH (eds), *The State. Theory and Issues*, London 2006, p. 209, che sottolinea lo «slittamento da *govern-ment* a *governance*» e citano Rhodes, il quale propone il seguente significato di *governance*: «self-organizing, interorganizational networks... [volte a] complement markets and hierarchies as governing structures for authoritatively allocating resources and exercising control and coordination» (R.A.W. RHODES, *The New Governance: Governing without Government?*, «Political Studies», 44/1996, pp. 653-667). Che poi tali *networks* siano caratterizzati «by trust and mutual adjustment» è la ragione per cui essi sono in grado di resistere a ogni tentativo di ripresa di *guidance* gerarchica da parte dei centri tradizionali del potere statale.



bassi, infrastatali – delle competenze di cui gli Stati sono ancora, ma in maniera sempre più dis-aggregata e non unitaria, titolari. Da qui nascono le reti di cui il *New World Order* sarà fatto, se mai esso sorgerà e potrà davvero funzionare²⁸.

Tutti parliamo di *global governance* e siamo d'accordo che bisogna trovare nuove forme di regolazione delle cose pubbliche (vita in comune, bene comune, beni comuni... ma anche affari) che, passando per la partecipazione diretta degli interessati e la cooperazione delle organizzazioni coinvolte (cioè per entrambe le vie superando il monopolio statale della rappresentanza istituzionale e della pubblica amministrazione), assicurino risposte ai bisogni della società g-localizzata. Al di là dell'impiego di termini magniloquenti come *global constitutionalism* o *cosmopolitan democracy*, la tendenza generale è però quella di non uscire dal proprio ambito disciplinare, di solito considerato l'unica possibile trincea della scientificità.

²⁸ A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton 2004, p. 12. Ai due *trend* di mutazione *national* → *global* e *government* → *governance* ella ne aggiunge un terzo: *unitary state* → *disaggregate state*, ipotizzando «an order based on an intricate three-dimensional web of links between disaggregated state institutions» (p. 15). L'allargamento mi sembra giustificato dal richiamo che da diversi campi della ricerca sociale viene fatto alla necessità di movimentare la “metrica” dei nuovi bisogni globali: cfr. ad es. U. BECK, *Disuguaglianza senza confini* (2008), Roma-Bari 2011, (che verrà buono anche nel II capitolo, nota 124); ma anche T. BRÜHL - V. RITTBERGER, *From International to Global Governance: Actors, Collective Decision-making and the United Nations in the World of Twenty-first Century*, in V. RITTBERGER (ed), *Global Governance and the United Nations System*, Tokyo-New York-Paris 2001.

Avendo già avuto occasione di studiare l'impatto costituzionale della scienza per lo Stato moderno e in particolare per il "modernissimo" Stato imperiale tedesco dell'Ottocento, mi viene però un dubbio: siamo sicuri che la prossima fase di riassetto costituzionale (in direzione, come sto ipotizzando, di *governance*) dovrà o potrà avere ancora matrice scientifica? Avevo avuto occasione, ancora più anticamente, di usare l'espressione «arte di governo» per indicare il modo di affrontare i nuovi, per allora, bisogni dello Stato assoluto²⁹: un termine che poi l'effettivo Foucault ha legato a *gouvernementalité* e *bio-politique*. Ma non sono sicuro che si possa ripetere tale quale l'esperienza di allora. Ho l'impressione e insieme la speranza che occorra qualcosa di nuovo per comprendere e accompagnare questa nuova governance globale, qualcosa che torni a pescare nel profondo del mutamento culturale in atto, in direzioni capaci di assimilare tutte le preoccupazioni e le proposte antiche, ma il più possibile al di là delle riserve disciplinari come pure dell'obsoleta separazione tra scienza e arte.

Occorrono nuovi criteri per osservare e misurare il mondo, che non siano però solo nuove unità di misura, ma rilevatori e indicatori di valori e di fini dell'azione di governo. Se questa è *governance*, essa non dovrebbe valere solo per una sua intrinseca *fitness* o per la razionalità, fredda e gerarchica, dei fini a cui si

²⁹ Cfr. P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968; P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987.



applica, ma dovrebbe saper rispondere in termini di *accountability*³⁰. Non c'è parola più usata, oggi, nel campo della governanza globale, per tenere insieme e uniformare, nell'accettazione delle loro prestazioni e comandi, i vecchi e nuovi soggetti che la compongono – pubblici, semipubblici, semiprivati e privati – e per spiegarne la presenza e financo la legittimazione. *Misura* (cioè capacità di adattamento e adeguamento alla situazione e particolarmente ai bisogni) e *accountability* (cioè capacità di mostrare, in ogni momento, che la prestazione eseguita si muove nell'interesse dei soggetti titolari di quei bisogni) mi sembrano diventare i due anelli più forti della catena che collega comando e obbedienza, cioè, alla fine, del vincolo (della corda nel vecchio affresco senese di Ambrogio Lorenzetti) della legittimazione del potere.

Non c'è dubbio che, allo stato presente, a monopolizzare l'attenzione degli interessati a questi problemi siano – più dei

³⁰ Non so precisare meglio questo concetto, né tradurlo in buon italiano e tutti, anche gli anglofoni, mi continuano a chiedere che cosa intendo: semplicemente la necessità/capacità per i detentori del potere politico (e amministrativo) di rendere conto in ogni momento del proprio operato, in modo da suscitare e mantenere la fiducia nei destinatari di esso medesimo. Termini correlati sono: in inglese *reliance, trust, confidence, faith*; in tedesco *Vertrauen, Zuverlässigkeit (Glaubwürdigkeit), Zuversicht*; in francese *confiance*; in spagnolo *confianza*. Cfr. F. MARTINEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid 2009, con cui il problema qui esposto viene posto alle origini stesse del moderno Stato di diritto in Spagna. Ma anche, più recentemente, M.J. SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid 2011.

giuristi di varia specialità e dei sociologi – gli economisti. Ciò non tanto perché la scienza economica si sia mostrata in grado di assicurare, dopo le incertezze palesate di fronte agli eventi di questi ultimi tempi, qualche sicurezza predittiva o anche solo interpretativa sul nostro futuro, ma perché l'indice più evidente della dis-aggregazione dei vecchi Stati è certamente la misteriosa assenza e dislocazione dei mercati. Il dubbio riguarda la loro stessa connotazione: vanno essi considerati come semplici spazi di azione economica, oppure come meccanismi autonomi di regolazione di tale azione?³¹ O sono addirittura diventati essi stessi soggetti a figura unitaria e accertabile, a cui poter applicare personalità politica internazionale? Ma la dubbiosità tocca ancor più intimamente la loro essenza: funzionano e valgono essi ancora come mercati “economici” nel senso antico, o prevale ormai la loro funzione “finanziaria” o addirittura quella “monetaria”? Hanno

³¹ In questo caso, i nuovi “attori” sarebbero piuttosto le imprese multinazionali, a cui pure si applica il concetto di *governance*: «This year's prize is awarded to two scholars who have made major contributions to our understanding of economic governance, Elinor Ostrom and Oliver Williamson. In a series of papers and books from 1971 onwards, Oliver Williamson (1971, 1975, 1985) has argued that markets and firms should be seen as alternative governance structures, which differ in how they resolve conflicts of interest. The drawback of markets is that negotiations invite haggling and disagreement; in firms, these problems are smaller because conflicts can be resolved through the use of authority. The drawback of firms is that authority can be abused» (*Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in memory of Alfred Nobel 2009, Economic Governance, compiled by the Economic Sciences Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences*: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/ecoadvog.pdf).



insomma a che fare forse con la costituzione di nuove sovranità?³²

In ogni caso, non si può dimenticare l'intrinseca storicità del fenomeno "mercato". Se infatti per il Dumont di *Homo aequalis* esso fu il prodotto dell'autonomia raggiunta dalla ricchezza mobile, come «forma superiore della ricchezza in generale»; e se a esso si può addirittura applicare per analogia la definizione data da Alfonso de' Liguori alla giustizia commutativa di aristotelica derivazione, come «il valore delle robe spettanti a ciascuno», resta vero che la parola, ma anche la realtà del mercato hanno avuto lunghissima gestazione da mille anni in qua, in connessione con lo snodarsi del rapporto tra religione, politica ed economia nell'ambito del cosiddetto processo di secolarizzazione³³. Finché, con decisiva determinazione storica, al culmine della pa-

³² Riporto, per la sua concisa precisione, un appunto fornitomi dall'amico Renato Giannetti dell'Università di Firenze sull'attuale problematica del mercato: «La perdita della sovranità monetaria esclusiva è il punto di svolta nuovo che ha due conseguenze. La prima è il ritorno a una moneta-finanza di stampo rinascimentale; la seconda la mancanza di forza di una moneta-finanza che si frammenta in gruppi più o meno grandi a scala locale e globale connessi da legami informali che possono andare dalla tribù alla consorteria, e all'interno, da padrone a servo, come direbbe Luigi [Totaro]. Lo stato di diritto che conosciamo è sovrano nell'amministrazione, nel monopolio della forza e della moneta. I gruppi non so dove e come potranno trovare la soluzione: in alto, controllando con istituzioni sovranazionali la finanza, o in basso, in gruppi di esclusi che si riorganizzano attorno alla politica».

³³ Cfr. P. PRODI, *Settimo non rubare* e P. PRODI, *VII: Non rubare. Il Decalogo nella genesi del mercato occidentale*; o anche P. PRODI, *Furto e mercato nella tradizione occidentale*.

rabola dello Stato moderno, Adam Smith seppe svincolarlo da quest'ultimo in base a motivazioni, si può ben dire, "sentimentali", cioè filosofiche e culturali insieme. Grazie alla libertà delle azioni che si svolgono in esso, il mercato diventa infatti luogo di compensazione automatica (la mano invisibile che governa la concorrenza perfetta) fra la ricerca individuale e egoistica del profitto e l'interesse dell'intera società³⁴. Da semplice guardiano (grazie alla legge) del mercato in ipotetica libera concorrenza, lo Stato di diritto divenne, con la sua capacità di prestazione amministrativa (grazie all'impiego di misure adeguate), agente operativo del mercato stesso, caricandosi dei bisogni amministrativi che quest'ultimo produceva ma a cui non poteva direttamente rispondere.

La storia del mercato è a metà storia del capitalismo e a metà storia dello Stato moderno³⁵. Entrambi hanno saputo rinnovare le

³⁴ Mi si perdoni questa semplificazione un po' triviale. In realtà a me interessano molto di più le premesse e le implicazioni filosofiche del ragionamento di Adam Smith, che coinvolgono fortemente nel discorso sulla libertà di mercato le scelte, morali e culturali, degli individui, in maniera non dissociata dalla condizione sociale storica in cui essi conducono la loro esistenza. Rossi nota che l'attuale fase di "sviluppo" economico è caratterizzata dallo «stravolgimento completo di molte normative di regolazione del mercato che costituivano il punto d'equilibrio della rivoluzione industriale, nata e prosperata nella concorrenza fra le imprese» (G. ROSSI, *La rivoluzione*, p. 109).

³⁵ A parte gli studi seminali di Fernand Braudel e Immanuel Wallerstein, va subito detto che, assai più dello Stato moderno, il capitalismo ha manifestato straordinarie capacità di adattamento, cioè di determinatezza storica. In tal modo, esso ha praticamente perso la qualità primaria di «modo di produzione» per svelarsi del tutto come «modo di arricchimento». Rossi suggerisce che la rivoluzione finanziaria oggi in atto sta sicuramente travalicando le capacità politico-organizzative finora espresse nella forma-Stato, andando di pari passo con la tra-



proprie forme per perseguire uno scopo comune, che forse coincide, *lato sensu*, con lo scopo stesso della convivenza umana, almeno di quella occidentale nella sua forma secolarizzata e moderna: quello del *Wohl-Fahrt*, cioè dello star-bene della gente. Tale scopo si è finora realizzato in sintonia, non solo ideologica ma anche istituzionale, con un altro principio, più antico e forse anche primario: quello del *Gemein-Wohl*, il ben-comune. Dall'incrocio dei due temi verrebbe, algebricamente, la nozione di *Gemein-Fahrt*: di un cammino cioè comune e magari anche partecipato e cooperativo degli uomini, nei diversi "luoghi e ceti" della loro esistenza. A questo nuovo principio sembra ormai piegata anche la dinamica fra *governance* e *government* di cui stiamo parlando. Lo indica anche il rilievo crescente – in letteratura come in legislazione – dei *commons*, dei beni comuni, come oggetti/valori a cui orientare l'azione collettiva o da cui l'azione collettiva è determinata³⁶. Come pure lo certifica l'uso di strumenti tecnici sempre più raffinati, perché non solo traducibili in misure

sformazione dell'idea-prassi di mercato, ma presentando forse, alla fine, gli stessi aspetti di «dis-aggregazione» che abbiamo visto (o presto vedremo) caratteristici dell'attuale crisi statale.

³⁶ Il riferimento è nuovamente a E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge 1997. Che il tema sia di grande attualità è dimostrato, per altri versi, dall'attribuzione all'Autrice del Premio Nobel per l'economia 2009, cfr. *Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in memory of Alfred Nobel 2009*: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/ecoadvo9.pdf

amministrative ma anche riconducibili a opzioni e a impegni di tipo valoriale, a tasso politico crescente³⁷.

La governance oltre i confini statali

Per compiere qualsiasi viaggio – soprattutto se comune – c'è bisogno di strumenti di misura, variamente assortiti, che vanno dalla bussola alla guida. Conosciamo già i rischi sottesi alle operazioni di massa, anche quando esse avvengono sotto velature democratiche. Il secolo appena trascorso ci ha mostrato sia la soluzione totalitaria del rapporto Stato/mercato, sia quella neo-liberistica: dal *big brother* alla *big society*, passando per attraenti e altrettanto fallimentari progetti comunistici e corporativi. Non si può dire che ci manchi oggi l'esperienza per valutare le diverse combinazioni. Il materiale documentario a disposizione è enorme: si tratta solo di leggerlo e interpretarlo, per evitare strade che si sono già rivelate pericolose e trovarne altre, adatte e commisurate a una realtà politica globale che appare oggi molto più chiara e definita di un secolo fa. Si tratta, in parole più povere, di capire cosa deve accadere quando lo Stato (*government*) non ce la fa più a stare al passo coi bisogni del mercato, che si vanno sempre più caricando di significati anche sociali e politici ed esi-

³⁷ G. CAPANO - A. LIPPI, *Gli strumenti di governo stanno cambiando? Aspetti teorici e problemi empirici*, «Rivista Italiana di Politiche Pubbliche», 2010, pp. 5-30, con bella bibliografia, di cui sottolineo: P. ELIADIS - M. HILL - M. HOWLETT (eds), *Designing Government. From Instruments to Governance*, Montreal 2005 e L.M. SALAMON, *The New Governance and the Tools of Public Action*, Washington 1989.



gono *surplus* di *governance*. Ma per far questo, non bisogna sottovalutare le implicazioni – politiche e culturali – connesse all'espropriazione da parte dei mercati di tratti costitutivi dell'antica sovranità statale: con particolare riferimento alla funzione finanziaria e a quella monetaria³⁸.

Al di là delle minacciose evocazioni diplomatico-giornalistiche della *guerre des monnaies*³⁹, c'è da chiedersi se i mutamenti descritti offrano qualche denominatore comune, su cui tentare di costruire una comprensione del futuro che non sia ridotta a lamentazioni sul bel tempo passato o alla futuribile e vana evocazione di una *cosmopolitan democracy*⁴⁰. Credo che, anche per comprendere il nuovo ruolo dei mercati, l'indicatore migliore sia quello della “dis-aggregazione”⁴¹. Anch'essi infatti

³⁸ Le origini finanziarie del moderno Stato territoriale secondo G. SCHMOLLER, *Die Epochen der preußischen Finanzpolitik* possono essere facilmente combinate con la letteratura degli anni '60-'70 sulla *Fiscal Crisis of the State* (a partire dall'opera di James O'Connor del 1973). Resta crudele il titolo di un articolo della «Neue Zürcher Zeitung» del 22 novembre 2011: «Weniger Souveränität als Preis für die Euro-Bonds».

³⁹ L.L. JACQUE, *Guerre des monnaies, mythes et réalités. La fuite en avant des grandes économies*, «Le monde diplomatique» 681, 57/2010; anticipato però, tra l'altro, proprio da I. WALLERSTEIN, *Guerre des monnaies? Oui, bien sûr*, «Mémoire des luttes», Commentaire n. 292, 12 novembre 2010, disponibile all'indirizzo <<http://www.medelu.org/Guerre-des-monnaies-Oui-bien-sur>>.

⁴⁰ A dire il vero, c'è anche una terza soluzione, quella del disastro, ben rappresentata dall'ultimo libro di E. ALTVATER, *Der grosse Krach. Oder die Jahrhundertkrise von Wirtschaft und Finanzen, von Politik und Natur*, Münster 2010.

⁴¹ «La rivoluzione finanziaria e la globalizzazione hanno poi modificato, in ossequio alle loro finalità ed esigenze, sia gli statuti giuridici dei mercati, lasciandoli in buona parte senza regole e quindi senza statuto, sia la natura e la disciplina dei

hanno perduto la funzione unitaria di sintesi della ricchezza economica di un paese, di una popolazione, di uno Stato, per acquisire valenze differenziate, in termini di finanza o addirittura di valuta. Non c'è più certezza né dei soggetti, né delle politiche, e diventa sempre più difficile comprendere le logiche di funzionamento di questo settore di organizzazione del capitalismo internazionale, che rappresenta però al momento la faccia visibile della *global governance* in divenire. C'è che preconizza che il processo manifesterà tutta la sua carica di "caoticità", quando sarà venuta meno anche la pietra d'angolo dell'intero sistema che è stata finora il dollaro USA, come moneta di riferimento degli scambi mondiali⁴².

