

Politica costituzionale comparata e futuro del pianeta



SCIENZE POLITICHE
e delle Relazioni Internazionali
UNIVERSITÀ DEL SALENTO



MICHELE CARDUCCI

2024

Lezioni raccolte con gli Studenti

INDICE

PARTE PRIMA: DIRITTO, POLITICA, PAROLE	p. 3
Premessa necessaria: l'uso delle parole in diritto e politica	
La parola come strumento necessario per applicare, attuare e interpretare politica e diritto	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Prima conclusione</i>	
PARTE SECONDA: VIVERE CON REGOLE E PAROLE	p. 9
Politica e diritto: far cose con parole e regole	
Definizioni, narrazioni e tradizioni giuridiche	
Come costruire il consenso contingente	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Seconda conclusione</i>	
PARTE TERZA: CONDIVIDERE REGOLE E PAROLE	p. 22
La Costituzione rispetto alla politica: l'«accoppiamento strutturale» di diritto e politica	
Elementi strutturali della Costituzione che producono il diritto che condiziona la politica	
Le 7 configurazioni costituzionali della politica e del diritto nel Novecento:	
Costituzioni-fondamento e Costituzioni-limite	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Terza conclusione</i>	
PARTE QUARTA: ESSERE RAZIONALI CON REGOLE E PAROLE	p. 36
Razionalità del diritto e definizioni “razionali” della politica: politica, politiche pubbliche; politiche costituzionali	
La prospettiva anglo-americana della politica rispetto alla Costituzione: azione minima	
La prospettiva europea della politica rispetto alla Costituzione: indirizzo massimo	
La declinazione dei diritti	
Le leggi «ferree» del rapporto tra diritto e politica	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Quarta conclusione</i>	
PARTE QUINTA: CONOSCERE CON REGOLE E PAROLE	p. 58
Ignoranze e paradossi del diritto e della politica	
Il «Nudging»	
Il problema delle «fallacie»	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Quinta conclusione</i>	
PARTE SESTA: DECIDERE CON REGOLE E PAROLE	p. 72
Politica, diritto e diritti come «costi»: semplificazioni e <i>L.E.P.</i>	
La «fabbrica delle decisioni»: <i>Drafting</i> e analisi decisionali	
La «fabbrica della partecipazione»: lo statuto costituzionale del soggetto politico	
“Future generazioni” e metodo <i>V.I.Ge.</i>	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Sesta conclusione</i>	
PARTE SETTIMA: IL TEMPO DELLE REGOLE E DELLE PAROLE	p. 89
Il tempo della politica nella storia umana	
Il tempo del pianeta Terra (ovvero del sistema climatico)	
La dissociazione fra “ <i>Krono-Politica</i> ” umana e “principio di inerzia” del pianeta	
Il fattore tempo e il <i>Carbon Budget Residuo</i>	
“ <i>Curva di Tainter</i> ”, “principio di inerzia”, “ <i>One Health-Planetary Health</i> ”	
“ <i>Rasoio di Occam</i> ”, teorie delle “esternalità negative” e “teorema dell'intransitività”	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Settima conclusione</i>	
PARTE OTTAVA: SOPRAVVIVERE CON REGOLE E PAROLE	p. 105
La « <i>legge di Hume</i> » e il « <i>Business as Usual</i> » nelle decisioni politiche e giuridiche	
L'emergenza climatica come « <i>Abortion Politics</i> » o « <i>Tornado Politics</i> »	
I diritti della natura come sfida allo statuto costituzionale del soggetto	
Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati	
<i>Ottava conclusione</i>	

PRELUDI SULLA NECESSITÀ DELLO STUDIO PER IL FUTURO DEL PIANETA

*«Studiare per conoscere, comprendere e pensare richiede tempo,
ed è per questo che la maggior parte delle persone
preferisce solo giudicare.
D'altra parte, chi dedica tempo allo studio,
non perde tempo a giudicare»
Karl Gustav Jung*

*«Quando il sole della cultura tramonta,
ombre di piccoli soggetti si stagliano come immagini reali di giganti,
agli occhi degli ignoranti.
Ma ombre restano,
che affasciano solo ignoranti»
Karl Kraus*

*«Studiare è una fatica fisica,
come per l'atleta lo è l'allenamento.
Ma come l'atleta non può lealmente vincere,
senza faticoso e costante allenamento,
così l'uomo contemporaneo non può
lealmente e responsabilmente vivere la sua libertà,
senza faticoso costante studio»
Antonio Gramsci*

*«Il nostro futuro dipende
dalla conoscenza del sistema climatico»
Giorgio Parisi*

*«La vostra negligenza e indifferenza
sono il nostro futuro»
Vanessa Nakate*

*«Il compito della formazione
consiste nel promuovere persone capaci
di non ripetere errori»
Jean Piaget*

*«Il docente è come il contadino.
Non conosce riposo,
se vuole raccogliere frutti»
Danilo Dolci*

PARTE PRIMA: DIRITTO, POLITICA, PAROLE

PREMESSA NECESSARIA: L'USO DELLE PAROLE IN DIRITTO E POLITICA

Per affrontare il tema di che cosa sia la “*politica costituzionale comparata*”, dobbiamo necessariamente porci alcune domande ineludibili e preliminari, in ordine all’uso delle parole.

Dobbiamo, in primo luogo, chiederci che cosa significhino i seguenti termini, che tutti noi utilizziamo frequentemente, convinti del loro condiviso contenuto e della loro conseguente comprensibilità:

- diritto
- politica
- costituzione

Per quanto banali possano sembrare le risposte alla domanda del significato, ci si accorgerà che, in realtà, queste parole non solo assumono contenuti differenti, in base all’uso che se ne può fare, ma soprattutto detengono una storia semantica, ossia di costruzione dei significati, sedimentata nel lungo periodo storico della convivenza umana e nelle differenziazioni dei diversi luoghi e tempi dell’esperienza.

Basti pensare ai seguenti riscontri.

Solo in inglese, esistono due termini (*Law* e *Rights*), che designano rispettivamente il “*diritto*” (*Law*), inteso come sistema “*oggettivo*” di regole comunicate attraverso enunciati che si impongono ai (e sono compresi dai) consociati, e i “*diritti*” (*Rights*), intesi come pretese “*soggettive*” di riconoscimento e tutela verso altri soggetti, ma anch’esse comunicate attraverso enunciati, ai quali è il soggetto stesso, che rivendica appunto i suoi “*Rights*”, ad attribuire significati (per es. “diritto alla libera manifestazione del pensiero” significa una certa cosa che, io soggetto, in base alle mie rappresentazioni della vita e del mondo, pretendo mi sia riconosciuta e tutelata, ma non è detto che questo significato soggettivo coincida con quello rivendicato da altri).

Perché, invece, nelle lingue latine (italiano-francese-spagnolo-portoghese-rumeno) e in tedesco, esiste solo la parola “diritto” (*derecho, direito, droit, drept, Recht*) per indicare sia *Law* che *Rights* (per es: “diritto” penale e “diritti” soggettivi)?