Dis-aggregazione dello Stato, dis-aggregazione del mercato non significano ancora la fine del mondo. Significa solo che si stanno creando (si sono già create) nuove aggregazioni⁴³. Anticipare le prime e prevedere le seconde è esattamente il compito di quei dottori che siamo noi, gli studiosi. E, per poterlo svolgere

protagonisti dei traffici economici, rovesciando completamente le strutture tradizionali del sistema capitalistico» (G. ROSSI, *La rivoluzione*, p. 134).

⁴² «Il n'y a pas de devise aujourd'hui prête à remplacer le dollar comme monnaie de reserve. Dans ce cas, lorsque le dollar chutera, il n'y aura plus de monnaie de reserve. Nous serons dans un monde monétaire multipolaire. Et un tel monde est très chaotique et personne ne s'y sent à l'aise car les mouvements rapides et permanents des taux de change rendent très précaire toute prevision économique de court terme», (I. WALLERSTEIN, *Guerre des monnaies*).

⁴³ B. ARTS - A. LAGENDIJK - H. VAN HOUTUM (eds), *The Disoriented State: Shifts in Governmentality, Territoriality and Governance*, «Environment & Policy», 49/2009. Di fallimento e crisi parla invece R. POSNER, *The Failure of Capitalism*, Cambridge 2009 e *The Crisis of Capitalist Democracy*, Cambridge 2010.



bene quel compito, bisogna assumere un punto di vista il più possibile “decentrato”, anche rispetto alle preferenze e competenze disciplinari (oltre che ideologiche) possedute⁴⁴.

Ma se è così, si entra per forza in una dimensione transnazionale essa pure, ormai, comune. Non per via di sopraffazione o egemonia però, e neppure solo grazie al consolidato e privilegiato criterio occidentale della razionalità⁴⁵. Non sarò io ad aprire un discorso sul ruolo della misura in culture diverse dalla nostra, ma mi sia consentito pensare che forse intorno a quel tema si potrebbero raggiungere più risultati comuni che su temi di diritto o di economia. Purché anche noi occidentali accettiamo di accantonare la matrice positivista del nostro modo di pensare e torniamo a essere un po’ più radicali, recuperando, in particolare

⁴⁴ Per riprendere il tema del diritto, che per un paio di secoli ha regolato in modo dominante il sistema di rapporti precedenti all’attuale, Rossi osserva che la nuova *lex mercatoria* ha esaltato una millantata «libertà contrattuale» rispetto all’esistenza di regole giuridiche precise: «Ma il contratto, posto a base del mercato, evidenzia tali problemi epistemici, da potersi considerare un “non luogo” del diritto, sicché sembra corretto affermare che il capitalismo finanziario della globalizzazione ha sconfitto definitivamente, almeno per ora, il diritto, tant’è che, rispetto alla nuova simulazione di una *lex mercatoria*, quella dello Stato e dei legislatori tradizionali è apparsa a M.R. Ferrarese come «l’estrema riserva Apache del diritto propriamente inteso» (G. ROSSI, *La rivoluzione*, p. 135).

⁴⁵ «La crisi generale della maniera di governare e di governarsi, della maniera di guidare e di guidare se stessi accompagna, alla fine della feudalità, la nascita di nuove forme di rapporti economici e sociali nonché le nuove strutturazioni politiche. [...] La ragion di stato non è l’imperativo in nome del quale si possono o si devono scompaginare tutte le regole, ma è la nuova matrice della razionalità secondo cui il Principe deve esercitare la sua sovranità governando gli uomini», (M. FOUCAULT, *I corsi al Collège de France. I Résumés* (1994), Milano 1999, pp. 76-77.

per le cose politiche e sociali, un'idea di misura che parta dall'uomo, per stabilire poi le relazioni con le cose: perché: «Essere radicale, vuol dire prendere le cose alla radice; ma la radice, per l'uomo, è l'uomo stesso»⁴⁶.

Quest'idea di misura è già stata l'emblema di grandi stagioni, a partire dall'umanesimo fino alla rivoluzione scientifica contemporanea, da Leonardo a Heisenberg. Son cose che si fanno, ma vorrei almeno riprendere il ruolo svolto dal neo-stoicismo nel dettare la misura del comportamento umano nella società moderna. Passando per il barocco "tragico" studiato da Benjamin, s'incontra nuovamente un concetto di misura che, anche attraverso l'azione della Compagnia di Gesù, ha forgiato gli spiriti della nascente borghesia europea⁴⁷. Proprio Benjamin consente però di cogliere l'altro e concomitante (nella sua contraddittorietà) aspetto di quest'idea di misura nell'esperienza politica occidentale, fino alla sua identificazione di *Maßnahme* con *Gewalt*⁴⁸. Noi

⁴⁶ K. MARX, *Critica della filosofia del diritto di Hegel. Introduzione* (1844), in K. MARX, *Scritti politici giovanili*, Torino 1975, p. 404.

⁴⁷ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco* (1928), Torino 1980. È un'opera intrisa di quel sentimento che io considero cruciale per la nascita della politica in Occidente e che per ora racchiudo nell'espressione «melancolia politica» (si veda il I capitolo del presente saggio).

⁴⁸ M'interessa molto il nesso tra *Gewalt* (Benjamin 1921) e *Maßnahme* (Brecht 1930) passando eventualmente per il rapporto a un certo punto insorto tra Benjamin e Schmitt. Il tema è però troppo complesso per poter essere affrontato qui. Lo rinvio perciò a occasione più opportuna, non senza però fare cenno alla famosa lettera di Walter Benjamin a Carl Schmitt, la quale, espurgata dalla prima edizione della corrispondenza di Walter Benjamin, è stata pubblicata per la prima volta nel 1974. Cfr. anche W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, pp. 77-78



eravamo partiti, commentando Brunner, dall'idea di *Herrschaft*: credo che una delle questioni cruciali del nostro tempo stia proprio nell'oscillazione fra queste due grandezze politiche – la *Gewalt* e la *Herrschaft* – da conciliare, anche in chiave di *global governance*, attraverso la ricerca di una giusta misura.

Un costituzionalismo ri-generato – come quello che molti perseguono, in una forma o nell'altra – non può infatti non misurarsi con la dimensione di massa che la politica conosce da più di un secolo. È necessario innanzi tutto chiedersi se, nel nuovo contesto, la nostra misura debba assumere solo i connotati drammaticamente totalitari di cui siamo stati testimoni nel secolo scorso, o perdere invece il devastante contenuto di forza/violenza per riassumere quello di potere/governo.

Potrebbe allora rientrare in gioco un lato di quest'ultimo che finora è rimasto in ombra: quello dell'amministrazione. Occorrerebbe però scioglierla dal connubio ottocentesco col diritto e renderla disponibile a un ricongiungimento con un'altra realtà che, nel passaggio dall'Antico regime allo Stato di diritto, è stata per così dire criminalizzata: la polizia. In un saggio del 1966, Hans Maier preconizzava un possibile ri-uso della *ältere Staatslehre* tedesca per i bisogni dei nuovi tempi⁴⁹. Le varie *Po-*

⁴⁹ H. MAIER, *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition*, München 1966, che scrive su Veit Ludwig von Seckendorff parole che non stonerebbero nella penna di un odierno sostenitore della *global governance*: «Unbekümmert um die Streitigkeiten der Publizistik über kaiserliche majestas und Landeshoheit, unbekümmert um alle Verfassungsfragen geht Seckendorffs Staatslehre einfach

lizyordnungen che hanno accompagnato il sorgere dell'età moderna non erano altro che *Maßnahmen* (misure); nella «gute Ordnung und Policey» dei Cameralisti, l'aggettivo *gut* svolgeva un ruolo equivalente a quello che ha oggi *good* nella *global governance* invocata dalla *World Bank*. Cioè il ruolo di ponderata giustizia, che è un attributo della misura di cui sto parlando. Quest'ultima esprime, per definizione, la fissazione di una relazione tra due o più oggetti: in particolare – per quel che ci riguarda – tra uno scopo da raggiungere e un contesto in cui quello scopo va collocato, come punto sia di partenza che d'arrivo. In questi termini, acquista valore il problema della giustizia, accanto a quello della giustizia: dove la giustizia è anche quella della geometria, che è la scienza per eccellenza sia per Dürer e la sua *Melancholia I* che per Hobbes e il suo *Leviathan*. E allora la “giustizia” dell'intervento (della norma, della misura, ma anche del libero comportamento) non si può esaurire nella sua “giustizia” in senso giuridico (cioè come mera ottemperanza alla legge) che pure ne è componente fondamentale, ma deve comprendere anche l'adeguatezza allo scopo; e il diritto giusto di Stammler dev'essere anche adeguato, rispetto alle relazioni intersoggettive di cui è espressione. A ciò può forse servire l'altalena fra *government* e *governance* che faccia pernio sul nesso quasi intraducibile fra *Ge-WALT* e *Ver-WALT-ung*.

von der empirisch wahrnehmbaren, numerisch meßbaren Summe der staatlichen Tätigkeiten im *Teutschen Fürstenstaat* aus» (p. 20).



Ciò equivale a dire che ogni *government* proviene da una *governance* capace, da una parte, di dotarsi di *Gewalt* ma dall'altra anche di subordinare quest'ultima alla *Verwaltung*. Cioè, alla fine, si finirebbe per riconoscere che il *government* deve molto alla *Verwaltung*, e che solo il corretto – e storicamente determinato – impiego di quest'ultima può superare lo *statu nascenti* della *governance* e creare le condizioni perché la risposta ai bisogni degli uomini e dei gruppi umani possa esser tenuta sotto controllo da parte di questi ultimi. Risultato non indifferente, poiché rappresenta il nocciolo duro del *government*, nei termini costituzionali – questi sì davvero insuperabili – della sua necessaria legittimità.

Il concetto di misura può contribuire al raggiungimento e mantenimento del carattere virtuoso del circolo che ho immaginato. Problema cruciale è l'adeguatezza. Essa si riduce, per me ora, a *Maß* nel suo triplice significato di: 1. conosci te stesso (e adeguati!); 2. conosci la realtà, indagandola e misurandola (e adeguati a essa!); 3. intervieni collettivamente per assicurare i due reciproci adeguamenti appena descritti (e per controllarli, sanzionandoli quando occorre). A quest'ultimo scopo serve, in particolare, la *Maßnahme*, orientata a preservare (performare?) una *Ordnung* che può certo realizzarsi – e finora si è storicamente realizzata – prevalentemente attraverso il diritto. Ma bisogna a tutti i costi evitare che quest'ultimo (sia come scienza che come

legislazione) si trasformi in un «assolutismo giuridico»⁵⁰, pretendendo il monopolio della da me tanto auspicata funzione di misura.

Ma mi serve una chiosa meno arrogante, per rispondere, almeno parzialmente, alla tendenziosa domanda «Eine neue Weltordnung jenseits staatlicher Souveranität?» che ponevo a Monaco. La risposta, ovviamente, non può che essere positiva: non solo è possibile, ma è storicamente necessario e perfino inevitabile che s'instauri un nuovo ordine delle cose, oltre la sovranità statale. Ma aggiungerei «se solo lo si vuole», parafrasando un'operetta dimenticata del mercantilista austriaco Philipp Hörnigk, che presentava sé stesso nel frontespizio del 1684 come un «amante del benessere delle terre di Sua Maestà imperiale»⁵¹. Com'è ovvio, la vera questione risiede in una domanda immediatamente subordinata alla principale: come potrà avvenire ciò? E in che misura gli uomini – come individui e come gruppi – riusciranno a partecipare all'evento⁵²?

⁵⁰ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

⁵¹ Il titolo completo è: *Österreich über alles wann es nur will, Das ist wohlmeinender Fürschlag wie mittelst einer wolbestellten Lands-Oeconomie, die Kayserl. Erbland in kurzem über alle andere Staat von Europa zu erheben / und mehr als einiger derselben / von denen andern Independent zu machen. Durch einen Liebhaber der Kayserl. Erbland Wolfahrt. Gedruckt im Jahr Christi 1684.*

⁵² Non posso che rimandare a quanto Portinaro mi attribuisce: «Sulla base di queste diagnosi è diventato poi ragionevole domandarsi se i concetti della politica centrata sullo Stato possano servire ancora a contribuire alla scrittura di un'altra storia, in cui l'Occidente sarà certamente protagonista, ma non più dettatore-dittatore, oppure se essi dovranno essere aggiornati, miscelati, ibridati, magari abbandonati e sostituiti» (P.P. PORTINARO, *Lo Stato nel laboratorio politico*



Si tratta di capire in che modo il *government* – che dobbiamo riconoscere in crisi, e dal quale siamo chiamati a uscire, se non altro per la sua troppo accentuata occidentalità – potrà commi-surararsi a una nuova *governance*, capace di coprire globalmente sia ciò che sta “al di là” (in direzione, per così dire, *global*), che ciò che sta “al di qua” (in senso cioè *local*) dello Stato moderno e della sovranità che gli è propria. Mi limito qui a proporre le tre variabili a cui anche il nostro tema non può sottrarsi, che fanno parte del bagaglio critico anche della scienza fisica e hanno concorso alla rivoluzione che quest’ultima ha conosciuto durante l’ultimo secolo e mezzo: tempo, spazio, soggetti⁵³.

europo, «Scienza & Politica», 34/2006, p. 7, disponibile all’indirizzo: <<http://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2848/2245>>).

⁵³ Sull’articolazione spazio-temporale del principio di sovranità, cfr. M.D. DUBBER - M. VALVERDE (eds), *The New Police Science. The Police Power in Domestic and International Governance*, Stanford 2006, p. 4, in cui si afferma che: «If police articulates temporalities and modes of governing, it also works to articulate spaces of governing». È la tematica spazio-tempo di oggi: una contrazione del tempo che si dissolve in una ubiquità spaziale? *Ubique sed nunc...* invece dello *hic et nunc* del moderno? L’idea generale che qualunque coppia di grandezze osservabili generiche, che non siano nella relazione di essere tra loro *compatibili*, non si possano misurare simultaneamente, se non a prezzo di indeterminazioni, l’una tanto più grande quant’è più piccola l’altra, è infatti a mio avviso applicabile anche alla ricerca scientifico-sociale. Qui anzi la pretesa di determinazione di cause ed effetti appare fin dall’inizio assai più problematica che non nel campo scientifico-naturale, in cui quanto meno il ricorso alla sperimentazione artificiale garantisce spazi ben più sicuri d’indagine. Si tratta non solo di problemi di misurazione, quanto soprattutto di interconnessione, cosicché i due aspetti della misura e dell’ordine vengono subito in primo piano, ogni volta che si voglia affrontare il fondamento metodologico di ogni ricerca nel nostro campo.

Al tempo e allo spazio ho già accennato riferendomi allo Stato territoriale. Non vi è bisogno di sottolineare che il criterio basilare di entrambe quelle funzioni è la misura. Che però ha funzionato da bussola anche per il comportamento degli uomini nello Stato, guidandoli alla *Zweckrationalität* della moderna *Vita activa*⁵⁴. Ma ora tutto ciò sembra in crisi, per lo Stato come per gli individui. Una crisi che forse dalla fisica meccanica si è già trasferita anche alla “politica meccanica”, senza che, nel frattempo, qualcuno dei politologi post-weberiani abbia colto l’urgenza di impostare una riflessione di tipo “quantistico” anche alla politica⁵⁵.

Proprio qui si apre il discorso sul terzo fattore, quello dei “soggetti politici”.

Un caso che mi pare esemplare è quello occorso all’isola di Lampedusa – che è parte dello Stato italiano ma è situata nel mare mediterraneo più o meno a mezza distanza tra Italia e Libia – il giorno 19 marzo dell’anno 2011. Una nave della Guardia costiera italiana aveva appena raccolto un centinaio di uomini arabi (non posso qui usare l’espressione “cittadini”, trattandosi di fuggitivi, esuli, “banditi”, perseguitati politici, in cerca comunque di rifu-

⁵⁴ Scontato il riferimento a Hannah Arendt, il cui libro (1958) in inglese reca il titolo: *The Human condition*, mentre in italiano fu appunto tradotto col titolo *Vita Activa*, Milano 1964. Da sviluppare, in parallelo col discorso appena fatto su Benjamin, il nesso che quel concetto avrebbe poi avuto, nella crisi novecentesca, col tema bruciante del totalitarismo.

⁵⁵ Il tema è molto antico, se viene attribuito anche a Montaigne da P. SLOGO, *Governo della vita e ordine politico in Montaigne*, Milano 2010, in part. p. 212.



gio, magari anche politico, e via dicendo) la cui barca era naufragata nel tentativo di cercare asilo in Europa. La nave ufficiale della Marina italiana stava attraccando per portarli a terra, quando una folta rappresentanza di “cittadini” (questa volta certamente tali: uomini e donne italiani, residenti sull’isola), ha violentemente protestato e costretto la nave ad allontanarsi senza poter espletare il suo compito.

In questo caso chi erano i “soggetti politici”? I marinai della Marina italiana, i cittadini di Lampedusa o gli esuli – o anche semplicemente migranti – arabi? Oppure i veri “soggetti politici” erano i milioni di Europei pronti a legittimare l’intervento contro il dittatore Gaddafi ma non a sostenere un impegno comune nell’accoglienza dei fuggitivi da quella dittatura?

Non sto facendo del moralismo, anche se è inevitabile che la morale debba giocare un grande ruolo nella ri-definizione di termini e categorie politiche, come quelle di cui stiamo parlando. Voglio semplicemente dire che una *governance* capace di affrontare e gestire in tempo utile i bisogni globali della società mondiale dovrà essere innanzi tutto in grado di trovare la “misura” per mediare – sul piano morale, filosofico e politico – tra le diverse “classi” di soggetti; ma dovrà anche essere in grado di applicare “misure” d’intervento per risolvere “su misura” situazioni del genere. La prima misura da sola non basta; ma neppure le seconde sono sufficienti da sole. E nella composizione di quei due livelli di misura dovranno intervenire competenze disciplinari di-

verse. Non potrà bastare il diritto, nella formulazione legislativa e giurisprudenziale che ad esempio è stata applicata in Italia (ma in altri paesi europei accade di peggio!) con il ricorso alla definizione gius-penalistica del reato di “immigrazione clandestina”, volto a formalizzare il rigetto degli immigranti clandestini in mare.

La giustizia, e ancor più la giustezza dei comportamenti ha purtroppo spesso a che fare anche con azioni minimali e piuttosto offensive del decoro comune. All’inizio dell’età moderna, Montaigne poteva occuparsi liberamente del “governo di sé”⁵⁶, riconoscendo però di essere debitore di ciò a quei magistrati che gli assicuravano una vita tranquilla, sporcandosi loro le mani di sangue, per impedire ai manigoldi di turbare la tranquillità pubblica e quindi anche la sua, di studioso e moralista. Oggi forse non è più così, e se la gente non bada da sola alla propria spazzatura, il mondo ne viene sommerso.

Ecco, credo che la “misura della misura”, a cui mi sono tanto riferito nella mia conversazione, stia proprio nella capacità che ognuno deve acquisire di gestire al meglio, pensando anche agli altri, la propria spazzatura⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. nuovamente Slongo che scrive: «Questo appello ci chiama a trovare la regola, la norma, il valore o l'imperativo di giustizia che hanno necessariamente una forma generale capace di affrontare questa infinita diversità, questo “mare fluttuante delle opinioni di un popolo o di un principe!”» (P. SLONGO, *Governo della vita e ordine politico*, pp. 229 ss).

⁵⁷ I. ILLICH, *Elogio della bicicletta*, Torino 2008. Ma su queste cose torna utile l'intera riflessione critica del grande Maestro.



III. La misura in amministrazione

Un titolo “su misura”

Il titolo di questo terzo capitolo è a prima vista molto pretenzioso, poiché sintetizza un progetto di ricerca aperto da tempo ma non ancora portato a termine⁵⁸. Da qui la necessità di cominciare giustificando proprio il titolo. Esso non si riferisce all'analisi di un trend politico-internazionale che è sotto gli occhi di tutti e ha già trovato e troverà molti tentativi di spiegazione nel campo del diritto internazionale, della storia delle relazioni internazionali e della stessa scienza politica⁵⁹.

A me interessa piuttosto partire dalla constatazione di fatto dell'esistenza di un quadro globale di distribuzione “dei poteri” nel mondo di oggi, per provare a elaborare un modello di comprensione di quel che resta del “politico”. È questo un termine relativamente poco usato nel lessico spagnolo, che invece in Italia,

⁵⁸ Quello della “misura” è stato il tema che ho scelto per onorare la Cátedra de Excelencia assegnatami dalla Universidad Carlos III de Madrid durante il semestre invernale 2011-2012. Una serie di seminari preparatori sono culminati in un invito da parte della Fundación Coloquio Jurídico Europeo a tenere una *ponencia*, la cui rielaborazione è confluita in questo capitolo.

⁵⁹ Al tema è prevalentemente dedicato il secondo capitolo del presente saggio, come pure il saggio di Bartolomé Clavero, nella seconda parte del volume.

dai tempi della mia traduzione di Carl Schmitt⁶⁰, viene molto impiegato – anche giornalmisticamente – nel senso un po' confuso di “autonomia della politica”. Ciò dovrebbe indicare, nell'intenzione migliore che è anche la mia, la possibilità reale, per gli uomini, di essere parte attiva nella vita in comune che conducono tra loro, di agire cioè come cittadini a pieno titolo.

Contrapponendo poteri “globali” a potere “legale”, intendo dire due cose distinte e per me ugualmente importanti. La prima è che nella visione di oggi, al potere come realtà monolitica, unitaria e compatta (che sarebbe quello tradizionalmente riferito allo Stato) si va sempre più sostituendo, nell'esperienza comune, una concezione a più facce del medesimo. Ciò è conseguenza della perdita di pregnanza del concetto di sovranità come marchio di fabbrica (e anche “misura”, come vorrei cominciare a dire fin da subito) dello Stato moderno. Ma è anche segnale di una rinata disponibilità – nuova per noi oggi, ma antica se si usa lo sguardo lungo della storia costituzionale – a pensare il potere in maniera pluralistica. La seconda osservazione è di carattere ancora più essenziale. Contrapponendo “legale” a “globale” come attributi del Potere, voglio sottolineare il fatto che il potere legale non può mai pretendere di essere globale, se non negandosi da sé stesso e ponendosi in una spirale totalitaristica che già conosciamo e non

⁶⁰ C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna 1972, in cui è tradotto il famoso saggio *Der Begriff des Politischen*, originariamente del 1927.



possiamo accettare. Il potere legale è per definizione limitato, se è vero che è la sua stessa legalità a rappresentarne la legittimità.

Per converso, è anche vero che i nuovi “poteri globali” non potranno esaurire la loro consistenza nella sola dimensione giuridica (com’è stato invece finora il caso per il potere “legale”), necessitando di *input* cognitivi e *output* applicativi estesi a tutto l’arco dei bisogni “sociali e comuni” di una moltitudine sempre più globale. Ciò impone il ricorso a meccanismi di legittimazione più larghi e sofisticati di quelli che il diritto è stato finora in grado di approntare.

Non si tratta solo di questioni teoriche. Se ci poniamo concretamente la domanda: ci sono oggi “difetti di potere”? Cioè “carenze delle qualità proprie del potere statale”?, la risposta è facile e positiva. Tali carenze si avvertono, in primo luogo, in termini di rappresentanza dello Stato (sia verso il basso delle comunità locali, come verso l’alto dei diversi quadri di riferimento internazionali; ma sopra tutto verso lo stesso popolo sovrano, rappresentato nel parlamento); in secondo luogo, quanto alla capacità che lo Stato ha di mettere in pratica le proprie misure (ecco di nuovo la parola magica che dovrebbe trovare giustificazione alla fine del mio discorso), a livello sia di ordinamento che di amministrazione.

Per restare però nel linguaggio comune e persistere nella concretezza del ragionamento, provo a elencare le qualità dello Stato, non prendendole da un trattato di diritto pubblico ma dal so-

lito dizionario da cui traggio le informazioni lessicali che mi servono: il *Grande dizionario italiano dell'uso* di Tullio De Mauro. Esso definisce Stato come «entità giuridica e politica frutto dell'organizzazione della vita collettiva di un gruppo sociale nell'ambito di un territorio sul quale essa esercita la sua sovranità»⁶¹.

Diritto, politica, organizzazione, popolazione (gruppo sociale), territorio sono tutti ingredienti di una ricetta che serve a “fare” la sovranità.

Il concetto fu sintetizzato da Bodin quasi cinque secoli fa (e pochi concetti politici hanno conosciuto una vita tanto lunga: quindi non c'è da stupirsi che appaia oggi in declino!) come «la *puissance absolue et perpétuelle d'une République [...] c'est-à-dire la plus grande puissance de commander*». Si tratta di un potere assoluto e perpetuo poiché «n'est limitée ni en puissance ni en charge à un certain temps».

Tale sintesi era il risultato di una lunga evoluzione che partiva dalla formula medievale del «*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*». Essa si poté realizzare però solo quando quel “*rex*” (che per Machiavelli era divenuto più sempli-

⁶¹ Nell'originale versione spagnola di questo saggio, il popolare *Diccionario esencial de la lengua española* definiva Estado come «Forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio»; oppure anche come: «País soberano, reconocido como tal en el orden internacional, asentado en un territorio determinado y dotado de órganos de gobierno propios» (*Estado*, in *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid 2006).



cemente il “Principe”) trovò la “misura giusta” con cui applicare la formula. Intendo misura proprio in senso materiale, con riferimento cioè a un territorio e a una popolazione precisi e ben rilevati.

Per Machiavelli, il principio fondamentale – perché effettuale – del potere (del Principe) consiste nel saper mantenere e possibilmente allargare il “suo” territorio. Per Bodin, il territorio è la realtà concreta su cui insistono i «*plusieurs ménages*» di cui è composta la sua *république*, che sarà poi il nostro Stato: «*République est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine*»⁶². Elemento distintivo è qui il carattere *droit* che il governo deve avere, componendo la *puissance absolue* vista prima.

Aldilà delle *lois fondamentales du royaume*, su cui il discorso sarebbe troppo lungo, il “*droit*” si riferisce probabilmente alla pluralità dei corpi ed esprime la “misura” con cui la *puissance souveraine* si esprime, si esercita nei loro confronti.

Il pensiero che legalità e globalità del potere siano due condizioni non conciliabili fra loro rappresenta il primo pezzo del mio ragionamento. Perché, se ciò è vero, entra in crisi anche il modo in cui l’Occidente ha finora pensato alla legittimità del potere: cioè, in particolare, il ruolo che in essa ha occupato il diritto, so-

⁶² Entrambe le definizioni nel testo provengono dai *Six livres de la République* (1576).

prattutto nella dimensione “monopolistica” che esso ha assunto durante la fase più moderna dello Stato. Si deve perciò tentare di fare una previsione sul futuro, sperabilmente legittimo, del nostro “ben comune”. Mi pare, in poche parole, che esso dovrebbe consistere nello sforzo di trasformare il diritto da forza egemonica ed esclusiva della nostra *res publica*, in semplice strumento di quest’ultima: cioè in “uno” dei mezzi utili per tener insieme e fare funzionare le cose (“in comune” appunto!) che formano la comunità, pur in presenza, eventualmente, di motivi giustificativi e legittimatori di quest’ultima di altro genere.

Una simile prospettiva non deve fare paura. Come da tempo si parla della fine del *ius publicum europaeum* e se ne studiano gli inizi nel medioevo⁶³, allo stesso modo si può immaginare un possibile declino della funzione egemonica della scienza del diritto fra le scienze politiche che hanno guidato l’ultima fase di sviluppo del capitalismo. E si possono studiare gli inizi del “predominio” giuridico sulle altre “scienze sociali e dello Stato” (come le chiamano i tedeschi) per comprendere meglio quale sarà l’evoluzione prossima futura: mi sembra che questo sia un compito preminente della stessa storia del diritto. L’importante è non sacrificare, insieme all’egemonia della “scienza” del diritto, il “diritto” stesso nella sua fondamentale funzione di tecnica raffinata di organizzazione razionale del sociale. Cosa che invece potrebbe

⁶³ G. DILCHER – D. QUAGLIONI, *Gli inizi del diritto pubblico* e M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*; P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte*.



accadere se insisteremo a imporre la “nostra” visione del diritto e dei diritti al resto del mondo, senza prestare la dovuta attenzione alla grande trasformazione in corso: senza cioè quella coscienza critica che in altri momenti della nostra storia ci ha salvati da pericolose involuzioni.

C'è una parola, in italiano, che esprime bene quest'attenzione ed è “misura”. Un termine polisemico che, come in altre lingue europee (*measure, mesure, Maß*) riesce a tenere insieme punti di vista diversi che vanno dall'interno dell'uomo (il suo “sapersi conoscere”) alla sua dipendenza esterna dall'autorità (disciplinamento sociale), passando per la fondamentale funzione dell'osservazione del reale (fisico come sociale) come base della conoscenza scientifica e della pratica razionale dell'uomo.

Vorrei tradurre misura con lo spagnolo *medida*, ma so che non posso, perché dovrò comunque aver a che fare anche con l'altro termine – più tecnico e applicativo, a minor contenuto e significato valoriale – di *medida*. Bilanciandomi tra questi due concetti, proverò a esporre il mio punto di vista in materia.

È alla ricerca di una nuova *medida* che ci costringe la crisi – proclamata più di un secolo fa ma ribadita ormai ogni giorno che passa – dello Stato (moderno)⁶⁴. Uso, come detto, il termine in accoppiata con *medida*, per comprenderne sia il significato filoso-

⁶⁴ P. GROSSI, «Lo Stato moderno e la sua crisi»: (a cento anni dalla prolusione pi-sana di Santi Romano), «Rivista trimestrale di diritto pubblico» 62/2011, pp. 1-22.

fico-morale che quello pratico-amministrativo. Come ho già osservato, il termine *medida* non è molto usato nella lingua spagnola. Esso mi sembra rimandare a un altro vocabolo che, invece, ha occupato a suo tempo un significato molto importante, incomparabilmente superiore a quello svolto in altre lingue europee: mi riferisco al termine-concetto *ingenio*, inteso come lo strumento che l'uomo per natura e per cultura possiede al fine di controllare la realtà⁶⁵.

Medida invece mi pare avere significato vicino a quello di *resolución*, che il citato *Diccionario* definisce prima come «Cosa que se decide» e poi, più tecnicamente, come «Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial».

Al di sotto dei due significati, c'è naturalmente il rimando all'atto concreto del *medir*: usando strumenti tarati su unità di misura prestabilite in modo convenzionale, in base però alle esigenze dell'esperienza pratica. Su quest'ultima variante della misura – attribuita da molti a Caino: cosa non priva di senso se si dà ascolto alla storia che di quest'ultimo ha fatto l'ultimo Saramago! – si è notoriamente a lungo basata la struttura portante della

⁶⁵ È qui implicito il rimando a Juan Huarte de San Juan e alla sua opera *Examen de ingenios para las ciencias* del 1575, «con sus tesis neuropsicológicas y psicofisiológicas sobre el nexo psicofísico y las relaciones mente-cuerpo» (prendo lo spunto da una *Noticia preliminar* di Mariela Szirko, apparsa nella rivista "Open Access" «Electroneurobiología», 1996).



scienza “moderna”, almeno fino all’epoca della sua crisi recente, che ha più o meno coinciso con quella dello Stato⁶⁶.

Qui non voglio parlare della questione filosofica – nella sua qualificazione originaria in Platone come nella recezione alto-moderna a opera di Marsilio Ficino o di Giusto Lipsio – e neppure della questione sperimentale-cognitiva o di quella estetica che, da Leonardo a Galileo, hanno aperto la via alla scienza e all’arte moderna⁶⁷. Vorrei invece trattare gli aspetti più “politici” del problema che propongo di raccogliere in quella straordinaria valenza della vita pubblica organizzata che è la pubblica amministrazione⁶⁸.

⁶⁶ W. KULA, *Le misure e gli uomini*, Roma-Bari 1987; F. JEDRZEJEWSKI, *Histoire universelle de la mesure*, Paris 2002; J. SARAMAGO, *Caino*, Milano 2010.

⁶⁷ G. OLMI, *L’inventario del mondo. Catalogazione della natura e luoghi del sapere nella prima età moderna*, Bologna 1992; A. BATTISTINI - G. DE ANGELIS - G. OLMI (eds), *All’origine della scienza moderna: Federico Cesi e l’Accademia dei Lincei*, Bologna 2007.

⁶⁸ Intendendo quest’ultima non solo come meccanismo interno di funzionamento dello Stato, ma come suo stesso motore di avviamento, che è servito – storicamente – ad accenderlo e a farlo funzionare, come servirà probabilmente – secondo analogia necessità storica – a spegnerlo e a farci uscire da esso, verso forme organizzative più adatte ai tempi. Ciò significa che, senza più Stato, si dovrà “istituire” una nuova relazione tra l’amministrazione e la politica: nella mia visione, dovrebbe essere possibile trasferire nella prima alcuni momenti democratici (di partecipazione e di rappresentanza ad esempio) che nella versione statale della democrazia – che è anche quella a matrice più rousseauviana, basata sulla sovranità popolare attraverso il suffragio universale (cfr. J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna 1967) – sono stati concentrati nel momento legislativo. Potrebbe in tal modo prendere avvio una nuova fase costituzionale. Cfr. G. MIGLIO, *Le origini della scienza dell’amministrazione* (1957), ora ripubblicato, con mia presentazione in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 62/2012, pp. 387-443.

Per fare ciò, occorre staccare le sorti e il significato di quest'ultima da quelli dello Stato, superando anche la barriera nobilissima del diritto amministrativo, che è stata la forma attraverso cui lo Stato di diritto ottocentesco se ne è appropriato. Uno dei punti centrali dell'intero processo è stata l'affermazione in tutta Europa⁶⁹ di forme varie di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, a partire dalla cosiddetta giurisdizione amministrativa, vera e propria «solución de compromiso, una transacción, entre la garantía de los intereses y derechos de los sujetos individuales, por un lado, y los de la sociedad política, de otro». Se da un lato infatti per lo Stato di diritto «no hay interés general ni público fuera de la administración», dall'altro è innegabile che vero protagonista dello stesso Stato è il «sujeto individual titular de derechos como unidad de medida de la relación jurídico-administrativa»⁷⁰.

Nell'intreccio delle due prospettive sta il fulcro del dualismo tra società civile e Stato che da sempre rappresenta il modo elegante usato dai tedeschi per velare ideologicamente il carattere di classe che segnò il passaggio dall'antico regime cetuale alla dominanza borghese. Non so se si può inserire in questo discorso

⁶⁹ P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts*.

⁷⁰ F. MARTÍNEZ PÉREZ, *De la pluralidad de fueros al fuero de la administración (1834-1845)*, «Cuadernos de Derecho Judicial», 7/2008 - numero speciale: *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, pp. 223-266, p. 230. Sul tema cfr. anche G. BIGOT, *La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, «Scienza & Politica», 42/2010, pp. 21-45, disponibile all'indirizzo: <<http://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2755>>.



– in particolare per quanto riguarda la Spagna – anche la transizione dalla «pluralidad de fueros al fuero de la administración». Se infatti ciò indubbiamente comportò un generale incremento del livello di garanzia dei singoli cittadini nei confronti dell'azione amministrativa, ne venne però anche un allontanamento del “foro di giustizia” dall'uomo comune, a favore di una scelta di tipo nazional-liberale (o, come anche mi piace dire, nazional-costituzionale). Tale liberalizzazione dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione sul piano giurisdizionale fu però accompagnata, su quello dell'attività amministrativa, da un incremento imponente di procedimenti o *resoluciones* operanti a livello locale, per via di *medidas*, parenti non troppo lontane delle ordinanze in cui si era espressa la polizia (*police, Policey, policía*) settecentesca⁷¹.