Inoltre, si potrebbe ulteriormente aggiungere: perché nell’inglese statunitense si parla anche di “*Freedom*” al posto del lemma anglosassone “*Rights*”?

Perché anche nelle lingue latine distinguiamo “*libertà*” da “*diritti*”, mescolando talvolta i due termini?

E ancora: perché nelle lingue semitiche – a partire dall’Arabo – non esistono (o meglio, non esistevano originariamente) lemmi ed enunciati corrispondenti all’inglese “*Rights*” o all’italiano-francese-spagnolo-portoghese-rumeno “*Diritti*”?

Ma non è ancora tutto: infatti, ci sarebbe da chiedersi perché nell’inglese anglosassone non esista la parola “Stato” (*State*), sostituita da quella di “*Government*”, mentre l’inglese statunitense contempla il primo termine, ma con riguardo non alla Federazione (*Union*), bensì alle *ex* colonie (*States*).

Infine, come mai la parola “politica” è resa in inglese con tre termini (*Polity, Politics, Policy*), quando nelle lingue latine (italiano-francese-spagnolo-portoghese-rumeno) esiste il solo termine “*Politica*” (al femminile), mentre in tedesco è stato coniato il termine di genere neutro “*Das Politikum*”?

Per concludere: perché la parola “Costituzione” non esiste in tutte le lingue del mondo (a partire dall’Arabo e dalla tradizione ebraica)?

Tutte queste constatazioni si spiegano come fatti puramente linguistici (di banale uso dei lemmi) oppure come fatti storici (di semantica storica), ossia di sedimentazioni dei significati degli enunciati in ragione di determinati eventi e processi storici, occorsi in alcuni contesti e non in altri?

Invero, i fatti “puramente linguistici” non esistono.

Come spiegò Michel Foucault (*La microfisica del potere*, 1977) e, prima di lui, Friedrich Nietzsche (*Genealogia della morale*, 1887), qualsiasi parola non è mai un atto di “conoscenza” bensì di “potere” e quindi di condizionamento della rappresentazione e narrazione della realtà (del resto, nella tradizione abramitica, il “verbo” – ovvero la parola – identifica il potere di Dio). In pratica, la parola stessa produce un “atto politico” (appunto un atto di “potere” che condiziona altri nella rappresentazione dell’esistenza e della realtà).

Pertanto, interrogarsi sulle parole non è mai un esercizio intellettuale ozioso o inutile.

Rappresenta, piuttosto, un esercizio “obbligatorio” se si vuole conoscere e comprendere la storia dell’esperienza umana nel mondo ed è altresì un dovere “opportuno” per osservare i modi subdoli e sottili di manifestazione del potere che, prima ancora che attraverso il diritto e la politica come atti o decisioni, si manifesta proprio attraverso la parola e il linguaggio (come ha ampiamente dimostrato la linguistica critica di Noam Chomsky, a partire da *Conoscenza e libertà* del 1973).

Nella storia dell’umanità, la parola è il fondamento della convivenza che ha prodotto diritto e politica (la c.d. “grammatica generativa” dell’essere umano in quanto struttura innata – a seguito di evoluzione naturale – della comunicazione tra simili). Attraverso la parola, gli esseri umani hanno potuto qualificare sia lo spazio (attribuendo nomi e definizioni a fenomeni, cose, comportamenti, caratteristiche, esseri viventi diversi da loro ecc...) sia al tempo (scandendo la distinzione tra un prima, un adesso e un dopo). Senza l’uso delle parole nessuno comunicherebbe. Ma senza la conoscenza dei significati delle parole, nessuno conoscerebbe e comprenderebbe che cosa dicono gli altri quando parlano.

La stessa antica distinzione (risalente ad Aristotele ma presente anche nel Nuovo Testamento) tra *βίος* (*bios*) – il semplice sopravvivere in natura - e *Zoé* – il vivere nelle relazioni di esistenza – si fonda sulla centralità della parola e se l’essere umano è *Zoon politikón*, “essere vivente politico”, è perché è diventato *Zoon logon echon*, “essere vivente dotato di parola”, in quanto la parola rappresenta l’elemento essenziale per la creazione di uno “spazio” e di un “tempo” d’intelligenza collettivo, senza il quale nessuna comunità nascerebbe.

Tuttavia, all’interno del genere umano, le parole possono essere espresse in modi molto diversi con riguardo al mondo circostante: per esempio, esistono circa 70 lingue indigene che si esprimono solo attraverso il fischio, per imitare i suoni della Natura.

Questo può sorprendere o addirittura far ridere, quando, in realtà, esprime una ricchezza di conoscenza della realtà naturale che gran parte delle lingue c.d. “civilizzate” hanno perso. Per esempio, la fonetica inglese contiene solo 42 suoni differenti per costruire parole riferite alla realtà. Le lingue indigene, quelle che noi (nella nostra presunzione di superiorità occidentale tronfia di ignoranza) stigmatizziamo come “primitive”, ne contengono almeno il doppio. Le parole dei Boscimani del Kalahari, il popolo vivente più antico del pianeta, contengono circa 160 suoni diversi. Del resto, è stato dimostrato che, in genere, le lingue indigene sono molto più ricche di parole e significati delle lingue europee più diffuse al mondo (inglese e spagnolo), soprattutto con specifico riguardo, tra l’altro, al mondo naturale e alla salute degli esseri viventi. La comunità degli Eveni della Siberia contempla 1500 parole per descrivere le parti del corpo, le

malattie, la dieta e gli stati d'animo sia dell'essere umano che delle piante come degli animali. Le lingue europee, al contrario, si sono estremamente impoverite di parole per descrivere la realtà naturale vivente (basti pensare alla parola "Natura", da tutti noi utilizzata nei contesti più diversi e con riguardo agli elementi più disparati della realtà circostante).

Vedremo che questo ha inciso anche sull'evoluzione storica del diritto, declinando diverse tradizioni giuridiche nel mondo.

Ma non solo.

Come accennato, le parole servono anche a delimitare spazi e coniugare il tempo: in pratica, servono anche a includere o escludere elementi della realtà o soggetti della realtà.

Per esempio, non in tutte le lingue del mondo esiste la distinzione tra essere umano e animale, oppure tra passato e futuro, oppure tra amico e nemico, tra individuo e gruppo, tra me e gli altri. È intuibile quali straordinarie conseguenze possano derivare dall'uso di parole di questo tipo nelle relazioni sociali e quindi politiche e giuridiche.

Pertanto, ignorare la centralità delle parole come fondamento del diritto e della politica significa non comprendere nulla, né degli esseri umani né nella realtà che li circonda: è come osservare un quadro con tanti colori, senza conoscere come si formano quei colori.