Il riferimento non è casuale, perché in Germania – il paese per eccellenza della *Policeywissenschaft* ma anche, subito dopo del *Rechtsstaat* – Robert von Mohl scrive nel 1832 *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* e Lorenz von Stein proverà, poco dopo, a risolvere tutto in chiave di *Verwaltungsleh-*

⁷¹ Cfr. H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft): ein Beitrag zur Geschichte der politischen Wissenschaft in Deutschland*, München 1966; P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato*. Rimando qui all'interesse, anche recente, per la “ciencia de policía” spagnola: a partire dal lavoro di M. BAENA DEL ALCAZAR, *Los estudios sobre administración en la España del siglo XVIII*, Madrid 1968, fino a J. VALLEJO FERNANDEZ DE LA REGUERA, *Concepción de la policía*, «Cuadernos de Derecho Judicial», 7/2008, pp. 115-144.

re⁷². Ma invece fu la scienza del diritto a trionfare anche in campo amministrativo, sia pure senza mai riuscire a produrre uno specifico codice amministrativo.

Questo dell'amministrazione è il problema storico, spesso trascurato, dello stesso costituzionalismo. Lì si condensa il "potere legale" del titolo di questo terzo capitolo. Se infatti era stato contro lo strapotere dell'esecutivo del monarca assoluto che si sviluppò il bisogno di costituzione da cui sorse a fine Settecento la Rivoluzione, non si può certo dire che nel secolo successivo l'espansione dell'intervento amministrativo dello Stato, anche nella sua nuova forma "di diritto", sia cessata. Effetto della modernizzazione portata dalla rivoluzione industriale, essa rappresentò anzi ben presto una minaccia di nuova servitù, come vide per tempo Alexis de Tocqueville nella *Démocratie en Amérique II* e come Max Weber mise poi a fuoco con la grande metafora della "gabbia d'acciaio" nelle pagine finali dell'*Etica protestante*.

Fungendo da meccanismo di regolazione dei rapporti fra società civile e Stato, il costituzionalismo ha fatto da ponte fra antico regime e monarchia costituzionale⁷³, mettendo insieme in un'unica risposta tre diverse inadeguatezze: quella dell'assolutismo monarchico (in particolare quello francese, per-

⁷² L. VON STEIN, *Verwaltungslehre*, 8 voll., Stuttgart 1865-1884.

⁷³ P. SCHIERA, *Monarchia costituzionale o costituzionalismo monarchico? L'Europa del pre-1848*, in G. GUZZALOCA (ed), *Sovrani a metà. Monarchia e legittimazione in Europa tra Otto e Novecento*, Soveria Mannelli 2009, pp. 41-55; P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts*; P. SCHIERA, *El constitucionalismo como discurso político*.



ché in Prussia ad esempio le cose non andarono allo stesso modo) a rispondere alle esigenze di crescita della società borghese; quella della rivoluzione (in particolare, sempre quella francese) a rispondere efficacemente al cambio di legittimazione che quella stessa società chiedeva; e quella delle forze della restaurazione a ripristinare in maniera non solo diplomatica (e anche qui, non va dimenticato il ruolo fondamentale della Francia rappresentata da Talleyrand) ma anche sistematica e, per così dire, metodologica, lo *status quo ante*.

Dalla sommatoria di quelle tre debolezze è sorta una grande forza, condensata nell'idea-prassi di costituzione.

Nel senso in cui uso qui il termine, la costituzione non s'identifica con le Carte costituzionali, anche se in parte ovviamente le due cose coincidono⁷⁴. Il fenomeno delle Carte fu solo la specificazione storica, con risposte anche molto differenziate, di come il bisogno di costituzione si era affacciato e ha poi trionfato nel XIX secolo in Europa⁷⁵. Si trattava essenzialmente del bi-

⁷⁴ «A constitution is the set of the most important rules that regulate the relations among the different parts of the government of a given country and also the relations between the different parts of the government and the people of the country», è una definizione molto semplice, tipicamente britannica – cioè pragmatica e operativa. (A. KING, *Does United Kingdom still have a constitution?*, London 2001, p. 1).

⁷⁵ Il fenomeno delle Carte costituzionali e della circolazione dei rispettivi “modelli” nel mondo intero fu di vastità e complessità molto maggiore di quel che si pensi e si sappia, come ho potuto apprendere da una ricerca collettiva che ho guidato negli ultimi anni in Italia, senza poterne ancora dare il dovuto conto (cfr. però P. SCHIERA, *El Constitucionalismo como discurso político*). Per una raccolta

sogno di unità dell'ordinamento giuridico espresso da una nuova classe media produttiva in via di affermazione egemonica⁷⁶, per riuscire a rappresentare e difendere i propri interessi: da quelli strettamente economici, al proprio stile di vita, alla sicurezza sociale, fino al codice di valori in cui credere e secondo cui comportarsi. Ma l'esito importante fu che la nuova strumentazione tecnica usata non era più quella fiscal-tributario-amministrativa dello Stato di polizia ma quella giuridicistica dello Stato di diritto.

A suo tempo, Bartolomé Clavero ha indicato nel ginevrino-inglese De Lolme il principale teorico di questo processo di giuridificazione⁷⁷. Occupandomene io medesimo anni fa, avevo registrato la sua sintonia con un movimento di idee europeo che, anche al di là del diritto, cercava di trovare ragione dei mutamenti

completa di carte costituzionali cfr. D. GOSEWINKEL - J. MASING (eds), *Die Verfassung in Europa 1789-1949*, München 2006.

⁷⁶ «A los intereses de esta clase responderían las transformaciones en el orden jurídico, constitucional y administrativo del periodo» (MARTÍNEZ PEREZ, *De la pluralidad de fueros*, p. 230). A proposito di De Lolme, Clavero cita (nell'Introduzione alla traduzione da lui curata: *Constitución de Inglaterra*, Madrid 1992); P. LANGFORD, *A Polite and Commercial People: England, 1727-1783*, Oxford 1989; titolo che riprende un'espressione presente nei *Commentaries* di Blackstone, al cui proposito Clavero cita pure G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, come J.G.A. POCOCK, *Virtue, Commerce, and History. Essays on Political Thought and History, chiefly in the Eighteenth Century*, Cambridge 1985.

⁷⁷ «Ya es curioso que una constitución textualmente inexistente como la inglesa pudiera recorrer Europa como si fuese algo literalmente tangible». Il segreto sta, per Clavero, nella capacità di De Lolme di cogliere il diritto come via maestra della razionalizzazione in corso. Da una parte «Era un momento fundacional y creativo. Había autores decididos y conscientes...», dall'altra «[...] De Lolme toma el derecho inglés y engendra el derecho constitucional» (B. CLAVERO, *Introduzione*, p. 28).



intercorsi, per cogliere la nuova “misura” del tempo. A De Lolme fanno riscontro, ad esempio, sia l’altro grande ginevrino Sismondi che il tedesco Dahlmann, uno dei Sette di Göttingen. Ma non si può qui approfondire⁷⁸.

Nella pratica però il costituzionalismo dovette applicarsi alle cose, traducendosi in decisione. La costituzione imponeva la preminenza del legislativo e la scienza giuridica non si tirò indietro: a partire dal *Code civil* di Napoleone si aprì la stagione dei “codici”. Ma peso non minore ebbe, nella vita concreta del costituzionalismo, l’attività dell’amministrazione. Basti ricordare, per restare in Francia e a Napoleone, lo sviluppo del *Conseil d’Etat*⁷⁹.

⁷⁸ Cito brevemente dall’introduzione alla prima edizione dell’opera di De Lolme, pubblicata in francese: «Mes lecteurs en général ne jugeront des principes que je pose que d’après leur rapport avec la nature de l’homme, considération qui est presque la seule essentielle». È bello il commento di Clavero: «No tenía por que ser una abstracción vacía. Había un contexto. Tras Hobbes y Locke, tras Berkeley y Hume, podía estar remitiendo a una antropología del individuo como entidad constitutiva de un orden social que así debiera conformarse a sus necesidades» (*Ibid.*, p. 30); ma è di più, è una nuova misura, sia interna che esterna! Quanto a Dahlmann, il riferimento al termine *Maß* nel titolo della sua opera principale (*Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt*, Göttingen 1835) non è certo privo di significato. Cfr. P. SCHIERA, *Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 13/1984, pp. 383-406. Per l’attualità del tema: N. CHOMSKY - M. FOUCAULT, *Della natura umana. Invariante biologico e potere politico* (1971), Roma 2005.

⁷⁹ A conclusione del processo rivoluzionario, Napoleone proclamò: «la constitution est fondée... sur les droits serrés de la propriété, de l’égalité, de la liberté... Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l’ont commencée. Elle est finie». Una volta fissata la rivoluzione nella costituzione, il potere costituente si era necessariamente “costituito”. Al suo posto tornavano a valere, sotto nuova forma, i soliti ingredienti del bene comune e della volontà comune, ora espressi nei

Altrove ho sostenuto che la progressiva soggezione dell'amministrazione al diritto, sia nella pratica che nella teoria, sia stato uno dei risultati più efficaci dell'azione del costituzionalismo⁸⁰. Si può anche rovesciare il discorso, per dire che il costituzionalismo fu la via per la quale l'amministrazione superò l'antico regime, permeando gli interessi della società civile e i rapporti che ne derivarono. Fu l'amministrazione a servirsi del costituzionalismo, sfruttandone la componente giuridicistica per rivestire di legittimità la pesantezza dei suoi interventi. Così balzò in primo piano la tutela del cittadino, mediante la giurisdizione amministrativa o le altre formule trovate nell'ambito della *rule of law*. Tale nuova "giustizia" venne attuandosi, in generale, nei termini tipici del diritto privato, come responsabilità dello Stato verso una controparte, rappresentata dal cittadino danneggiato dagli effetti di un atto amministrativo. Per tale via, il costituzionalismo raggiunse il suo effetto più alto, riducendo il peso dell'antico esecutivo – contro cui era sorto – a un rapporto giuridico bilaterale fra due soggetti giuridici: il cittadino e lo Stato,

grandi principi rivoluzionari-costituzionali della proprietà, dell'uguaglianza e della libertà: quasi altrettanti poteri costituiti, al posto dell'originario e ormai prosciugato (nella rivoluzione) potere costituente.

⁸⁰ P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts*; ma per quanto riguarda anche la Spagna cfr. il volume VII dei «Cuadernos de derecho Judicial» con i saggi ivi contenuti e con la preziosa introduzione di Marta Lorente Sariñena, che inizia così: «La erección de un orden judicial destinado a resolver los contenciosos de la Administración – con majúsculas – no puede identificarse con un simple segmento de la historia de las instituciones, sino con un transcendental capítulo de la historia de la cultura jurídica occidental» («Cuadernos de derecho Judicial», VII/2008, p. 15).



quest'ultimo eretto, esso pure, a persona giuridica, titolare di capacità d'agire e di responsabilità⁸¹.

Risultato: uno spazio chiuso, a totale copertura giuridica, quella appunto del potere legale: ma fino a quando? Solo finché gli interessi e i bisogni privati poterono essere facilmente travasati nel pubblico, senza rischio di deviazioni e travimenti. Finché cioè durò la dominanza borghese, la quale fu in realtà molto più breve di quanto comunemente si pensi, a causa del sopravvenire della civiltà di massa. Vi risposero i fascismi, che dovettero introdurre soluzioni totalitarie nella gestione (teoricamente corporativa) degli interessi privati e pubblici. Poi ci fu il breve intermezzo del neo-costituzionalismo democratico, finché – ed è storia dei nostri giorni – i nuovi soggetti dell'economia e della politica emersero a livello internazionale, sotto il nome impreciso e anche infido di “mercati”.

Questi (e le istituzioni che li rappresentano, in maniera più o meno diretta) sono evidentemente i *poteri globali* a cui mi riferisco nel titolo. Multipli e insieme non più soddisfatti del diritto vigente, come matrice della loro esistenza e della loro azione. Oppure capaci di produrne altri, di diritti, nuovi, meno rigidi e vincolanti, più agili e operativi e capaci di determinare quel «traffico auto-regolativo internazionale e globale» contro cui (meglio: per misurare e regolare il quale) cresce a vista d'occhio il bisogno

⁸¹ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano 1986.

di una «science of regulation», di cui parlano i più aggiornati cultori di queste cose. I quali non sono più solo giuristi, o solo politologi, ma tendono a essere veri e propri misuratori o almeno teorici di una nuova “misura internazionale”⁸². Ciò che va sottolineato è il modo in cui questi diversi attori e regimi, sempre più privatizzati e globalizzati, fanno uso di loro proprie fonti di legge, che stanno ormai fuori dalle sfere sia delle legislature nazionali che dei trattati internazionali⁸³. Mentre qualcuno fa ricorso alla distinzione tra diritto “duro” e “molle” (*hard and soft*)⁸⁴, altri preferiscono abbandonare l’assunto del legame integrale del diritto globale con le strutture – tanto legislative che sanzionatorie – dei vecchi Stati. Il che significa allargare il concetto di legge fino a comprendere norme che stanno al di fuori delle fonti di diritto sia degli Stati che del diritto internazionale e comporta, allo stesso tempo, una riformulazione del nostro stesso concetto di “regime”. Si affaccia l’idea di regimi che «sono il risultato di un processo di autogiuridificazione di frammenti societari altamente

⁸² Cfr. U. BECK, *Disuguaglianza senza confini*, e S. PICCIOTTI, *Introduction: Reconceptualizing Regulation in the Era of Globalization*, «Journal of Law and Society», 29/2002, pp. 1-11. Il discorso è però da tempo su tutti i giornali. Cfr. ad esempio J.-P. FITOUSSI, *Misurare la sostenibilità*, «Il Sole 24 Ore», 3 giugno 2012, p. 41.

⁸³ G. TEUBNER, *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State*, in P. DOBNER - M. LOUGHLIN (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, p. 332, ma anche G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione: L’emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005 e *Direito, Sistema e Policontexturalidade*, Sao Paulo 2005.

⁸⁴ M.A. POLLACK - G.C. SHAFFER, *When Cooperation Fails: The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, New York 2009.



diversificati»⁸⁵ e appaiono destinati a dar luogo a sfere sociali divergenti, le quali pure, con ogni evidenza, non rappresentano altro che livelli globalizzati di elementi o “fattori costituzionali” dei vecchi Stati (come l’economia, la techno-scienza, i mass media, la medicina, l’educazione e i trasporti)⁸⁶.

Pubblica amministrazione e cittadini

Conclusa la spiegazione del titolo di questo terzo capitolo, viene però ora il bello, che è capire in che modo questo orientamento che pare già scritto⁸⁷ possa essere, se non contrastato, almeno controbilanciato da movimenti che muovano dai cittadini e li coinvolgano, riqualificandoli come attori politici. Sinceramente non credo che ciò possa ancora avvenire mediante la partecipazione di questi ultimi al livello legislativo mediante rappresentanza; anche se, ovviamente, i corrispondenti istituti – parlamenti *et similia* – resteranno in vita e anzi andranno riformati e resi più efficienti: perché della storia, come del maiale, non si butta via niente. Non resta allora che pensare al recupero, per via democratica, dell’altra grande funzione politica che è quella – in-

⁸⁵ A. FISCHER-LESCANO - G. TEUBNER, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, «Michigan Journal of International Law», 25/2004, pp. 1010-1012.

⁸⁶ G. TEUBNER, *Fragmented Foundations*, p. 331.

⁸⁷ Cfr. J. SARAMAGO, *Caino*, dove si afferma: «Contrariamente a quel che si suole dire, il futuro è già scritto. Quello che noi non sappiamo è leggere la sua pagina».

discutibilmente strutturale per ogni visione di storia costituzionale – dell'amministrazione.

Da profano del diritto, più attento al contorno politico dei fatti giuridici che alla loro intrinseca *technicality*, vorrei insistere sulla dimensione “sociale” della pubblica amministrazione, richiamando alcuni punti-chiave fissati a suo tempo dal giurista italiano Vittorio Bachelet. Si tratta, ad esempio: della idea dell'attività di gestione della pubblica amministrazione come complementare se non addirittura superiore all'attività di imperio; della distinzione tra attività amministrativa regolatrice dell'attività dei privati e quella di prestazione dei servizi; della valorizzazione del complesso di attività dell'amministrazione piuttosto che dei singoli atti; della stessa individuazione del campo di sua attività tecnica come luogo privilegiato⁸⁸.

Sono tutti momenti che pongono in luce la necessità di ristabilire un nesso più autentico, più sostantivo e interno fra amministrazione e costituzione: la prima come forma vivente della seconda. Forse – come già è accaduto nella storia occidentale moderna, ma non solo lì – passa proprio per l'amministrazione (per il suo studio e la sua pratica) il cammino capace di portare a quella rivitalizzazione della costituzione di cui uomini-studiosi

⁸⁸ P. SCHIERA, *Autonomie e coordinamento nella società dei servizi*, in G. AMATO - G. MARONGIU (eds), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Bachelet*, Bologna 1982, pp. 101-110 (ora in P. SCHIERA, *Profili di storia costituzionale*, II, *Potere e legittimità*, Brescia 2012, pp. 191-198).



come appunto Bachelet e Tomas y Valiente sentivano drammaticamente il bisogno.

Purché ciò avvenga partendo dal basso e dunque recuperando anche qualcosa dell'antica cultura politica ma anche culturale degli antichi *fueros* – per la Spagna – e di quel che di simile è a lungo esistito nella vecchia Europa⁸⁹. Per quella via, si potrebbero ripristinare spazi di autonomia dei cittadini e dei gruppi, facendoli partecipare al procedimento amministrativo e illuminando di luce nuova quella zona grigia della vita privato-pubblica di tutti i giorni che non è tanto quella dei grandi inviolabili “diritti” – che per grazia di Dio tali dovranno sempre restare – ma piuttosto quella delle piccole “misure”.