Ma è pure pericoloso, perché ci fa cadere in quelle che sono state denominate "trappole cognitive", ovvero rappresentazioni della realtà, costruite attraverso le nostre limitate, a volte banali, poche parole condite di significati, da noi stessi semplicisticamente attribuiti ad esse. Il che, come vedremo più avanti, alimenta i quattro paradossi della nostra vita quotidiana nel mondo:

- il paradosso "*morale*" ovvero quello di "giudicare" tutto ciò che ci circonda (gli altri, il mondo, la natura, la realtà ecc...), in base a un nostro giudizio personale, indipendentemente dalla conoscenza e comprensione di ciò che osserviamo: vedremo più avanti che questo paradosso alimenta fallacie logiche ed è figlio della tradizione giuridica occidentale alimentata dalla c.d. "*legge di Hume*", secondo cui la morale umana può prescindere dalla conoscenza e comprensione soprattutto dei fenomeni naturali e delle loro "leggi" (come quelle della fisica, della biologia, della chimica ecc...);
- il paradosso "*gnoseologico*" ovvero quello di credere di poter conoscere e giudicare il mondo anche senza studiare e sperimentare costantemente ipotesi, tesi, dubbi, domande, risposte (base, tale paradosso, dell'attuale fenomeno dell'analfabetismo funzionale e della c.d. "curva dell'ignoranza", di cui si farà cenno più avanti);
- il paradosso "*ecologico*" ovvero quello di attribuire più importanza a oggetti ed elementi artificiali invece che a quelli naturali da cui dipende la nostra vita (è il paradosso già intravisto da Adam Smith in *La ricchezza delle Nazioni* del 1776, quando si interrogava sul perché gli europei attribuissero molto più valore e importanza a un diamante piuttosto che all'acqua, posto che – per natura – si vive e sopravvive grazie all'acqua non certo grazie ai diamanti);
- il paradosso "*esistenziale*" ovvero quello di qualificare e misurare la nostra esistenza solamente in termini di "ricchezza" e "povertà" nell'accesso quantitativo al consumo attraverso il denaro ("povero", infatti, è chi non ha soldi per acquistare beni, a partire da quelli alimentari, non invece chi resta ignorante, incolto, incapace di conoscere e comprendere il mondo), causa, tale paradosso, dell'attuale emergenza climatica, che si discuterà nelle prossime Parti.

Se sottovalutiamo tutto questo, non solo rimaniamo "ignoranti" (nel senso di non essere consapevoli di quante cose non conosciamo del significato delle parole e della loro storia), ma soprattutto restiamo "succubi" di chi utilizza le parole e, con esse, esercita potere (dato che non

saremmo in grado di saperlo individuare proprio attraverso l'uso delle parole, prima ancora che attraverso la manifestazione formale di atti di decisione politica o giuridica).

Insomma, il potere si nasconde attraverso le parole, sicché studiare diritto e politica – che sono strumenti di potere – prescindendo da questa verità, equivale a descrivere forme senza contenuti. Peter Sloterdijk (in *Non siamo ancora stati salvati*, 2004) descrive la condizione umana come “antropotecnica” appunto convivenza attraverso la “tecnica” del linguaggio e delle parole umane sul mondo.

Del resto, per concludere, così osservava Martin Heidegger in *Essere e tempo* (1927):

«Riusciamo a pensare limitatamente alle parole di cui disponiamo, perché non riusciamo ad avere pensieri a cui non corrisponda una parola. Le parole non sono strumenti per esprimere il pensiero. Al contrario, sono condizioni per poter pensare».

Nel contempo, Michel Foucault preciserà, in *Sorvegliare e punire* (1975):

«Il linguaggio è uno strumento di potere che determina ciò che è possibile dire e pensare».

Insomma, il linguaggio e le parole sono strumenti necessari per conoscere il mondo (la realtà), ma anche per comandare e agire sul mondo (per modificare la realtà, attraverso la politica e il diritto).

In altri termini, le parole sono lo strumento necessario e insostituibile per produrre regole, prendere decisioni, applicarle, attuarle, interpretarle, vivere.

In conclusione, le parole sono lo strumento costitutivo della politica e del diritto.

LA PAROLA COME STRUMENTO NECESSARIO PER APPLICARE, ATTUARE E INTERPRETARE POLITICA E DIRITTO

Si tratta di una considerazione importante, perché ci consente di comprendere che politica e diritto non sono semplicemente “forme” (le “decisioni politiche”; le “norme giuridiche”), né semplicemente “comportamenti” (attuare le “decisioni politiche”; rispettare le “norme giuridiche”).

Prima di tutto, politica e diritto si concretizzano attraverso gli enunciati, ossia le parole, che danno vita alle “decisioni politiche” e alle “norme giuridiche”. Del resto, è esperienza comune di tutti noi constatare che per “fare politica” si deve parlare (si pensi a una conferenza stampa o a un comizio di un leader politico o alla stessa parola “Parlamento”) e scrivere (si pensi a un comunicato stampa del Governo o a un comizio): così come, per “produrre o applicare diritto”, si deve parlare (si pensi a un'arringa di un avvocato, a un interrogatorio di polizia, a un'interpellanza parlamentare) o scrivere (si pensi alla Costituzione scritta o una legge o a una sentenza o a un decreto).

Alle parole, poi, si devono attribuire significati, e i significati non sempre sono condivisi (si pensi alle parole “giustizia”, “uguaglianza”, “sicurezza”, “dignità”, “pericolo”, “rischio”, “ordine” ecc...).

Non solo, oltre a condividere o meno i significati, l'uso delle parole determina anche un problema di “credenza” ossia di fiducia che quel significato, ad esse attribuito, corrisponda a una verità fattuale (si pensi a una persona che, per un appuntamento, dica “sto arrivando” per poi tardare di un'ora; ma si pensi pure a una sentenza di un tribunale che dichiari “colpevole” una persona nei fatti “innocente”; oppure, ancora, si pensi alla formula del sacerdote che assolve il peccatore).

In pratica, il tema delle parole intreccia anche il tema della verità e della “credenza” nella verità del loro significato.

Inoltre, le parole non qualificano solo le relazioni umane, bensì anche le relazioni con tutto ciò che è “intorno” a noi (si pensi all’espressione “oggi è una bella giornata”). L’ “intorno” è quello che noi chiamiamo solitamente “ambiente”: e, più avanti in questo percorso di studio, scopriremo che l’ “ambiente” esiste e, soprattutto, funziona indipendentemente dalle nostre parole (si pensi alla parola “sviluppo sostenibile” che tutti noi conosciamo ma che non descrive assolutamente nulla della realtà naturale del pianeta Terra).

Infine, le parole servono per discutere, confrontarsi, argomentare, applicare, attuare e interpretare altre parole (per esempio, leggo un testo normativo e lo applico o attuo con le mie parole e non solo con i miei comportamenti, dunque argomentandolo e interpretandolo con le mie parole e i miei significati).

In definitiva, si può constatare, in sintesi, quanto segue:

1. le parole servono a comunicare e scrivere per decidere, regolare, conoscere, agire;
2. ma le parole hanno significati che possono essere differenti in ragione della storia e dei luoghi in cui sono utilizzate;
3. e questi significati possono essere condivisi o meno tra le persone coinvolte;
4. inoltre, a questi significati si può “credere” o meno come corrispondenza a una verità di fatto;
5. infine, le parole qualificano l’ “ambiente” intorno a noi, ancorché l’ambiente esista e funzioni indipendentemente dalle nostre parole;
6. ma le parole servono anche per applicare o attuare parole altrui, per argomentare o interpretare.

Come si vede, il tema è complesso.

Per tali motivi, sarà opportuno studiare alcune “leggi ferree” dell’uso delle parole nella politica e nel diritto, in modo da acquisire gli strumenti principali di osservazione di questo tema e quindi della realtà.

Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sul tema della parola come “potere” e come “atto politico”, sono imprescindibili le seguenti letture:

- R. Barthes, *Il grado zero della scrittura*, trad. it., Milano, Lerici, 1960;
 N. Chomsky, *Linguaggio e politica*, trad. it., Roma, Di Renzo, 1998;
 P. Florenskij, *Il valore magico della parola*, trad. it., Milano, Medusa, 2001;
 M. Foucault, *Le parole e le cose*, trad. it., Milano, Rizzoli, 1967;
 M. Foucault, *L’ordine del discorso*, trad. it., Torino, Einaudi, 1970;
 M. Foucault, *Microfisica del potere*, trad. it., Torino, Einaudi, 1977;
 M. Foucault, *Il potere e la parola*, trad. it., Bologna, Zanichelli, 1978;
 P. Hadot, *Wittgenstein e i limiti del linguaggio*, trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 2007;
 M. Perniola, *La società dei simulacri*, Bologna, Cappelli, 1980;
 J.P. Sartre, *Le parole*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1964.

Sulla storia umana come differenziazione nell’uso della parola, si v.

- J. Diamond, *Il terzo scimpanzé. Ascesa e caduta del primate Homo sapiens*, trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 2006;
 K. Lorenz, *L’altra faccia dello specchio. Per una storia naturale della conoscenza*, trad. it., Milano, Adelphi, 1974;
 K. Lorenz, *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*, trad. it., Milano, Adelphi, 1974.

**Sul tema dell'inesistenza di fatti puramente linguistici e non espressivi
di storie di potere, si v.**

N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1990.

**Sulla semantica storica e la storia delle parole, dei concetti e delle idee, per comprenderne i
significati, si v.**

E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I. Economia, parentela, società*, trad. it., Torino, Einaudi, 2001;

R. Koselleck, *Il vocabolario della modernità*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2006;

L. Spitzer, *Critica stilistica e semantica storica*, trad. it. Bari, Laterza, 1966.

Sulla diversità delle lingue nel mondo, si v.

World Atlas of Language Structures (WALS), database sulle proprietà strutturali (fonologiche, grammaticali, lessicali) delle lingue.

**Sul tema dell'ignoranza come elemento storico costitutivo
delle pratiche della politica e del diritto con riguardo alle parole, si v.**

E. Boncinelli, A. Calvaruso, *L'epoca delle idee cadute dal pero*, Milano, Mimesis, 2024;

P. Burke, *Ignoranza. Una storia globale*, trad. it., Milano, Raffaello Cortina, 2023;

C.M. Cipolla, *Allegro ma non troppo con le leggi fondamentali della stupidità umana*, Bologna, il Mulino, 1988;

S. Nadler, L. Shapiro, *Quando persone intelligenti hanno idee stupide*, trad. it., Milano, Raffaello Cortina, 2022;

S. Sloman, Ph. Fernbach, *L'illusione della conoscenza. Perché non pensiamo mai da soli*, trad. it., Milano, Raffaello Cortina, 2018.

Prima conclusione

Alla luce di queste prime acquisizioni sull'uso delle parole, possiamo concludere che la politica costituzionale comparata si occupa di analizzare, in primo luogo, le parole e l'uso delle parole utilizzate dal diritto e dalla politica nei processi di decisione, azione e argomentazione-interpretazione nei diversi contesti in cui si opera (si pensi all'esempio, prima riportato, della distinzione tra *Law* e *Rights* nella storia inglese, rispetto alle vicende storiche continentali, dove *diritto* e *diritti* mantengono una stessa matrice, figlia di contesti storici differenti), tenendo conto:

- dei significati e della loro differente storia nei diversi contesti del mondo;
- della loro condivisione o meno;
- delle "credenze" sulla loro corrispondenza a una verità di fatto.

Per questo inquadramento della politica costituzionale comparata, si v.

M. TUSHNET *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law*,
Cheltenham, Edward Elgar, 2023.

PARTE SECONDA: *VIVERE CON REGOLE E PAROLE*

POLITICA E DIRITTO: FAR COSE CON PAROLE E REGOLE

Quanto spiegato è sintetizzabile con la seguente formula:

«sia la politica che il diritto non sono altro che far cose con parole e regole».

Ognuno di noi dice o scrive qualcosa (usa parole) per decidere su di sé o su altri (produrre regole). Pertanto, politica e diritto sono sì fenomeni sociali, ma sempre e comunque a riproduzione intellettuale (usi di parole, significati condivisi, credenze di verità, qualificazioni dell'ambiente circostante ecc...).

Storicamente, i rapporti di forza tra esseri umani hanno condizionato la riproduzione intellettuale delle parole e quindi delle regole.

Alcune esempi di comune conoscenza possono rendere chiaro questo passaggio.

Si pensi all'uso del genere (perché alcune lingue hanno il genere neutro e altre no?), oppure al significato della parola "incapace" (un tempo assunta come qualificazione della donna), o ancora alla distinzione tra "persona" e "soggetto" (oggi utilizzata per giustificare l'aborto in quanto "interruzione" della vita di un "soggetto" ma non di una "persona"), o ancora al termine "diverso" ecc... Vedremo che anche la "Natura" è ora considerata, in numerosi contesti, come un "soggetto" ma non come una "persona".

Queste parole, nei significati condivisi e nell'altrettanto condivisa "credenza" della loro corrispondenza a verità (per es., si reputava "vero" che le donne fossero "incapaci"), hanno dato contenuto a regole giuridiche, che oggi – ai più – appaiono inaccettabili, perché ad esse non si "crede": regole di esclusione delle donne (per esempio dall'esercizio della magistratura per causa del loro ciclo mestruale, "creduto" – dai maschi – fonte di instabilità psichica); di qualificazione dei neri come "cosa" (basta ricordare i "Codici neri" di compravendita degli africani); di inquadramento della omosessualità come "malattia" (addirittura da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità fino agli anni Novanta del secolo scorso); di qualificazione degli *Indios* come "animali" (per il fatto di non conoscere il Dio di Abramo – matrice comune delle tre religioni monoteiste presenti in Europa, ma non nel continente "scoperto" da Colombo), ecc.

Una traccia sopravvissuta di queste utilizzazioni si legge ancora oggi nell'art. 1 della Costituzione USA del 1786, dove si distingue tra "uomini liberi" e "Indiani", nonostante l'altisonante solenne *Preambolo*, secondo cui *«Noi, Popolo degli Stati Uniti, allo Scopo di realizzare una più perfetta Unione, stabilire la Giustizia, garantire la Tranquillità interna, provvedere per la difesa comune, promuovere il Benessere generale ed assicurare le Benedizioni della Libertà a noi stessi ed alla nostra Posterità, ordiniamo e stabiliamo questa Costituzione per gli Stati Uniti d'America».*

Simili parole con siffatti significati, oggi ripugnanti per i più (ci si augura), sono state condivise per lungo tempo e addirittura per lungo tempo si è "creduto" che esse fossero "vere" ossia riflettessero la "verità" dei fatti reali.