Solo che, per raggiungere veramente tale scopo, occorre tornare alla misura più grande, che è quella che sopra chiamavo la “misura interna dell'uomo”, la sua *agudeza de ingenio*, ovvero sia quella stessa *prontitud y facilidad* – mi pare – che secondo José Antonio Maravall servì a Cervantes e ai suoi due eroi erranti per sviluppare, sotto forma di *contrautopía*, una delle critiche sociali più stringenti e allo stesso tempo avvolgenti che il primo mondo moderno abbia conosciuto⁹⁰.

⁸⁹ Otto Brunner parlava, non certo in senso spregiativo, di «Alteuropa». Cfr. R. BLÄNKNER, *Spät-Alteuropa oder Früh-Neuzeit? Anmerkungen zur Otto-Brunner-Tagung in Trient (19.-21. März 1987)*, «Geschichte und Gesellschaft», 13/1987, pp. 559-564.

⁹⁰ J.A. MARAVALL, *Utopía y contrautopía en el Quijote* (1948), Madrid 2005.

In altre parole si dovrebbe tentare niente di meno che una trasformazione del tradizionale costituzionalismo garantista (fondato sui diritti dell'uomo e sulla divisione dei poteri, oltre che sul primato del legislativo) a una sorta di costituzionalismo amministrativo.

Che spazio resta, infatti, tra il potere “legale” (*government*) del vecchio Stato e i nuovi poteri “gestionali” (*governance*) del dopo-Stato? È lo spazio degli «spacios autonómicos», si direbbe in Spagna. Nel senso che ogni soggetto, individuale o collettivo, che sia *compos sui*, cioè padrone di sé, in quanto dotato di propria “misura” (la quale a sua volta è una dote da accompagnare alla libertà, per qualificarla) dovrebbe essere in condizione di esprimere ed esercitare la propria capacità di azione amministrativa comunitaria⁹¹. Ciò riguarda, ovviamente, il livello locale più prossimo ai soggetti interessati ma, grazie alle tecnologie di comunicazione e di gestione dati, si potrebbe tradurre presto in una rete di situazioni simmetriche in grado di fare da contrappeso agli effetti invasivi e devastanti della globalizzazione.

Ho prima citato, accanto a De Lolme, Dahlmann e Sismondi: tutti alla ricerca di una misura “politica” del loro tempo. Che non poteva più essere quella vecchia della “polizia”. Sono cose che ho studiato tanti anni fa e che credevo di avere definitivamente messo da parte, senonché i nuovi interessi per *governance* e *glo-*

⁹¹ Su Léon Duguit e il concetto di “libertà solidarista”, ma anche su Feliciano Benvenuti e il concetto di “libertà attiva”, cfr. *infra* pp. 132 ss.



balisation sembrano riproporre antiche questioni che sfuggono alla logica “onni-giuridica” di questo nostro Stato ormai obsoleto. E sono cose che tuttavia ancora s’inquadrano, nel loro significato materiale, in una logica antica, anche pre-giuridica ma forse anche post-giuridica, che è quella dell’amministrazione. Che stia qui il futuro del nostro “politico”, di cui si parlava all’inizio?

Prima di provare a rispondere a questa domanda, occorre stabilire un nesso tra la misura/provvedimento del diritto amministrativo e altre strutture centrali di quest’ultimo quali ad esempio quelle di procedimento amministrativo o di servizio. Il nesso certamente esiste, così com’è chiaro che in entrambi i casi sono in gioco i cittadini. Il problema è quello del loro coinvolgimento. È possibile trasferire il problema della partecipazione (e della democrazia) a questo livello, che è quello reale della nostra vita quotidiana? È possibile insomma spostare il costituzionalismo, oltre la *rule of law*, sul piano dell’amministrazione pubblica? E, per ripetere la domanda di poco fa, vale la pena di proporre e di costruire un discorso di “costituzionalismo amministrativo”?

Non solo per restare fedele all’impostazione iniziale di questo saggio, ripropongo allora la formula che mi pare attualmente più indicata all’indagine storico-costituzionale in cui il problema va

necessariamente inquadrato. Si tratta dell'espressione binaria *governance vs. government*⁹².

Il grande economista e storico tedesco Gustav Schmoller (1838-1917), molto interessato col suo *Verein für Socialpolitik* alla vita concreta e corrente dell'appena fondato Stato nazionale sotto forma imperial-federale (*Deutsches Reich*), ha coniato circa 150 anni fa la figura storiografica dello Stato territoriale (*Territorialstaat*): basato sul territorio, esso aveva, per lui, altri due contenuti fondamentali nello *Staatsgedanke*, da una parte, e nella *Organisation*, dall'altra⁹³.

L'insieme di questi fattori costituisce ciò che io intendo per *government*, con la precisazione che gli schmolleriani *Staatsgedanke* e *Organisation* devono essere di tipo liberal-costituzionalistico: devono cioè poter dar luogo, complessivamente, a un *constitutional order* completo della sua *public opi-*

⁹² Al tema è dedicata buona parte del II capitolo. Uso il termine «espressione binaria» per cercare di fare chiarezza, ma non sono sicuro di riuscirci, perché talora sono portato a sopravvalutare l'ausilio di Wikipedia. Una espressione è un insieme di elementi del linguaggio combinati tra loro (variabili, operatori, ecc.) per eseguire un determinato calcolo. Le variabili sono nel mio caso *governance* e *government*. Gli operatori binari sono quegli operatori che funzionano con due operandi: nel mio caso, credo che l'operatore binario sia *vs.* che è una specie di sintesi di + e -, mentre gli operandi sono le due variabili di sopra: *governance* e *government*. Per esempio, un'espressione binaria potrebbe essere la seguente: *somma=num1+num2*: essa fa uso dell'operatore di addizione che opera su due operandi, num 1 e num 2. Analogamente funziona, mi pare, la mia espressione «*governance vs. government = mutamento costituzionale*».

⁹³ G. SCHMOLLER, *Die Epochen der preußischen Finanzpolitik*, e *supra* nota 38, p. 59.



nion⁹⁴. Il cortocircuito tra *public opinion* e *administration* (perché finora il contatto è stato per lo più difettoso) potrebbe addirittura rivelarsi come un circuito alternativo alla politica tradizionale, intesa come il *hardware* del nostro sistema politico, che è appunto il *government*. Riferendosi alla situazione americana di fine Ottocento e provando a sintetizzare lo stesso Bryce, Vermeule osserva che «the shifting state of public opinion has immediate and continuous political consequences»⁹⁵. Facendo poi un confronto con Carl Schmitt (che proponeva una democrazia senza elezioni, per acclamazione), Vermeule scrive: «In some passages, Bryce outlines a series of quasi-historical stages in the evolution of opinion from its unconscious and passive into its conscious and active condition»; e il quarto di tali *stages* sarebbe il «Government by public opinion», il quale

⁹⁴ A. VERMEULE, *Government by Public Opinion: Bryce's Theory of the Constitution*, in «Harvard Public Law Working Paper», 2011 (<http://ssrn.com/abstract=1809794> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1809794>). Vermeule considera *American Commonwealth* come il terzo grande lavoro sull'«American Constitutional Order», dopo il *Federalist* di Publius e *La démocratie en Amérique* di Tocqueville.

⁹⁵ A. VERMEULE, *Government*, p. 4. Bryce aveva scritto nella sua *Theory of the Constitution*: «[W]here the power of the people is absolute, legislators and administrators are quick to catch its wishes in whatever way they may be indicated, and do not care to wait for the methods which the law prescribes [i.e. elections]» (p. 925).

«in its fully developed form, arises when the force of public opinion bypasses electoral institutions, operating outside the formalized mechanisms of representative government»⁹⁶.

Sto certo andando un po' troppo in là, ma questo coincide in parte con la mia idea di *governance* come il complesso non ancora istituzionalizzato, perché in continuo divenire, di "misure" attraverso le quali una società multipla riesce a esprimere una propria capacità di governo delle sue "cose /bisogni/sogni" (*res publica?* auto-nomia?) producendo, attraverso i suoi membri attivi, forme di regolazione dei rapporti che si svolgono al suo interno: in particolare la gestione di quelli nuovi, di volta in volta insorgenti da bisogni nuovi che la dinamica storica impone.

Anche dopo questi primi tentativi di definizione, resta però sempre il problema del rapporto fra i due termini di *government* e *governance*. Trattandosi di un'espressione binaria, i due termini sono comunque in rapporto fra loro e l'operatore che li tiene in connessione (*versus*) non è né un più né un meno, né un contro, ma è un segno di interconnessione e interdipendenza. Voglio dire che non può esistere, a mio avviso, *governance* senza *government* ma neppure *government* senza *governance*. Il rapporto fra i due termini è normalmente fluido e scorrevole; quando però c'è attrito, sorge la crisi, che si risolve quasi sempre con l'attutirsi (a volte anche solo apparente, mediante la funzione del "non percepimento") di uno dei due a favore dell'altro [...] finché non si

⁹⁶ A. VERMEULE, *Government*, p. 34.



ricostituisce un equilibrio. Nella nostra fase storico-culturale (e storico-costituzionale), è comprensibile che sia il *government* a fare aggio, ma bisogna ricordare che sempre, nel *government*, c'è pure un livello di *governance* che opera; come pure non si deve credere che, quando prevalga quest'ultima, il primo debba per forza non sussistere più.

Ampliando il ragionamento, va considerato che quel rapporto non riguarda solo il nostro attuale presente/futuro (come già dicono con intelligenza alcuni interpreti delle relazioni internazionali contemporanee⁹⁷), ma può essere rintracciato anche nel passato, nel lungo percorso della storia costituzionale europea, purché si sappiano cogliere, con attenzione e prudenza, le differenti combinazioni (o forse anche già misure) che essa ha, nelle sue fasi, proposto.

Dall'idea che mi sono fatto di quel rapporto mi verrebbe da dire che ogni *government* provenga da una *governance* precedente. E che quest'ultima – come abbiamo appena visto – sia, da una parte, dotata di *Gewalt* (cioè di capacità di imporre le proprie misure) e dall'altra però sia anche in grado di trasformare

⁹⁷ Nella linea degli *assemblages* di cui parla anche S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano 2008, su cui cfr. anche le mie osservazioni in P. SCHIERA, *Appunti, in forma di (rapsodica) rassegna, su misura (e contenimento)*, «Scienza & Politica», 44/2011, pp. 41-52, disponibile all'indirizzo: <<http://scienzaepolitica.uniibo.it/article/view/2732>>, come pure: P. SCHIERA, *Da un antico caso occidentale di logistics (il commissario) a variazioni sul tema della global governance*, «Scienza & Politica», 45/2011, pp. 7-23, disponibile all'indirizzo: <<http://scienzaepolitica.uniibo.it/article/view/2711>>.

quest'ultima in *Ver-waltung*, cioè in efficace pratica operativa di amministrazione. È ovvio che quando quest'ultima si è cristallizzata in procedure stabili e ha acquisito forme convincenti, si entra in una fase di formalizzazione che nello Stato di diritto ha assunto dominante connotazione giuridica, ma che, in altri contesti, potrebbe avere caratteri differenti. Da qui al sorgere di un nuovo *government*, il passo è breve. Cosicché, alla fine, si finirebbe per riconoscere che il *government* deve molto all'amministrazione, e che solo il corretto – e storicamente determinato – impiego di quest'ultima può superare lo *statu nascenti* della *governance* e creare le condizioni perché la risposta ai bisogni degli uomini e dei gruppi umani possa esser tenuta sotto controllo da parte di questi ultimi.

Risultato non indifferente, poiché rappresenta il nocciolo duro del *government*, nei termini “costituzionali” – questi sì davvero insuperabili – della sua necessaria legittimità. Il *government* ha bisogno di legittimità; alla *governance* basta l'efficacia: il passaggio da un'efficacia “condivisa” alla “richiesta” di legittimità segna il confine tra *governance* e *government* ed è marcato dalla “misura”. Sul significato e l'importanza di quest'ultima chiuderò, tra poco, il discorso. Ma prima è ancora necessario spiegarmi un po' meglio.

Possono sorgere, infatti, problemi di struttura: il che significa che, ogni volta che si verifica il passaggio da vecchio *government* a nuova *governance*, si devono mettere in conto mutamenti nell'equilibrio, fino a quel momento consolidato, tra norma vi-



gente e comportamento obbligato. Nella nostra situazione attuale, che è tuttora a marca dominante di “Stato di diritto”, il mutamento riguarda la capacità di quest’ultimo – cioè dello Stato/*government* – di tener dietro alla necessità di fissare comportamenti “nuovi” – dettati da necessità storiche del momento – usando lo strumento “vecchio” della legge: intesa quest’ultima nel suo “imperio”, cioè come previsione generale e astratta di comportamenti dovuti, contenuta in un provvedimento emanato secondo le regole costituzionali che fissano il funzionamento del potere legislativo⁹⁸. Che tale capacità sia in crisi in molti degli “Stati” oggi esistenti è sotto gli occhi di tutti. Così come è di quotidiana esperienza l’emissione di “misure” che provengono dalle autorità più svariate (non solo dallo Stato dunque) con variabile grado di efficacia e di copertura giuridica⁹⁹.

Quando arrivano le *Eurordenes*¹⁰⁰, siamo certamente ancora nell’ambito del diritto, ma ancora nell’ambito del diritto statale? Per qualcuno lo spazio delle misure è quello del diritto vero, applicato caso per caso e quindi “giusto”. Per qualcuno

⁹⁸ F.J. LAPORTA, *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid 2007.

⁹⁹ Ma il tema è risalente: cfr. per la Francia P. SERRAND, *Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction*, «Jus Politicum. Revue de droit politique», 4/2011, «Science du droit et démocratie», <http://www.juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html>; per l'Italia F. CAMMARANO, *Tra Parlamento ed esecutivo: la cultura di governo dopo l'Unità*, in A. ROCCUCCI (ed), *La costruzione dello Stato-nazione in Italia*, Roma 2012.

¹⁰⁰ È un bel termine spagnolo per indicare le ordinanze dell’Unione Europea con pretesa di efficacia giuridica nei Paesi membri.

l'amministrazione "produce" diritto buono, in quanto opera attraverso misure. Per qualcuno l'amministrazione viene prima ed è più importante della Costituzione.

Il problema è molto vivo e bruciante per lo Stato di diritto, perché per esso la "legge" – e sopra di essa la "costituzione" – deve offrire garanzia di uguale trattamento a tutti da parte dell'autorità, in base a criteri che da tutti sono stati approvati, con il meccanismo della sovranità popolare che si esprime attraverso il suffragio universale e la rappresentanza parlamentare. Come si fa a negarlo? Ma è mai possibile che, a due secoli di distanza, non sia possibile criticare questa costruzione di discorso, nonostante le infinite prove che esso non sempre, anzi quasi mai, funziona come viene descritto¹⁰¹?

È mai possibile che non siamo in grado di inventare forme di partecipazione più vicine ai "bisogni" – o anche solo ai "sogni" – della gente, come pure alle "misure" da adottare, presto e bene, per rispondere a quei problemi? È mai possibile che non si possa democratizzare l'amministrazione senza passare per i circuiti spesso ingolfati o corrotti della rappresentanza politica? È mai possibile che non si possano trovare metodi semplici di partecipazione dei cittadini all'amministrazione stessa – cioè all'emissione di misure – senza cadere nel caos e nel pandemonio burocratico?

¹⁰¹ M. MECCARELLI - P. PALCHETTI - C. SOTIS (eds), *Le regole dell'eccezione*, Macerata 2011.



Non so portare qui esempi di altre situazioni costituzionali – diverse dallo Stato di diritto e anche dello stesso Stato moderno – in cui questi problemi, anche se di altra portata e densità, hanno trovato soluzioni più semplici e operative. Ma non si dimentichi che nello Stato per ceti¹⁰², cioè nella forma più compiuta di assolutismo, le misure del principe (anche allora sotto forma di ordinanze) erano quasi sempre il frutto di un accordo tra lui (e i suoi consiglieri) e i ceti, sulla base di complicate transazioni giuridico-politiche di tipo prevalentemente fiscale che però coinvolgevano sempre il riconoscimento di antichi privilegi o la concessione di nuovi: e i privilegi entravano a pieno titolo nel tessuto giuridico-costituzionale di quella forma di Stato! Così come nelle società comunali del medioevo, l'amministrazione cittadina si venne normalmente formando non dall'alto ma dal basso, attraverso il riconoscimento dei bisogni crescenti che quelle società via via conoscevano, con la crescita stessa della vita pubblica. E addirittura c'è chi vede lo Statuto (forma primaria di costituzione scritta) come legislazione d'emergenza, in cui si danno regole

¹⁰² Il punto è controverso e delicato: ad esempio Miglio conclude con queste parole: «Il senso in cui si muovono i due processi di trasformazione mi sembra chiaro: da Est e da Ovest, dai due estremi, è in corso una eguale ricostituzione dello "Stato per ceti". Il punto di arrivo ha infatti molte probabilità di essere un sistema politico dominato dalla "funzione pubblica diffusa" e dal potere "contrattato". (Questo è il senso della confusa aspirazione al "pluralismo" oggi presente nelle ideologie, e il significato anche – se ne ha uno – del termine "euro-comunismo")», (G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto "Stato"* (1981), Brescia 2007, p. 83).

nuove in risposta a nuovi bisogni, a cui la risposta – pur così nuova – del diritto romano non basta più.

Se poi ci volgiamo all'oggi – lo ripeto – quante sono le occasioni, di cui ci accorgiamo, in cui nostri comportamenti individuali o collettivi sono condizionati, se non determinati, da misure che vengono da uno spazio più ampio di quello che siamo soliti praticare nelle nostre piccole vite e che chiamiamo “globale”? Ma quante saranno le altre occasioni del genere, che pure occorrono, e di cui non ci accorgiamo, perché provengono dal nostro più prossimo contesto locale?

Mi pare evidente che, al di là dei miti e dei dogmi a matrice giuridicistica, bisogna impegnarsi a riscontrare e misurare l'esistenza di momenti “auto-nomici” – cioè produttivi di norme – al di sotto e al di sopra dello Stato ma, sopra tutto, al di sopra e al di sotto della legge. Questo non significa che la legge ha perduto il suo “impero”, ma soltanto che anche tale impero può e dev'essere letto e gestito in maniera partecipata e autogestita, cioè come insieme strutturato di posizioni e di istanze, dalle più piccole alle più grandi, in cui ciascuna ha il suo ruolo e lo svolge nel rispetto e a vantaggio di tutto il resto. Oggi disponiamo di tecniche di comunicazione a distanza e di gestione dei dati che consentono di padroneggiare situazioni estremamente complesse e, soprattutto, di avvicinare i cittadini alle loro cose e le cose ai loro cittadini. Ciò non può funzionare solo per gli acquisti *on-line*: ma diverrà decisivo anche per portare le “misure” fin dentro casa e assicurare un'amministrazione a domicilio. Quel che conta



è riuscire a orientare questi mutamenti di equilibrio nella direzione della “auto-nomia”, intendendo quest’ultima nella sua caratteristica più autentica che è quella di vera democrazia, di democrazia diretta. La quale significa partecipazione dei soggetti interessati ai processi di decisione e di gestione dei bisogni, secondo una “misura” che va dalla loro rilevazione costante alla costante risposta ai medesimi. Ma ciò presuppone una “misura” ulteriore, che è quella interiore dei detti soggetti-cittadini – presi come singoli ma anche nelle rispettive comunità di appartenenza – a lavorare insieme, simbioticamente, al bene comune¹⁰³.

E siamo finalmente giunti, in questo modo, al criterio che dovrebbe regolare l’intera vicenda che sto descrivendo forse con troppo entusiasmo. In italiano, come in altre lingue europee, il termine misura, oltre ai significati di grandezza, misurazione o provvedimento, ha anche quello di discrezione, moderatezza, temperanza, capacità cioè di conoscersi e di comportarsi. Da Socrate in poi – nella nostra civiltà, ma chissà da quando e da chi in civiltà diverse dalla nostra – questa qualità dell’uomo ha designa-

¹⁰³ È ancora impressionante l’antica definizione di Althusius della politica come «unde symbiotiké vocatur». Si veda il recente lavoro di F. INGRAVALLE - C. MALANDRINO (eds), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, Firenze 2005, che ha preceduto l’edizione in lingua italiana di C. MALANDRINO - F. INGRAVALLE - M. POVERO (eds), *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani*, con testo latino a fronte, Torino 2009. Ma vanno segnalati, in particolare, i lavori di Giuseppe Duso, che da tempo, partendo da Altusio ma con tutta l’attenzione critica necessaria, sta sviluppando un discorso attuale sul federalismo, in una direzione in cui anch’io credo di ritrovarmi, con queste mie riflessioni: cfr. G. DUSO - A. SCALONE (eds), *Come pensare il federalismo?*

to un carattere intrinseco di umanità, cioè di coraggio, d'impegno, di voglia di fare, di responsabilità e di solidarietà: in una parola di dignità, secondo la fortunata formula – ancor oggi così efficace – di Pico¹⁰⁴.

La misura non è però una funzione che agisce solo verso l'alto, ma anche verso il basso; non solo verso l'esterno, ma anche verso l'interno. È cioè una dimensione che un po' scardina la visione antropocentrica (a destino necessariamente individualistico) propria della cultura occidentale, perché induce a pensare all'esistenza anche di altri centri, oltre all'individuo interessato, rispetto ai quali è necessario prendere distanza (cioè misurare, commisurarsi).

Ad esempio, sul piano politico del principio di sovranità (che come si è visto è coesistente alla forma storica dello Stato moderno¹⁰⁵) si suole dire che esso corrispondeva all'inizio, nel medioevo quando il concetto entrò in produzione, alla rivendicazione di quei "signori" che erano in grado di *non recognoscere* alcun *superiorem*. La crisi attuale di quella forma storica, per con-

¹⁰⁴ *Oratio de hominis dignitate*, cfr. F. BORGHESI, *For the Good of All*.

¹⁰⁵ D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari 2004. Come non ricordare però anche la lettera di Walter Benjamin a Carl Schmitt (dicembre 1930), in cui il primo (commentando l'invio del suo libro appena pubblicato *Il dramma barocco tedesco*) scrive al secondo: «Lei saprà certo riconoscere subito il debito che il mio libro ha nei Suoi confronti, per quanto riguarda la presentazione della dottrina della sovranità nel XVII secolo. In aggiunta però forse posso anche dire di aver ricevuto dai suoi ultimi lavori, specialmente dalla *Diktatur*, una conferma dei miei modi [del mio metodo] di ricerca nella filosofia dell'arte dal suo nella filosofia dello Stato», (cfr. J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Macerata 1996).



verso, si palesa proprio nel fatto che nessuno dei vecchi Stati può più realmente pretendere di “non” riconoscere autorità fuori da sé, all'esterno come pure all'interno. Per tale motivo – in modo inverso ma analogo ad allora – tale crisi comporta che, per compensare i poteri globali, sia necessario riconoscere anche poteri “inferiori” al livello statale, ridando perciò peso e sostanza alle situazioni più prossime (e locali) ai soggetti operatori. I quali, inoltre, dispongono ormai di tecniche efficienti e diffuse per creare cerchie a loro prossime di interessati comuni, i quali finiscono spesso per rivelarsi i primi soggetti da *recognoscere*.

Voglio con ciò dire che l'operazione del “rilevare misurando” non può che essere preliminare a ogni ricerca di nuove forme democratiche, proprio per evitare che quest'ultima si riduca – come spesso accade – all'elaborazione di freddi e inutili esercizi di ingegneria costituzionale, senza poter incidere sul livello che più volte ho indicato come quello basilare del costituzionalismo ben inteso: quello dei bisogni/sogni di gruppo. L'azione del *recognoscere* è insomma certamente preliminare alla costruzione del profilo “autonomistico” di cui vado parlando, che consisterebbe nella capacità – da parte di soggetti vecchi e nuovi – di produrre autonomamente diritto (sia pure, ovviamente, entro il quadro di ordinamenti giuridici più alti o tradizionali) di grado inferiore, cioè meno carichi di valenza giuridica (in termini di astrattezza come di sanzionabilità) ma anche effettivamente molto efficaci.

Ciò significa già abbandonare il criterio principale di riferimento di ogni discorso classico di costituzionalismo, concentrato sulla partecipazione del cittadino alla più alta funzione legislativa. Anche se la coniugazione di questo aspetto si è svolta essenzialmente in termini di rappresentanza elettorale, non sono mancati tentativi di fissare l'obbiettivo della democrazia diretta anche relativamente alla legislazione, come dimostra il caso svizzero che però è notoriamente particolare. In realtà, finora, la capacità di cui parlavo sopra è stata applicata soprattutto alla funzione amministrativa che si è particolarmente venuta sviluppando nella fase finale dello Stato di diritto, assumendo le forme della *Selbst-verwaltung*, del *local government* o del *service public*¹⁰⁶. Dai filosofi della politica (del "politico") l'enfasi assunta dalla pubblica amministrazione tra XIX e XX secolo è stata per lo più letta nei termini in cui la aveva fortemente criticata Walter Benjamin, collegandola al tema della *Polizei*, nel famoso testo *Zur Kritik der Gewalt*, scritto nel 1921:

«Piuttosto, il "diritto" della polizia segna sostanzialmente il punto in cui lo Stato, vuoi per impotenza, vuoi per i nessi immanenti a ogni ordinamento giuridico, non è più in grado di garantirsi, attraverso l'ordinamento giuridico, i suoi fini empirici, fini che esso intende raggiungere ad ogni costo [...]. Al contrario del diritto, che riconosce nella "decisione" determinata nello spazio e nel tempo una categoria metafisica, attraverso la quale esso rivendica un proprio diritto sulla

¹⁰⁶ L. MANNORI - B. SORDI (eds), *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2004, oltre alla letteratura ivi citata. Si legge in *wikipedia*: «Un service public est une mission générale ou une prestation particulière qui est due par l'État à tous les citoyens appelés usagers» (http://fr.wikipedia.org/wiki/Service_public).



critica, l'analisi dell'istituto della polizia non si imbatte in nulla di sostanza. La sua violenza, nella vita degli Stati civilizzati, è senza forma, la sua presenza spettrale, inafferrabile e diffusa per ogni dove»¹⁰⁷.

Il problema è presente anche nel mondo americano, dove sta dando luogo, da qualche tempo, a un dibattito molto importante, di cui mi limito a riportare l'osservazione di Christopher Tomlins, secondo cui la nuova attenzione per la *Police* iniziò nella nuova criminologia dei primi anni '70 del secolo scorso, con la crescita dell'idea di *social control* e con il formidabile *Effetto Foucault*¹⁰⁸, per concludere che:

«These developments were sustained and broadened by new ways of thinking about and writing political theory and the history of ideas, by innovations in legal history, by the confluence of history and the social sciences and doubtless by many other influences»¹⁰⁹.

È evidente che l'universo della *police* è più ristretto e incisivo del mio concetto di *autonomico*. Il primo anzi evoca tinte autoritarie, mentre il secondo s'illumina di democrazia. Così Dubber

¹⁰⁷ Cito da *Per la critica della violenza* di Benjamin, pp. 77-78.

¹⁰⁸ G. BURCHELL - C. GORDON - P. MILLER (eds), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago 1991.

¹⁰⁹ CH. TOMLINS, *Police: Genealogies, Discourses, Locales, Principles*, in M.D. DUBBER - M. VALVERDE (eds), *The New Police Science*, Stanford 2006, pp. 248-294, p. 254.

fornisce un paio di definizioni molto attuali e pertinenti¹¹⁰, ma poi deve fare ricorso a Blackstone per concludere:

«the patriarch's prudential wisdom is precisely the ability to decide, in the particular instance, which specific measure will best promote prosperity, order, and well-being, without being bound by strict law-like definitions»¹¹¹.

In modo cioè che – a quanto mi pare – i due punti della *police* e dell'*autonomico* sembrano riunirsi in un solo concetto. Ed è un concetto spendibile anche a livello internazionale, se è vero l'uso che della *police* fa Theodor Roosevelt con la sua dottrina di un *international police power*¹¹².

¹¹⁰ M.D. DUBBER, *The Police Power. Patriarchy and the Foundations of American Government*, New York 2005 che osserva: «the regulatory power to take coercitive measures to ensure the safety and the welfare of “the community”» e «Prevention and punishment are very different as logics of governance; ‘police’ is the middle term that links them» (pp. 4-5). Cfr. però la ricca recensione di CH. TOMLINS, in «Buffalo Law Review», 53/2005-2006, pp. 1215-1271.

¹¹¹ W. BLACKSTONE, *Commentaries*, Oxford 1769, I, p. 162, definisce *Police* «as the fatherly concern to ensure the present order, future prosperity, and general well-being of the national household» ma anche come «the internal ordering of the kingdom, contrasted with the outward-looking of the war». Può anche essere interessante ricordare che Valverde fa notare che: «One of the keystones of the Canadian constitution, *section 91 of the British Northamerican Act* – the act that brought into being 1867 most of the components of the contemporary postcolonial Canadian state – states that the monarch has the full power to legislate, on the advice and consent of the Canadian Parliament, to ensure “peace, order and good government” in Canada. Interestingly, from the police science point of view, some French-language constitutional texts use the term *administration* as a translation of “good government”» (M. VALVERDE, “Peace, Order, and Good Government”. *Policelike Powers in Postcolonial Perspective*, in M. DUBBER – M. VALVERDE (eds), *The New Police Science*, pp. 73-106, p. 78).

¹¹² J.R. HOLMES, *Theodore Roosevelt and World Order: Police Power in International Relations*, Washington 2005. Ma l'interesse nord-americano per la *police* sul



Come prima mi sono riferito all'uso politico-costituzionale che Bryce faceva della *public opinion*, allo stesso modo vorrei ora tornare a quegli anni fra i due secoli, in cui un altro grande giurista americano della Scuola di Chicago, Ernst Freund, iniziava con queste parole il suo fondamentale testo sul *Police Power* :

«The term police power, while in constant use and indispensable in the vocabulary of American constitutional law, has remained without authoritative or generally accepted definition. It is therefore proper to state at the outset, that the term will be employed in the following pages as meaning the power of promoting the public welfare by restraining and regulating the use of liberty and property»¹³.

piano politico interno è ben più risalente, come risulta anche dal libro di M.L. SALVADORI, *L'Europa degli Americani. Dai Padri fondatori a Roosevelt*, Roma-Bari 2005, che cita un testo di fine Ottocento di Woodrow Wilson studioso dell'amministrazione, in cui si elogia il modello tedesco bismarckiano. D'altra parte, anche come Presidente USA, Wilson elaborò e cercò di mettere in pratica una dottrina costituzionale di tipo evolutivo che, secondo alcuni critici, andava verso l'instaurazione di una specie di *Police-state*: cfr. J. GOLDBERG, *Liberal Fascism: The Secret History of the American Left. From Mussolini to the Politics of Meaning*, New York 2008.

¹³ E. FREUND, *Police Power* (1904), Chicago 1981, p. III, precisando che «The part entitled to the Public Welfare defines the conditions and interests which call for restraint or regulation»: dove sono chiaramente evocati quei "bisogni" su cui dall'inizio sto costruendo la mia lettura. La visione materialistica di Freund è infatti quasi cinica: «The economic interests relating to the conditions of production and distribution of wealth constitute the debatable field of the police power...»; per poi concludere il *Preface* con queste parole: «The author will be satisfied if he has succeeded in making some contribution to the correct understanding of a branch of the law which yields to no other in importance and interest». Sull'opera di Freund, cfr. O. LEPSIUS, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law: Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal*, Tübingen 1997, ma anche T. ADAMS - W. KAUFMANN (eds), *Germany and the Americas. Culture, Politics and History*, Santa Barbara 2005.

Per tornare al quadro ampio della globalizzazione, che è quello che qui più c'interessa, non mi pare che si allontanino molto da questo orizzonte gli sforzi in corso nell'ambito degli studi di relazioni internazionali per produrre quelle che vengono definite come le «New Directions in Regulatory Theory»¹¹⁴.

Infatti, anche la globalizzazione – come ho già detto qua e là lungo questo saggio – trova nell'amministrazione il proprio brodo di coltura ideale. Essa esprime la sua straordinaria dinamica attraverso interventi rapidi ed essenziali sul piano concreto della gestione degli interessi di volta in volta prevalenti sul cosiddetto mercato. È il terreno già più volte da me indicato come quello della “misura”, che è anche quello però in cui la prepotenza dei soggetti globali si scontra con le scarse capacità residue d'intervento dei soggetti politici tradizionali, a partire dagli Stati “sovrani”, che sembrano avere ormai ceduto questa loro antica sovranità ai rispettivi “debiti”.

Sarà possibile continuare a trattare questi intrecci, di cui è difficile percepire la portata come pure la prospettiva, usando i vecchi arnesi del diritto classico? Bisogna comunque provarci, anche a costo di dire e ridire cose scontate. Mi pare comunque che il terreno privilegiato su cui muoversi sia quello del diritto amministrativo, piuttosto che costituzionale o internazionale.

¹¹⁴ *Special Issue* del «Journal of Law and Society», 29/2002, cfr. in particolare: S. PICCIOTTI, *Introduction: Reconceptualizing Regulation in the Era of Globalization*, e J. BRAITHWAITE, *Rewards and Regulation*, pp. 12 ss.



La verità è che già nel pieno del costituzionalismo “legislativo”, dalla metà del secolo XIX in poi, si verifica un complementare incremento di presenza e attività dell’esecutivo. Ciò riguardava anche la zona del normativo, sia nella sfera più alta della produzione legislativa che in quella bassa delle misure¹¹⁵. Ma soprattutto si amplia il campo dei contatti reali, concreti e particolari (cioè non universali e astratti, come quelli attinenti alla legge), fra l’autorità amministrativa dello Stato e la libera iniziativa privata dei cittadini. Ciò accade attraverso la miriade di atti e procedimenti amministrativi di cui si nutre la vita pubblica (ma anche quella privata!) degli individui-cittadini. Proprio questo è il terreno in cui, a mio giudizio, il costituzionalismo ha un po’ dimenticato di applicarsi e su cui invece potrebbe ancora esplicitare le sue indubbie potenzialità democratiche. Per quella via, i cittadini potrebbero conquistare un’altra grossa fetta di libertà, esplicitando un grado più alto di dignità, di responsabilità e di partecipazione in senso comunitario. Allo stesso modo, e reciprocamente, la comunità potrebbe arricchirsi del grande valore della solidarietà.

¹¹⁵ C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005.

La misura dell'amministrazione

Questo è lo spazio in cui il diritto amministrativo può contribuire a promuovere una generale revisione – e forse anche trasformazione – del ruolo del diritto nella società contemporanea.

Feliciano Benvenuti, ad esempio, ha condotto a lungo il suo studio del diritto amministrativo alla ricerca del «nuovo cittadino»¹¹⁶, lungo la traccia del «procedimento [amministrativo] come partecipazione e dunque co-amministrazione, per cui l'amministrazione è giustificata e così legittimata»¹¹⁷. Dal «mito» dell'amministrazione (che fu centrale per tutta la vita dello Stato moderno, dalla sua fase assolutistica di fondazione a quella evolutiva – o, come io dico più volentieri, de-generativa – di diritto) Benvenuti auspica il passaggio alla realtà più prosaica e operativa

¹¹⁶ È anche il titolo di uno dei suoi ultimi scritti: *Il nuovo cittadino*, 1994, che apre forse la strada anche all'espressione «cittadino come arbitro» messa in circolo da uno dei suoi allievi, Roberto Ruffilli, R. RUFFILLI - P.A. CAPOTOSTI, *Il cittadino come arbitro: la DC e le riforme istituzionali*, Bologna 1988.