Del resto, ancora oggi noi "crediamo" che l'embrione sia "veramente" scomponibile in "soggetto" e "persona", quando la microbiologia, la genetica e l'epigenetica, non da oggi, ci dimostrano che la "vera" realtà del concepimento e della nascita non è affatto scomponibile in entità distinte, ma in unico processo senza discontinuità al suo interno.

Ma molti, oggi, ridicolizzano la proposta, presente in diverse fonti del diritto, che la "Natura" – ossia le piante, gli animali, i fiumi, i terreni, gli ecosistemi, i biomi – sia un "soggetto" titolare di "diritti", reputando questa qualificazione nominale assurda o "surreale", quando oggi tutti noi sappiamo che è oggettivamente vero che la "Natura" sia organica, quindi popolata di "soggetti" viventi.

L'assurdo, però, è che quegli stessi scettici che ridicolizzano l'idea della "Natura" come

“soggetto” di diritti “credono”, senza alcun dubbio, che “esistano” le “persone giuridiche” quali “soggetti” viventi titolari di diritti, quando, com’è noto, le “persone giuridiche” altro non sono che strutture inorganiche di oggetti inanimati (si pensi, per tutti, alla definizione dell’ “azienda” nell’art. 2555 del Codice civile italiano).

Insomma, più noi “crediamo” alle parole nel tempo,

- più tali parole si riproducono nel tempo (riproduzione intellettuale),
- più le regole legate a quelle parole sono considerate “normali” (ossia comprensibili e “vere”),
- più le regole giuridiche, che contengono quelle parole, sono considerate “normative” (ossia da rispettare),
- più usi nuovi o contenuti nuovi di quelle parole ci risultano “strani” o inaccettabili (come succede per il caso dei “diritti della Natura”).

Quindi, basta “credere” alle parole, per “credere” alle corrispondenti regole (se io “credo” che esista la “incapacità”, posso “credere” che la donna sia “incapace”)?

Si.

Quindi i rapporti di forza tra esseri umani sono stati storicamente rapporti di forza di “credenze”?

Si.

Quindi le parole della politica e del diritto possono anche “fingere” di fronte alla realtà e alla sua conoscenza, solo in ragione delle nostre “credenze”?

Si.

Ma come si spiega questa apparente assurdità, soprattutto per noi “occidentali”, che ci qualificiamo e ci riteniamo (ossia “crediamo” di essere) “laici” e “secolarizzati”?

La risposta è molto semplice.

Politica e diritto nascono dalle “credenze” umane (nascono dalle religioni e dai miti), fatte di parole (es. formule magiche da cui hanno preso origine formule religiose e poi giuridiche) e conseguenti regole (il confessore “assolve” come il giudice “assolve”; un Dio “condanna”, come un giudice “condanna”; un comandamento divino “proibisce”, come il Codice penale “proibisce” ecc...).

Del resto, com’è noto, storicamente:

- la contestazione delle parole e delle loro “credenze” ha portato alla contestazione delle regole (e al cambiamento delle regole), non viceversa (esempi: rivolte degli schiavi; movimenti delle donne; rivendicazioni degli omosessuali);
- la conoscenza della realtà, che ha smentito le “credenze” su di essa e sulle relative parole, ha portato al cambiamento delle regole, non viceversa (esempio: il processo a Galileo Galilei).

In pratica, processi storici di “credenze” sulle parole della politica e del diritto, contestazioni di quelle “credenze” e conoscenze di smentita di quelle “credenze” hanno alimentato la storia delle “parole” e delle “regole” della politica e del diritto e il loro cambiamento nel corso del tempo.

Si pensi alla “credenza” del c.d. “doppio corpo” – divino e umano – del Monarca, atrocemente contestata dalla ghigliottina della rivoluzione francese, che disvelò, a un popolo di sudditi analfabeti, l’inesistenza dal fantomatico “sangue blu” del ceto nobiliare.

Ma altri esempi non mancano.

La “credenza” (per ignoranza geografica) di essere arrivati in India da Occidente ha fatto nascere la parola “*Indios*”, quando, poi, la conoscenza della geografia ha smentito questa “credenza”.

Se oggi si parla di “diritti della Natura” è perché la biochimica e la biofisica ci hanno aperto alla conoscenza della realtà naturale come interdipendenza tra materiale organico e inorganico.

Questa constatazione storica ci consegna 5 conseguenze importanti per il nostro studio, che possiamo rendere con cinque domande e relative risposte.

Prima domanda

Le “credenze” nelle parole della politica e del diritto hanno alimentato rappresentazioni della realtà del mondo non corrispondenti alla realtà?

Sì.

Basti pensare ai “miti”, alle “utopie”, alle “ideologie”, alle “invenzioni” e ai “valori”, nei quali appunto si è “creduto” o si “crede”, per affermare un certo modo di agire e di produrre regole (per es. il “mito” della Patria, piuttosto che l’ “invenzione” della superiorità di una razza; il “valore” della solidarietà o della giustizia, piuttosto che la “ideologia” della lotta di classe piuttosto che la “utopia” del comunismo ecc...).

Seconda domanda

Se esistono “credenze” diverse tra le comunità umane, con le relative “parole”, allora esistono “regole” anche diverse nella politica e del diritto di quelle comunità?

Sì.

Infatti, oggi esistono nel mondo diverse “*tradizioni giuridiche*”, ossia diverse riproduzioni intellettuali, consolidate nel tempo, di “credenze” che hanno alimentato parole e regole diverse tra esseri umani e il loro “ambiente”.

Attualmente, le principali “tradizioni giuridiche” sono 7, e si elencano in ordine di genesi storica:

- *Tradizione giuridica «ctonia»* (la più antica o originaria di tutte le altre);
- *Tradizione giuridica «hindu»*;
- *Tradizione giuridica «talmudica»*;
- *Tradizione giuridica «confuciana»*;
- *Tradizione giuridica greco-romano-cristiana* (definita anche «occidentale» di *Civil e Common Law*);
- *Tradizione giuridica islamica*.

(secondo alcuni, si potrebbe parlare anche di *Tradizione giuridica «buddhista»*, ma è molto dubbio, perché prevalentemente introspettiva).

Terza domanda

Le regole della politica e del diritto sono cambiate lì dove sono state contestate le “credenze” sulle parole utilizzate e il loro significato?

Sì.

Questa è una specificità della tradizione giuridica greco-romano-cristiana («occidentale»), che ha conosciuto la “rottura” dell’unità cristiana delle “credenze” (stabilite e imposte dalla Chiesa cattolica di Roma, con il dogma della sua “infallibilità”) con la Riforma protestante e l’avvio del processo c.d. di “mondanizzazione” del diritto (*Verweltlichung*), fondato sul primato dell’individuo nel rapporto con le “credenze divine” e quindi sul primato dell’opinione individuale (“io credo”) rispetto alle “credenze” imposte (dalla Chiesa di Roma).

Questo processo storico si è verificato solo nella tradizione giuridica «occidentale», in quanto essa è l’unica in cui esisteva (ed esiste) una Istituzione terrena di matrice divina con funzioni accentrate di potere sia politico che giuridico – appunto la Chiesa di Roma – depositaria di tutte le “verità” in cui “credere” (si pensi al matrimonio “canonico”, qualificato come “sacramento”, rispetto al matrimonio “civile”, che di “sacro” non ha nulla).

Tutte le altre tradizioni giuridiche non hanno mai dovuto affrontare questa “rottura”; neppure le due tradizioni di matrice religiosa monoteista (la talmudica e la islamica), non disponendo, queste due, di una Istituzione terrena di matrice divina con funzioni accentrate di potere sia politico che giuridico e depositaria di tutte le “verità” in cui “credere”. Del resto, queste tradizioni dispongono

solo di “portavoce” della parola divina (i Rabbini e gli Imam), ma non di “Capi” assoluti e indiscutibili sia sul fronte spirituale che politico.

Tra l’altro, la distinzione dalla tradizione greco-romano-cristiana («occidentale») è particolarmente accentuata nell’Islam, dove vige l’idea sintetizzata dall’espressione *al-Islam din wa dawla*: l’Islam è contemporaneamente religione e Stato, ma appunto l’Islam, non un’autorità terrena che la rappresenti, in quanto i musulmani si considerano governati da persone – appartenenti alla comunità islamica (*Ummah*) – più che da istituzioni.

Quarta domanda

L’evoluzione delle conoscenze sulla realtà ha modificato le “credenze” sulle parole e quindi anche le regole della politica e del diritto?

Sì.

Questo processo si è verificato all’interno di diverse tradizioni giuridiche e non solo in quella «occidentale», declinandosi diversamente in ragione dell’avvenuto processo (o meno) di mondanizzazione (*Verweltlichung*) delle “credenze”.

Si pensi al Rinascimento italiano e al diverso ruolo della scienza nella tradizione giuridica greco-romano-cristiana, dove l’individualismo della conoscenza del mondo reale ha enfatizzato la libertà individuale di opinione e conoscenza come “autonoma” dalle “credenze” imposte dalla Chiesa di Roma. E si confronti questa esperienza europea con la tradizione islamica, dove le conoscenze scientifiche si sono sviluppate prima perché non hanno mai prodotto la contestazione del sistema giuridico e politico musulmano, per via dell’assenza, come già accennato, di un’Istituzione politico-giuridico terrena, depositaria delle “credenze” e delle “verità” indiscutibili su tutti i fenomeni del mondo.

Quinta domanda

Le diverse tradizioni giuridiche esistenti al mondo producono anche diverse concezioni della politica?

Sì.

Anche in questo caso, si deve constatare la specificità della tradizione giuridica greco-romano-cristiana («occidentale»), che ha conosciuto la “rottura” dell’unità cristiana delle “credenze” con la riforma protestante.

La politica “mondanizzata” perde progressivamente la sua funzione di “missione” voluta da Dio, perché non si fonda più su una “credenza” condivisa (l’*Eschaton* della salvezza), per riflettere solo le “vocazioni” degli individui nella vita terrena (ed eventualmente in funzione della loro personale e individuale salvezza).

Questo processo, però, non farà venir meno le “credenze” nelle parole; semplicemente le sposterà su altri fronti, diversi da quello religioso: si pensi alla “credenza” nel progresso o nella crescita materiale ed economica infinita.

Del resto, la persistenza storica delle “credenze” umane nelle parole della politica e del diritto è all’origine dei fenomeni di c.d. “teologia politica”. Infatti, sempre in Europa si è passati dalla “politica della teologia”, il cui intento principale risiedeva nel subordinare l’ordine politico al dettame religioso della Chiesa di Roma (con la perfetta coincidenza immutabile tra *Ordo Rerum* e *Ordo Idearum*), a una “pratica politica”, fondata pur sempre su “credenze” condivise (in tal senso, pur sempre “teologiche”) all’interno di una determinata comunità (dove *Ordo Rerum* e *Ordo Idearum* dipendono dal consenso contingente degli individui e dalle loro “credenze”)

Ancora oggi, la persistenza delle “credenze” è alla base anche del fenomeno delle c.d. “*Policy Legend*” ovvero delle rappresentazioni della realtà, formulate attraverso parole della politica e del diritto che si ripetono costantemente fino a diventare di condiviso dominio pubblico, persino quando, tali parole, non detengono alcuna corrispondenza con la realtà concreta del mondo (si pensi alle parole “sviluppo sostenibile”, “crescita”, “equilibrio” ecc... assolutamente contrastanti,

per esempio, con le leggi della termodinamica del sistema terrestre e soprattutto – come vedremo – con il “principio di inerzia”, fattori, tali leggi e principi terrestri, che tutti noi conosciamo sin dagli studi scolastici e pur accantoniamo al cospetto delle nostre “credenze” alle “*Policy Legend*”).

DEFINIZIONI, NARRAZIONI E TRADIZIONI GIURIDICHE

Le parole, del resto, producono anche definizioni della realtà nonché discorsi e narrazioni sulla realtà.

Questo implica che la “credenza” nelle parole produce anche l’accettazione delle definizioni della realtà e dei conseguenti discorsi e narrazioni su di essa.

Si pensi alle parole “atti osceni”: quando un atto è “osceno”? Per rispondere a questa domanda bisogna, in primo luogo, “credere” che qualcosa possa essere qualificato “osceno” e poi “credere” nelle definizioni di “osceno” e nei discorsi su che cosa sia “osceno” nella realtà: una donna in *topless* è “oscena”? Si pensi alla condizione – considerata “non oscena” – delle donne afgane ricoperte dal *Burqa*. Due uomini che si baciano sulle labbra sono “osceni”? Si pensi al “reato di sodomia”, previsto in quattordici Stati degli USA sino al 2003 (ossia fino alla decisione della Corte Suprema USA nel caso “*Lawrence vs. Texas*” 539 U.S. 558-2003).

Pertanto, la questione delle definizioni è particolarmente importante nel campo del diritto e della politica.

Del resto, com’è di comune esperienza, ogni norma giuridica contiene un insieme di parole che determinano comportamenti (vietati, permessi, riconosciuti, obbligatori ecc.).

Di conseguenza, ogni discorso giuridico, al fine di non incorrere in incomprensioni, parte sempre da tre operazioni linguistiche:

- un’attività definitoria, che limita e circoscrive, con parole, il significato di un altro termine, oggetto di regole giuridiche (“definizione”);
- un’operazione di attribuzione, sempre per mezzo di parole, delle condizioni di applicazione di quella definizione alla realtà dei rapporti umani (“attribuzione”);
- una disciplina sull’uso delle parole per risolvere il più alto numero di dubbi sulla polisemia di termini o espressioni utilizzate (“interpretazione”).

Tutti noi, quando agiamo e imprimiamo comportamenti ad altri, non facciamo altro che “definire”, “attribuire” e “interpretare” parole e regole.