¹¹⁷ V. DOMENICHELLI, *Rileggendo Benvenuti: l'attualità del pensiero di un maestro nel volume di Ettore Rotelli, «Amministrare»*, 42/2012, pp. 7-17. Il volume a cui ci si riferisce è: E. ROTELLI, *Feliciano Benvenuti. Partecipazione e autonomie nella scienza amministrativa della repubblica*, Venezia 2011, ma cfr. anche e soprattutto: F. BENVENUTI, *Amministrazione pubblica. Autonomie locali. Scritti degli anni dell'ISAP* in E. ROTELLI (ed), Milano 2010, con l'imponente *Introduzione* dello stesso Rotelli dal titolo impegnativo *Per una storiografia della scienza di Feliciano Benvenuti*, pp. 13-140. Cito da qui il seguente passaggio di Benvenuti: «la partecipazione del cittadino comporta la elevazione del cittadino a coamministratore, come dissi poi commemorando il centenario delle leggi di unificazione del 1865, quando compresi che il procedimento è in sostanza il modo affinché l'amministrazione sia giustificata di fronte al cittadino. In altre parole, colui che partecipa al procedimento riconosce l'autorità, partecipa quindi dell'autorità, ne diventa esso stesso soggetto» (p. 73).



di un'amministrazione "debole", che io preferirei chiamare "leggera", in cui muti il rapporto tra il modo d'essere del potere e quello della partecipazione, in modo che gli amministratori (autorità) diventino «ministri dell'amministrato [...] riconoscendo i diritti dell'amministrato nel farsi stesso dell'atto amministrativo». Non è questo il luogo per sviluppare argomenti così tecnici. Mi basta dire, da una parte, che Benvenuti e la sua scuola hanno molto lavorato e ancora stanno lavorando su questa ipotesi di lavoro; ma dall'altra anche ricordare che quest'ultima ha ascendenze invidiabili, tra le quali vorrei menzionare la tesi comunitaria e solidaristica di quel grande giurista istituzionalista che fu, all'inizio del XX secolo, Léon Duguit.

M'interessa riprendere quest'ultimo anche per uscire, in modo per così dire giuridico, dallo spazio molto formalizzato e dunque anche circoscritto della scienza del diritto. Duguit dà infatti importanza alle «diverse tappe della morfologia sociale, o più semplicemente, i diversi tipi di società umane che si sono succedute» nella storia¹¹⁸. Il fuoco della sua attenzione sta nel legame dell'uomo col gruppo di appartenenza, che costituirebbe un *prius* rispetto a ogni altra condizione umana, come è stato sostenuto da uno dei suoi maestri, Emile Durkheim, nell'opera del 1912 *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, dove si dimostra che l'oggetto originario di culto in molte comunità primitive era pro-

¹¹⁸ L. DUGUIT, *Sovranità e Libertà*, Torino 2007, p. 129.

prio il gruppo stesso, sotto forma di *totem*. Che ciò sia conseguenza della naturale socievolezza umana o effetto dell'innata incapacità dell'uomo a provvedere da solo ai propri bisogni non ha qui importanza¹¹⁹; conta il fatto che per questa importante corrente francese della scienza sociale del primo Novecento il gruppo viene prima dell'individuo e, dunque, ogni ragionamento relativo alla libertà individuale dev'essere accoppiato – se non subordinato – al criterio comunitario della solidarietà.

A me pare che questa linea di lettura filosofica, o antropologica, non sia in contraddizione con quella che ho prima avanzato di un possibile recupero in senso democratico dell'amministrazione nel suo più specifico radicamento locale, che è quello che mi parrebbe consentire la valorizzazione del soggetto come parte responsabile nel procedimento amministrativo. Basterebbe, d'altronde, approfondire il discorso prettamente giuridico di Duguit in ordine alle trasformazioni del diritto pubblico, e di quello amministrativo in specie, per confermare tale impressione¹²⁰.

¹¹⁹ Ma vedi le mie considerazioni sulla melancolia come radice antropologica della politica, in P. SCHIERA, *Specchi della politica*, e nel primo capitolo di questo saggio.

¹²⁰ Riguardo alla Spagna, già nel 1924 risultavano tradotti presso Francisco Beltran, Libreria española y extranjera, Madrid: *La transformación del Estado, Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, Las transformaciones del derecho publico*, il *Manual del derecho constitucional, El pragmatismo jurídico*. Ma sul persistente interesse della dottrina giuridica spagnola per Duguit, cfr. J.L. MONEREO PÉREZ - J. CALVO GONZÁLEZ, *La Teoría Jurídica de Léon Duguit*, Estudio preliminar, in *Manual del derecho constitucional*.



Anche per Feliciano Benvenuti è lì che si va a finire, se si vuole “indovare”, come diceva Dante, il passaggio da mito a realtà di una democrazia amministrativa vera e sostanziale¹²¹. Nel 1920-21, l’opinione di Duguit era che il concetto solidarista della libertà si riduceva a poche parole: «la libertà non è più un diritto, ma un dovere»¹²². Il dovere del cittadino di essere attivo per sé e per gli altri. La libertà si trasforma in funzione sociale, la quale si esprime attraverso una regola di condotta volta al mantenimento della comunità. Secondo Durkheim la solidarietà può essere meccanica oppure organica¹²³, comunque dev’essere tale da modificare il rapporto tra soggetti e autorità, mescolandone i termini e dando così luogo, in Léon Duguit, all’idea fondamentale di *service public*, che egli non si perita a dire essere ormai entrata nella stessa mentalità americana, secondo l’espressione del presidente Wilson. Comunque si tratta, per lui, di un processo inarrestabile, in corso ormai dalla metà del XIX secolo e coincidente con la cre-

¹²¹ Ancora merita però un richiamo L. DUGUIT, *Sovranità*, p. 208: «In queste condizioni, la concezione individualista della libertà doveva tendere a scomparire, per far posto a quella che definisco la concezione solidarista... la concezione solidarista è, al giorno d’oggi, al primo posto, e... tende sempre di più a rimpiazzare la concezione individualista» (L. DUGUIT, *Sovranità*, p. 208). Il riferimento letterario è ai versi di Dante Alighieri: «Veder volea come si convenne / l’imago al cerchio, e come vi s’indova».

¹²² L. DUGUIT, *Sovranità*, p. 215.

¹²³ E. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893) su cui cfr. M. RICCIARDI, *La forza della società: disciplina, morale e governo in Emile Durkheim*, in L. BLANCO (ed), *Dottrine e istituzioni in Occidente*, Bologna 2011, pp. 185-209, e L. COBBE, *Il popolo alla prova della sociologia. Durkheim e il collettivo come entità psichica*, in «Sociologia», 46/2012, pp. 31-44.

scita continua dell'attività dello Stato, cioè del suo intervento amministrativo per rispondere al «sistema della necessità pubblica». Al quale però, come si è visto, attendono anche gli individui, nell'esercizio della loro «libertà solidarista». A mediare tra i due campi di solidarietà potrebbe essere il fenomeno del sindacalismo, inteso come «l'organizzazione di questa massa amorfa di individui» che è stata il risultato dell'incrocio fra rivoluzione industriale e rivoluzione politica a partire dall'inizio dell'Ottocento.

L'analisi fatta da Duguit all'uscita dalla Prima guerra mondiale era fortemente antimarxista; per certi aspetti si può pensare che essa sia stata anche alla base delle proposte di tipo corporativo che hanno preso piede nei regimi fascisti, in particolare nel fascismo italiano. Si tratta però di vedere se gli ingredienti di questa sua lettura, presi in sé e svincolati dalla contingenza storica di quegli anni di tendenza totalitaria, abbiano ancora qualcosa da dire oggi, in una necessaria chiave antitotalitaria seppure in presenza delle spinte globalizzanti che caratterizzano il nostro tempo. Duguit parla di una modifica radicale nell'organizzazione della rappresentanza politica, in senso sia proporzionale (partiti) che professionale (sindacati). Poi passa alla divisione dei poteri, mostrando che essa consiste ormai di una costante collaborazione di Parlamento e Governo, sotto l'occhio vigile di tribunali in grado di giudicare la costituzionalità delle leggi. Ma il punto più interessante è il terzo che Duguit pone in luce, additando la protezione prestata all'individuo contro l'azione amministrativa del-



lo Stato, cioè contro i debordamenti del *service public*. Non sono ammesse decisioni “individuali” da parte di un’ autorità, al di fuori dei limiti previsti e fissati da una disposizione di legge. Si tratta del principio di legalità, sanzionato in Francia dalla giurisdizione amministrativa esercitata dal *Conseil d’Etat*. Pensieri un po’ vecchi, ovviamente, che potrebbero però ricevere nuova luce dalla revisione oggi in corso di alcuni concetti di base, a partire da quello di giustizia.

Il tema della giustizia continua a essere di attualità anche al di fuori della prospettiva strettamente giuridica, ma nei termini più generali di un discorso politico “culturale”, cioè in termini più costituzionali che istituzionali, che vuol dire anche in termini più materiali e sostanziali che formali¹²⁴. Ciò potrebbe anche voler dire che la giustizia oggi non è più solo il campo e la funzione di soluzione di problemi, con sentenze o decisioni, ma è – sta tornando a essere – il campo e insieme la “virtù” di saper aprire e sollevare problemi, magari di confine (*border*), diventando così essa stessa un concetto *borderline* capace di attivare nuove pratiche, anche al limite (*border*, appunto) del sistema legale e forse in nome di quel pluralismo legislativo (o semplicemente giuridico) che più volte già abbiamo incontrato come necessaria soglia di superamento del costituzionalismo “di diritto” del secolo libe-

¹²⁴ Dal bel libro di C. DE PASCALE, *Giustizia* a E. BALIBAR - S. MEZZADRA - R. SAMMADAR (eds), *The Borders of Justice*, Philadelphia 2012.

rale. Un concetto popolare, di contraddizione, come sostiene Ranabir Samaddar, e per molti versi anche rivoluzionario. Può però significare anche la ripresa di un concetto antico, in qualche modo conservatore, che è quello della giustizia-virtù. Nella sua doppia essenza di virtù pubblica (del principe) e privata (dei soggetti individuali) essa rappresenta, oltre alla funzione politica che da sempre esprime, la categoria medievale di *iurisdictio* che anticamente esauriva quasi la legittimità della figura del re-giudice¹²⁵. Non è solo per giocare con le parole che mi sento di parlare per l'età moderna e in particolare per quella parte di essa che si qualifica più propriamente come "epoca costituzionale" di *iurisdiction*¹²⁶. Intendo con ciò la comoda via per cui si è fatto ricorso al diritto (alle *positiven Rechts-wissenschaften*, come dice già Hegel in un suo scritto giovanile del 1802¹²⁷) per risolvere, sia sul piano della legittimazione che su quello dell'applicazione, tutti gli aspetti dell'esercizio del potere democratico.

Ma con la crisi del diritto dove troveremo la nuova misura della giustizia? Certo, la giustizia solo come "forma legale" corrisponde (weberianamente) alla libertà individuale che abbiamo appena visto criticata già da Duguit, sulla scorta di Durkheim. Se

¹²⁵ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale 1100-1433*, Milano 1969.

¹²⁶ Andrebbe qui approfondito il rimando alla *Theory of Fictions* di Bentham, secondo quanto suggerisce Paola Rudan, cfr. anche F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo "paritario" nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, «Amministrare», 41/2011, pp. 457-474.

¹²⁷ Cfr. *infra* nota 89, p. 128.



invece la si coniuga con la eguaglianza, allora l'idea acquista mobilità e può effettivamente aspirare a diventare concetto-*border*, cioè non semplicemente di margine ma di trasformazione effettuale, operativa, rivoluzionaria. Una «giustizia fuori dalla storia», suggerirei io parafrasando un titolo di Wendy Brown¹²⁸: una giustizia dunque capace di «allentare la presa del passato sul futuro», come dice la stessa Brown nella bella dedica del suo bel libro; una giustizia che agisca sui *margins*, però per superarli e rovesciare il *border*; una giustizia, infine, figlia di un'altra idea di Stato, in cui forse si potrà trapiantare il complesso concetto arabo-turco-persiano di *sahkar*, che sembra equivalere al concetto multiplo di amministrazione-governo-regime e che mi sembra dunque possedere un senso simile a quello da me attribuito a “costituzione”¹²⁹.

Nella sua lunga, complessa e variegata produzione, Feliciano Benvenuti, per spiegare la persistente “con-temporaneità” del diritto amministrativo, ha fatto ricorso alla bella formula della «natura della cosa», intesa come «la specifica conformità oggettiva del problema amministrativo da curare»¹³⁰. Egli osservava allora il

¹²⁸ W. BROWN, *La politica fuori dalla storia*, prefazione e cura di P. Rudan, Bari 2012.

¹²⁹ R. SAMADDAR, *The Materiality of Politics*, 2 voll., London 2007.

¹³⁰ Così la spiega F. CORTESE, *La dimensione stellare della cosa pubblica*, «Amministrare» 42/2012, p. 30, che coniuga il concetto sia in termini locali, con riferimento alla montagna (F. BENVENUTI, *Crisi dello Stato e problemi della montagna*, «Diritto dell'economia», 1993, pp. 557 ss.) che in termini globali, con riferimento

venir meno (la crisi) della «realità di una amministrazione fondata su un modello unico, sia per quanto riguarda le strutture, sia per quanto riguarda le caratteristiche delle attività»¹³¹. Ciò che gli ha poi consentito di dire che, da un punto di vista organizzativo, «sta venendo meno il carattere monolitico della amministrazione e quello di una burocrazia avente funzioni esclusivamente esecutive e di supporto, dando a quest'ultima, pure all'interno della amministrazione, un'area protetta di autonomia gestionale, quando addirittura una tale autonomia non si manifesti all'esterno con atti che coinvolgono la responsabilità dell'ente». Si assisterebbe, per lui, allo spostamento dell'asse di governo dalla tradizionale posizione («napoleonico-militare») verticale a una orizzontale «di divisione di compiti e di collaborazione tra centri di decisione distinti e ordinati fra loro in funzione del provvedimento finale, al quale ugualmente tutti devono collaborare». Ma il percorso ancora non era compiuto vent'anni fa, quando il nostro autore scriveva, anche se, sono sue parole:

«il quadro che si prospetta per il futuro è invece proprio quello di uno scioglimento di questo groviglio organizzativo secondo i modelli privatistici propri di società madri e società figlie, ovvero di società

all'Europa (F. BENVENUTI, *La C.E.C.A. "ordinamento sovrano"*, introduzione a *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, Padova 1961).

¹³¹ F. BENVENUTI, *Nuovo Stato e crisi delle scienze politiche* (1994), ora in F. BENVENUTI, *Amministrazione*, p. 625.



holding e di società controllate, ovvero ancora di società consorziate»¹³².

Con esiti di progressiva integrazione fra i due principi della efficienza dell'azione amministrativa, da una parte, e della partecipazione dei privati a quell'azione medesima, dall'altra.

Benvenuti lega apertamente questa sua prognosi a «una esigenza che ben si può chiamare ideologica e che è quella di permettere l'associazione diretta del cittadino all'esercizio dei poteri amministrativi», grazie ad una concezione del diritto amministrativo sempre più lontana «dallo schema del rapporto autoritario per avvicinarsi allo schema del rapporto paritario»¹³³.

Siamo così, in qualche modo, tornati al fulcro di tutto il discorso fatto finora, che sta nella proposta alternanza di *govern-*

¹³² *Ibid.*, pp. 626-627, cfr. anche G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni*. È a queste tematiche che è dedicata anche parte del II capitolo di questo mio saggio.

¹³³ Egli dichiara apertamente, a tale proposito, la sopravvenuta insufficienza di una considerazione solo giuridica del fenomeno amministrativo: «la tradizionale considerazione della amministrazione sotto il profilo del diritto che la concerne, seppure conserva una sua logica fondamentale, tuttavia non è sufficiente a far comprendere il fenomeno nella sua interezza» (F. BENVENUTI, *Nuovo Stato e crisi delle scienze politiche* (1994), ora in F. BENVENUTI, *Amministrazione*, p. 628). Ma aggiungo anche – ed è ciò che più mi colpisce e mi fa sentire in sintonia con il pensiero di questo Maestro che è stato, tangenzialmente, anche mio – «se nei momenti di calma, calma sociale, di stanca della marea della storia, si può accettare come valida la sola interpretazione con elementi tratti dall'interno del sistema, nei momenti di accelerata evoluzione, come quelli quali noi stiamo vivendo, la lettura interna non è più sufficiente: essa rischia di portarci a degli errori rispetto ai principi quali si desumono dai valori di cui è portatrice la società in un determinato momento della sua evoluzione». Se questa non è storia costituzionale nel senso più pieno!

ment e *governance*, intendendo quest'ultima, in senso lato, come il tentativo di allargare il "costituito" a una prospettiva "costituente" in grado di registrare i motivi di crisi e superarli. Per fare ciò, abbiamo però appreso che non è forse più necessario, né utile, ricorrere a grandi visioni del mondo né, tanto meno, all'indicazione di diritti inviolabili ed eterni. Ciò che è già stato fatto finora, in quella direzione, basta e avanza. Sembra che, in generale, si debba lavorare per la costruzione di una – o forse più – dimensione orizzontale. Il che dovrebbe facilitare la creazione di un pluralismo di intenzioni e di azioni a cui lo stesso diritto dovrebbe saper rispondere, mettendo in atto le intuizioni felici – anche se un po' oscure e soprattutto oscurate dalle contingenze storiche a tendenza totalitaria rispetto alle quali furono elaborate – della pluralità degli ordinamenti giuridici¹³⁴.