Le definizioni, quindi, sono destinate a stabilire il significato di una espressione che, appartenente a un qualsiasi altro campo dell’esperienza umana, è ridefinita per gli effetti legali e politici, a garanzia della minore incertezza nell’applicazione del diritto e nella decisione politica.

Questo vale sempre.

D’altra parte, questa esigenza – come già accennato e si riconfermerà a breve – è dipesa dall’apertura alla realtà terrena non definibile in ragione di una “missione” trascendente ed escatologica.

Come ha spiegato Leo Spitzer, con la rottura dell’unità cristiana europea a seguito della Riforma protestante, si estingue progressivamente la rappresentazione del mondo e dell’universo in termini di “armonia” prestabilita da Dio e rappresentabile dalle parole e dalle interpretazioni (incontestabili e infallibili) della Chiesa di Roma (si pensi, per tutti, alle teorie sulla centralità della Terra nell’universo), sicché tutti gli elementi del mondo fisico e dell’universo diventeranno “definibili” in base al “*consensus*” delle persone sulla Terra, precludendo altresì alla nascita del linguaggio scientifico (si pensi, per tutte, alla vicenda di Galileo Galilei). Nel contempo, i linguaggi umani si evolveranno in contenuti sempre più “settorializzati”, in ragione proprio del “*consensus*” umano nei vari ambiti dell’esperienza e della vita terrena (come dimostra la nascita

delle “discipline scientifiche”).

Nasceranno così i linguaggi “disciplinari” e “settoriali”, autonomi gli uni dagli altri, soprattutto nel campo del diritto e della politica. La Chiesa cattolica di Roma li contrasterà per lungo tempo con condanne di “eresia”, roghi e Tribunali di inquisizione (fenomeno, questo della repressione violenta della conoscenza del mondo, sconosciuto a tutte le altre tradizioni giuridiche, inclusa l’islamica).

In estrema sintesi, alla luce di questa esperienza storica, si può dire che le combinazioni, tra definizioni in funzione del diritto e della politica ed espressioni di altri campi della realtà e dell’esperienza umana, possono essere solo 6, strutturate in tre blocchi (2 + 3 + 1)

Blocco 1

⌘ La regola giuridica definisce tutti i contenuti della realtà su cui deve intervenire (es. le definizioni dell’art. 1 della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico – UNFCCC – del 1992);

⌘ La regola giuridica non definisce nulla, ma si limita a richiamare un vocabolo che assume significati esclusivamente “moralì”, il cui contenuto è condizionato dall’evoluzione nel tempo di quella morale (es. “solidarietà” nell’art. 2 della Costituzione italiana) → c.d. “*fatto di sentimento*” (emotivo o morale);

Blocco 2

⌘ La regola definisce solo alcuni elementi della sua disciplina e ne presuppone altri. In tal caso, essa evidentemente rinvia, per la completa ed effettiva regolazione del reale, ad altre sfere della realtà e delle sue definizioni, che possono essere

o di esperienza sociale (lasciate quindi all’evoluzione sociale del linguaggio: si pensi alla formula “buon costume” nell’art. 21 della Costituzione italiana) → c.d. “*fatto sociale*”;

o di esperienza naturale, sottratta alle definizioni giuridiche (si pensi all’evento “terremoto”) → c.d. “*fatto naturale di esperienza*”;

o, infine, di relazione tra esperienza umana e realtà naturale (si pensi al termine “sostanza pericolosa”) → c.d. “*fatto di conoscenza*”;

Blocco 3

⌘ La regola non definisce nulla della realtà, ma riconosce al soggetto giuridico una condizione di “autodefinizione”, in termini identitari (si pensi al termine “tedeschi” nella Costituzione di Weimar del 1919 o “turchi” in quella kemalista del 1924) → c.d. “*fatto di identità*”.

Quando una regola definisce tutti i contenuti, allora si raggiunge il livello più alto di chiarezza delle parole e degli enunciati normativi, il che inevitabilmente limita l’arbitrio sia del diritto che della politica.

Al contrario, quando una regola utilizza termini di significato esclusivamente “morale”, essa abilita discorsi molto soggettivi, in ragione appunto della morale di ciascuno, produttivi, come tali, di conflittualità (si pensi alla formula “solidarietà”, indicata dall’art. 2 Cost. it., con riferimento all’accoglienza o al respingimento dei migranti).

Tuttavia, si deve tenere conto che la definizione dei contenuti può essere a sua volta:

- libera (ossia a discrezione del decisore politico che produce la regola);

- condizionata da un altro linguaggio non giuridico, che già fornisce le sue definizioni in modo non manipolabile dal decisore (è il caso del citato art. 1 UNFCCC del 1992, per la definizione del “sistema climatico” utilizzato dalle scienze del sistema Terra).

Insomma, si scopre, ancora una volta, che da questo “gioco” di parole con regole derivano spazi di azione politica e giuridica, che usano regole e parole per produrre, a loro volta, altre regole e parole.

Si faccia il caso dell’enunciato che riconosce (art. 32 Cost. it.) il “*diritto alla salute*”. Che cosa

significa?

Durante l'esperienza della pandemia da Covid-19, le risposte a questa domanda sono state le più disparate: per esempio, alcuni hanno detto che "in nome" del diritto alla salute come "tutela di sé", è stato legittimo introdurre il c.d. "green pass" obbligatorio e la vaccinazione anti-Covid; altri, "in nome" dello stesso diritto alla salute come "tutela di sé", hanno invece rifiutato il "green pass" obbligatorio, rivendicando la salute come libera autodeterminazione di sé anche a costo del rifiuto della tutela. In pratica, la salute come "tutela di sé" ha potuto significare:

- accettazione del "green pass" obbligatorio;
- rifiuto del "green pass" obbligatorio.

Tra l'altro, proprio questo esempio ci fa comprendere come parole e regole possano essere intese come "fatti di sentimento" (ossia secondo una valutazione esclusivamente emotiva o morale) oppure come "fatti di consocenza" (ovvero in base alla previa acquisizione di conoscenze scientifiche sul fatto in discussione)

Il problema, quindi, delle definizioni è inesorabilmente centrale nella politica e nel diritto emancipati da qualsiasi "trascendenza".

Di questo articolato panorama, le situazioni più ricorrenti sono quelle in cui il diritto definisce solo alcuni elementi della sua disciplina e ne presuppone altri. In tali casi, esso evidentemente rinvia, per la completa ed effettiva regolazione del reale, alle altre sfere della realtà, che possono essere, come già constatato, o di esperienza umana (lasciate quindi all'evoluzione sociale del linguaggio: si pensi alla formula "buon costume" nell'art. 21 Cost. it.) o di manifestazione naturale, sottratta alle definizioni giuridiche (si pensi all'evento "terremoto") o, infine, di relazione tra esperienza umana e realtà naturale (si pensi al termine "sostanza pericolosa"). Se i primi sono fatti esclusivamente "sociali" e i secondi esclusivamente "naturali", presupposti dal diritto nella loro identificazione e definizione, solo i terzi sono veri e propri "fatti di conoscenza": fenomeni che il diritto fa propri attraverso appunto la "conoscenza" della relazione uomo-natura. Tale conoscenza non è prodotta dalle norme giuridiche, ma appartiene ad altre sfere di linguaggio e definizioni, che il diritto non può né modificare né ignorare; e tali sfere sono quelle scientifiche (appunto di "conoscenza" della realtà). Vedremo più avanti che tale puntualizzazione è molto importante con riguardo alla c.d. "riserva di scienza": ciò che si conosce e comprende attraverso la scienza non può essere ignorato dal diritto e dalla politica né dall'uno o dall'altra stravolto arbitrariamente (si pensi alla vicenda del Covid-19, in cui la conoscenza scientifica del fenomeno ha condizionato la politica e il diritto).