Analoga indicazione sembra provenire dall'osservazione delle relazioni politiche che stanno mutando sotto i nostri occhi. Il "bene comune" che ha rappresentato per molti secoli la bussola del cammino monocentrico dello Stato moderno viene ogni giorno di più relativizzato dall'emergenza di "beni comuni", che è come se spezzettassero l'unità minacciosa e rassicurante insieme del potere politico (statale) per favorire scelte e gestioni condivise e partecipate degli interessi in gioco. I quali sono spesso sem-

¹³⁴ Il riferimento è all'opera famosa di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917), su cui cfr. F. FONTANELLI, *Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*, «Transnational Legal Theory», 2/2011, pp. 67–117.



plici e quasi scontati, tanto da sfuggire alla rete cognitiva delle varie bio-politiche d'apparato (l'acqua, l'aria, l'ambiente, la salute... fino alla fame, alla pace, alla cultura). C'è chi parla addirittura della conoscenza come "bene comune"¹³⁵ e comunque siamo in molti a sottolineare l'obbligo di approntare e tenere in vita un "discorso politico", che sia certo promosso e guidato da "dottori", ma con senso di responsabilità nuovo, cioè per aprire conoscenza e non per chiuderla in nome di specialismi ed esclusivismi non più sopportabili¹³⁶.

Il discorso è ordine, perché è ragione applicata (cioè pratica); la ragione è misura (che esclude e include, taglia fuori e prende dentro, e sopra tutto orienta allo scopo, progetta, diventa ideologia) delle cose del mondo. La legalità è solo una forma storica del descritto processo ordine-discorso-ragione. Anche in termini modestamente "bio-politici", la melancolia gioca il suo ruolo, mediando tra disciplina e sapere¹³⁷, per cui si potrebbe dire che la

¹³⁵ C. HESS - E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons*, Cambridge 2007; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011.

¹³⁶ Cfr. la fine del II capitolo di questo saggio, ma anche F. BENVENUTI, *Nuovo Stato*, p. 652, che chiude citando l'invettiva di Luca 11. 52: «Guai a voi, dottori della Legge, perché avete tolto la chiave della conoscenza, voi stessi non siete entrati e l'avete impedito a quelli che entravano».

¹³⁷ Mi riferisco a S. NATOLI, *La verità in gioco. Scritti su Foucault*, Milano 2005, ma anche a R. ESPOSITO, *Malinconia e comunità*, in B. FRABOTTA (ed), *Arcipelago Malinconia: scenari e parole dell'interiorità*, Roma 2001, pp. 158-168. Cfr. anche P. CAPPELLINI, *Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell' "Inverted Totalitarianism"*, in M. CECCARELLI - P. PALCHETTI - C. SOTIS (eds), *Le regole dell'eccezione*, pp. 41-101, in part. p. 44 nota 7.

potenza (universale) si traduce in potere (politico) grazie all'intervento della disciplina sul corpo degli uomini singoli, riuniti in corpo sociale. In età moderna, la sintassi di questo esercizio "retorico" non è stata altro che la scienza, vera parabola del potere a partire dall'utopia di Bacone¹³⁸.

Col che riprendo miei ragionamenti precedenti sulla disciplina e la scienza come fattori centrali («costituzionali») della storia occidentale moderna¹³⁹, ma anche rafforzo la convinzione che una nuova sintassi – quella del discorso – possa rimettere in moto il meccanismo sapere-potere, in vista sia di un rinnovamento della scienza che di una ricarica della politica, ma sulla base di una sostanziale e profonda fiducia nell'uomo e nella sua ritrovata capacità di misura¹⁴⁰. Voglio dire che, nella mia concezione, il discorso non consta solo di significanti, ma anche di significati, sui quali anzi esso principalmente verte. Cosicché il mio discorso non si riduce a ordine costituito¹⁴¹, ma aspira a essere sempre costituente: esso vorrebbe essere al servizio di un potere dinamico, non statico, e contribuire a rendere quest'ultimo partecipato e

¹³⁸ Per Natoli, ad esempio, l'incremento della potenza umana che Bacone assegna al destino della scienza non è che il riflesso delle pratiche di potere già inscritte nel discorso scientifico della sua epoca.

¹³⁹ P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese*.

¹⁴⁰ A. DE BENEDICTIS (ed), *Sapere e/è potere: Dalle discipline ai ruoli sociali*, Bologna 1991.

¹⁴¹ Così Vitale riassume la questione alla quale l'analisi del discorso deve rispondere rimandando a Foucault: «in che modo, nelle società occidentali moderne, la produzione di discorsi cui si è attribuito un valore di verità è legata ai vari meccanismi ed istituzioni di potere» (F. VITALE, *Analisi del discorso*, http://www.culturalstudies.it/dizionario/lemmi/analisi_del_discorso_body.html).



partecipante. E a dare il tempo a tale dinamica potrebbe essere proprio, nuovamente, la misura.

Per chiudere questa lunga conclusione, è ovvio che la misura della dinamica è oggi data dal complicato processo della *governance*, il quale viene riferito a un «purposive system of rules or normative orders apart from regularities (natural orders) emerging from unrestricted interactions of self-interested actors in a state of anarchy»¹⁴². Ciò comporta che gli attori riconoscano l'esistenza di determinate obbligazioni e si sentano obbligati, per qualsiasi ragione, a soddisfarle. È proprio la saldatura tra *order* e *intentionality* a produrre *governance*; la quale dunque include l'esistenza di un processo politico basato sulla costruzione di consenso all'accettazione di determinati programmi d'interventi¹⁴³.

Tale disponibilità non è però nuova nel tessuto della storia costituzionale europea: ne rappresenta anzi una trama fondamentale che abbiamo usualmente definito come «disciplinamento sociale»¹⁴⁴. Il problema è quello dell'eventuale componente an-

¹⁴² T. BRÜHL - V. RITTBERGER, *From International to Global Governance. Actors, Collective Decision-making and the United Nations in the World of Twenty-first century*, in V. RITTBERGER (ed), *Global Governance and the United Nations System*.

¹⁴³ J.M. ROSENAU, *Governance, Order and Change in World Politics*, in J.M. ROSENAU - E.O. CZEMPIEL (eds), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge 1992.

¹⁴⁴ P. SCHIERA, *Specchi della politica*; P. PRODI (ed), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, con la collaborazione di C. Penuti, Bologna 1994.

tropologica del disciplinamento che per qualche autore precede e prevale sui tempi e modi delle sue istituzionalizzazioni storiche. La figura dello “apparatus” approntata da Giorgio Agamben riassume con efficacia questa lettura e ha il merito di tentare una solida fusione tra prassi disciplinante e relativa teoria¹⁴⁵, puntando sull’argomento della “positività”, in evidente vicinanza anche etimologica col “dispositivo” e certamente applicabile, col suo bagaglio di «beliefs, rules and rites», alla relazione comando-obbedienza. Il concetto di positività, come elemento storico del divenire-realtà, sarebbe al centro della stessa prospettiva hegeliana, da cui appunto Foucault avrebbe dedotto e costruito la sua idea di «apparato»¹⁴⁶.

¹⁴⁵ G. AGAMBEN, “*What Is an Apparatus?*” and *Other Essays*, Palo Alto 2009, che nota come: «The apparatus itself is the network that is established between these elements (discourses, institutions, buildings, laws, police measures, philosophical propositions etc.)»; esso possiede sempre «a concrete strategic function and is always located in a power relations»; come tale compare «at the intersection of power relations and relations of knowledge».

¹⁴⁶ Agamben sostiene che, secondo Foucault, per Hyppolite, la positività di Hegel è lo “storicamente determinato”. Mi sembra qui interessante il rimando allo scritto giovanile di Hegel, *Le maniere di trattare scientificamente il diritto naturale, posizione di questo nella filosofia pratica e il suo rapporto con le scienze giuridiche positive*, (1802-1803), in G.W.F. HEGEL, *Scritti di filosofia del diritto*, Bari 1962, pp. 25-160. Su di esso, cfr. le considerazioni di E. CAFAGNA, *Diritto razionale e realtà del diritto. Le critiche hegeliane alle teorie del diritto di Kant e di Fichte*, «Studi senesi», 90/1998, pp. 371-411, ma anche, più in generale, dello stesso autore, *Libertà dell'autocoscienza e potere politico. Note sulla Fenomenologia dell'Enciclopedia delle scienze filosofiche di Hegel*, «Teoria politica», 124/1998, pp. 55-83. A una traduzione critica italiana del testo giovanile di Hegel appena citato sta lavorando il prof. Sabbatini dell'Università di Macerata.



Che differenza ci sarà con la *discipline* di Jeremy Bentham, risultante da «a set of practices and mechanisms (both linguistic and non-linguistic, juridical, technical, and military) that aim to face an urgent need and to obtain an effect that is more or less immediate»¹⁴⁷? La differenza mi pare molto grande, perché mentre per Bentham l'adesione utilitaristica dell'individuo al comando è partecipata e sentita, determina cioè un momento etico, e il ricorso alla disciplina statale scatta solo per coloro che, per difetto di conoscenza e preparazione, non colgono la ragione "etica" dell'utile, l'apparato invece – di cui Agamben sottolinea l'origine

¹⁴⁷ È ancora Agamben che con queste parole esprime la posizione di Bentham, il quale precisamente scrive: «In speaking of logic as an art, according to the definition of the Aristotelians, I find myself obliged to add to the word art the word science. For the truth is that, howsoever clearly distinguishable in idea, the two objects, art and science, in themselves are not, in any instance, found separate. In no place is anything to be done, but in the same place, there is something to be known; in no place is anything to be known, but in the same place there is something to be done. To the presenting in conjunction with each other, as well as either of them without the other, the idea which the word art is employed to signify, and the idea which the word science is employed to signify, the Latin word discipline is correctly and admirably well adapted. Unfortunately, though so perfectly coincident in respect of its original, and so near to perfect coincidence in sound and appearance, yet in respect of its established, and, at present, customary import, the correspondent English word discipline presents no equal aptitude [...] Great, however, would be the convenient, strong the light, thrown upon the whole field of human power, if, instead of the composite and frequently perplexing locution art and science or science and art, the men of modern times could prevail upon themselves to employ the simple as well as classical term discipline, discipline would then be the name of the genus, art and science the name of the species included in it» (J. BENTHAM, *Essay on Logic*, in *The Works of Jeremy Bentham* (1838-1843), edited by J. Bowring, New York 1962, vol. VIII, p. 247). Devo l'indicazione del passo di Bentham a Paola Rudan, che da tempo si sta occupando a fondo del nostro autore.

sacrale nella teologica *oikounomia* – si manifesta come pura attività di *governance*, priva di qualsiasi fondazione nell'essere. Come già detto, essa è solo «a set of practices». Perciò diviene *governance*, ma in senso antropologico prima e più che in senso costituzionale: «Apparatus then is first of all a machine that produces subjectification, and only as such is it also a machine of governance». Una macchina autopoietica, che non ha altro scopo che la propria replicazione e la ottiene replicando (clonando e ibridando) soggetti sempre più adatti a tale replicazione di atti di governo che sono fine a sé stessi: si giustificano cioè e si legittimano in base soltanto al loro perfezionamento tecnologico.

«The more apparatuses pervade and disseminate their power in every field of life, the more government will find itself faced with an elusive element, which seems to escape its grasp the more it docilely submits to it»¹⁴⁸.

Per Agamben, la risposta allo scippo di soggettività compiuto dall'apparato dovrebbe forse essere quella di uscire dalla *governance*, alla ricerca dello *ungovernable*, per rovesciare appunto il meccanismo di produzione della soggettività su cui agisce l'apparato. Una risposta che si può ricollegare a quella in termini di *justice*, vista sopra come rovesciamento del *border*. Impegni

¹⁴⁸ Il ricorso al testo di Agamben, da cui provengono le citazioni in testo, mi è stato facilitato dalla presentazione che ne hanno fatto per i «graduating students of the MA Curating Contemporary Art at the Royal College of Art», nella loro pubblicazione *Shadowboxing*: in tre successive *issues*, quattro artisti contemporanei furono invitati a rispondere alla domanda “What is an Apparatus?” che Giorgio Agamben aveva posto nel suo celebre scritto del 2006-2009.



gravi, nell'uno come nell'altro caso: grandi virtù da esercitare, esigenza di tempi storici giusti. Riducendo il discorso all'amministrazione di cui mi voglio qui occupare, meno difficile sarebbe – ma forse non meno rivoluzionario – mettere in pratica il consiglio di Benvenuti per un procedimento amministrativo «paritario»¹⁴⁹.

Come ho già detto, l'idea-forza di Benvenuti si basa sul tentativo di dare maggiore peso costituzionale (o il peso costituzionale che le spetterebbe) all'amministrazione. Per me, si tratta – come ho già ripetutamente detto – di trasferire anche sull'amministrazione i principi del costituzionalismo che finora sono stati quasi esclusivamente riferiti alla funzione legislativa (nella congiunzione di sovranità popolare e rappresentanza parlamentare) e a quella giurisdizionale. In generale, si tratta di spinte verso una democraticità sostanziale, non solo fondata sul *dictum* di Montesquieu della divisione dei poteri o sull'ambigua massima vittoriana della *rule of law*, quanto piuttosto sul recupero di responsabilità in capo ai soggetti coinvolti nell'azione amministrativa, in parallelo con l'autorità statale. È questo un modo concreto per trasformare da passiva in attiva la soggettività, sottraendo l'idea di cittadinanza e di identità al vuoto delle formule per riempirle di contenuti formulati ed espressi (in adesione o in

¹⁴⁹ F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo "paritario" nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, «Amministrare», 41/2011, pp. 457-474.

contrasto con l'autorità nella concreta azione amministrativa) da soggetti portatori d'interessi propri ma immersi allo stesso tempo nel gioco più grande dell'interesse collettivo, della *res publica*¹⁵⁰.

Tutto ciò sembra un po' poco, rispetto alle proposte provenienti dalla più sofisticata analisi "bio-politica", ma vale la pena di ricordare che, da Montesquieu in giù il potere – e anche i poteri al plurale – di trasformazioni ne hanno conosciute tante, a partire dal loro raffinamento in "funzioni" che ha consentito spesso l'intreccio tra "pezzi" diversi dei tre poteri tradizionali, in una prospettiva di rinnovamento costituzionale che non ha cessato di produrre frutti, sul piano pratico come su quello teorico¹⁵¹. Per Benvenuti, al centro dell'esperienza storica del diritto pubblico sta, più del concetto kantiano di libertà¹⁵², quello di partecipazione: nel senso almeno che il principio indefettibile della libertà può attuarsi solo attraverso la partecipazione, in una linea che lo conduce alla proposta di una "demarchia" al posto della

¹⁵⁰ F. SAITTA, *Cittadinanza, partecipazione procedimentale e globalizzazione (Apunti preliminari sulle funzioni dell'istituto partecipativo nell'era del diritto globale)*, in R. FERRARA - F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE (eds), *Codice delle cittadinanze*, Milano 2006, pp. 331-336.

¹⁵¹ «Se la partecipazione procedimentale è esercizio di sovranità allora il fenomeno va prioritariamente esaminato dal punto di vista dei suoi fondamenti costituzionali» (G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale. Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n.241 del 1990, Relazione al Convegno su «Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo»*, Roma 23 aprile 2008: www.giustizia-amministrativa.it). D'altra parte, la definizione dei concetti complementari di funzione e di procedimento amministrativo era già stata al centro della prolusione letta da Benvenuti all'Università di Padova nel 1951.

¹⁵² D. WILLOWEIT, *Der richtige Kern*.



“democrazia”, con l’implicita sottolineatura di responsabilità soggettiva di ogni attore individuale o sociale implicato che il nuovo termine porta con sé¹⁵³.

Se poi *demos* volesse davvero dire, oltre che popolo, anche l’unità territoriale di base in cui la comunità si costituisce e si governa, allora il termine “demarchia” ci servirebbe anche per tornare a quella dimensione “locale” dove provare a “indovinare” la partecipazione procedimentale per renderla effettivamente praticabile, in quanto sia garantita la presenza e l’incidenza del cittadino sul nucleo decisionale in formazione.

Dai tempi della dottrina benvenutiana, di strada se n’è fatta poca in questa direzione, almeno in Italia. Altrove si continua a parlare di democrazia diretta, sia nel modo spesso conservatore dei più piccoli Cantoni svizzeri, che in quello apertamente antagonista e contestativo dei vari movimenti di *Occupy*. Se è utopia, benvenuta l’utopia. L’importante è non considerarla semplicemente frutto di un’estensione a macchia d’olio dello stato d’eccezione, che non c’è e non deve esserci, se non si vuole uscire dalla storia stessa del diritto e buttare via, insieme all’acqua sporca di una concezione superata del diritto, anche il bambino bello e pulito in cui sempre di nuovo si esprime l’esigenza di ordine che ogni forma di vita comunitaria richiama. «C’è un modo col-

¹⁵³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994. È di nuovo evidente, mi pare, l’analogia con Duguit: *supra* pp. 115 ss.

pevole di abitare la città: accettare le condizioni della bestia feroce». Con questa citazione da Italo Calvino¹⁵⁴ mi piace concludere anche la mia riflessione, ricordando che, per essere e restare uomini, preferiamo libertà a eccezioni.

Poiché alla fine – come sempre e come pure all’inizio – la libertà è l’elemento primario dell’uomo “che mangia” ed è l’ultimo rimedio – neppure sempre adeguato – alla sua originaria “melancolia”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Citazione posta dai curatori in esergo alla loro Introduzione al già citato volume *Le regole dell'eccezione*.

¹⁵⁵ Rinvio ovviamente ai capitoli I e II del presente volume.