Come detto, anche questo quadro delle definizioni della realtà e dei discorsi e narrazioni sulla realtà costituisce il risultato di un lungo processo storico durante il quale il diritto, a partire dall'esperienza europea, si è progressivamente emancipato da definizioni e narrazioni "escatologiche" e "trascendentali", ossia attribuite a volontà ed entità non umane.

E anche questo processo di emancipazione da definizioni o narrazioni "trascendenti" non si è verificato ovunque.

Per esempio, in gran parte delle tradizioni e delle lingue indigene sono sconosciuti i c.d. "doppi discorsi", ossia la possibilità di utilizzare le parole con un doppio significato: per rivelare qualcosa di effettivamente esistente oppure per nascondere, ossia per mentire. La menzogna, infatti, si produce allorché una parola viene pronunciata per definire, descrivere o narrare qualcosa che non corrisponde alla verità fattuale.

Nella tradizione cristiana, i "doppi discorsi" sono considerati possibili, tant'è che l'Ottavo comandamento ("*non pronunciare falsa testimonianza contro il tuo prossimo*") si spiega proprio come comando a usare le parole per definire, descrivere e narrare la realtà come "verità", perché la menzogna è comunque possibile.

Il che, ancora una volta, ci rende edotti del fatto che, allorché la verità viene emancipata dalla sua dimensione “trascendente”, anche il tema dei “doppi discorsi” diventa problematico. Essi, difatti, implicano la presa d’atto che le norme giuridiche possono persino “fingere” di fronte alla realtà (lo si è già constatato in precedenza, con riguardo alle donne, ai neri, agli *Indios* ecc...). Si pensi alla definizione giuridica, ancora oggi vigente, dell’albero come “cosa”, quando è più che noto che, nella realtà, l’albero è vita.

Insomma, il problema delle definizioni, figlio della rottura dell’unità politica e giuridica della Chiesa, sembra aver moltiplicato le difficoltà di comprensione delle parole della politica e del diritto.

Conviene approfondire questo importante passaggio.

Com’è noto, con la Riforma protestante viene meno l’unità della *Res Publica Christiana* fondata sull’autorità religiosa, morale e politica della Chiesa di Roma. Si afferma la libertà religiosa individuale verso Dio, senza l’intermediazione delle gerarchie ecclesiastiche di Roma, e si afferma anche la progressiva identificazione degli Stati in ragione di un potere religioso non più dipendente da Roma (*cuius regio, eius religio*).

Con questa rottura, l’Europa scopre progressivamente la necessità di organizzarsi e agire non più in funzione di una “missione” religiosa imposta, bensì di un consenso umano su “vocazioni” comuni di convivenza.

Il concetto di politica come “vocazione” (M. Weber) riflette questo percorso. La politica nasce dal concorso di individui con proprie vocazioni (perché liberi nella religione rispetto al potere della Chiesa di Roma), che si accordano con il reciproco “*consensus*” per fissare regole e agire di conseguenza.

Diritto e politica diventano entrambi espressione di consenso esclusivamente umano per condivisione di “vocazioni” (si pensi alla nascita delle teorie politiche del contrattualismo e dell’utilitarismo). Non rispondono più a una missione “trascendente” né a un fine ultimo di salvezza (“escatologico”). Diventano regole e azioni per risolvere problemi di convivenza terrena (“mondana”) tra esseri umani: qui e ora.

In tal senso, il diritto e la politica diventano “contingenti” (nel senso di “risolvere problemi”, man mano che questi si presentano nel tempo, per cui il tempo è quello appunto “contingente” della vita presente, non quello “eterno” della salvezza) e “regolativi” (nel senso di “regolare” la convivenza umana sulla Terra senza perseguire fini ultimi ultraterreni).

In questo contesto, nasce la configurazione moderna delle Costituzioni.

Le Costituzioni diventano l’insieme delle regole costitutive della convivenzamondana, fondate sul consenso e su vocazioni comuni di individui.

Il problema di stabilire sulla base di quali vocazioni condividere le regole costitutive ha poi segnato i tre percorsi costituzionali specifici dell’Europa:

- quello della “*Recognitio*”, radicato nella *Common Law* inglese (le vocazioni sono quelle della tradizione di convivenza già praticate in quella comunità nel tempo, per cui non c’è necessità di scrivere nuove regole ma di evolversi nella continuità delle regole passate: c.d. *stare decisis* nella “*evolution without revolution*” anche in presenza di “fatti nuovi” distinti dai precedenti, c.d. *Distinguishing*);
- quello della “*Constitutio*”, matrice del diritto costituzionale scritto di *Civil Law* continentale, a partire dalla Rivoluzione francese (le vocazioni sono quelle di rompere con il passato e scrivere nuove regole costitutive del presente e del futuro, basate sul consenso: a partire appunto dalla scrittura delle Costituzioni rivoluzionarie francesi);
- quello della “*Coniuratio*” italiana (poiché il territorio italiano si trova diviso proprio a causa della presenza dello Stato della Chiesa cattolica, dalla quale gli altri contesti europei si sono emancipati, l’unica vocazione perseguibile è quella del particolarismo localistico, delle regole

per i singoli territori e non per tutta la comunità italiana, “in attesa” di un futuro unitario). Fuori dell’Europa, un percorso del tutto particolare – e colpevolmente omesso dalla storia dominante del costituzionalismo – si deve riscontrare nel tentativo della rivoluzione di Haiti (1799-1805), che diede luogo all’unica Costituzione fondata sulla vocazione della “liberazione” (*Liberatio*) di tutti gli esseri umani dalla disuguaglianza di condizione, a partire da neri e donne (in quel tempo, ancora esclusi dalle narrazioni e dalle regole del diritto europeo e statunitense). Tale tentativo, tuttavia, venne represso con la violenza proprio dalle potenze costituzionali euro-atlantiche, perché contestatario delle “credenze” ancora dominanti in Europa e in USA.

In ogni caso, fuori dell’Europa cristiana, non si è verificato questo processo di rottura. Infatti, fuori dell’Europa sono esistite, e sopravvivono sino ad oggi, regole e narrazioni delle regole, fondate ancora su trascendenze e missioni escatologiche.

Come già accennato, queste regole e narrazioni sono state denominate “*tradizioni giuridiche*”, ossia percorsi storici di lungo periodo (per questo definibili come “tradizioni”), ancora oggi presenti in numerosi contesti e praticate da numerosi soggetti.

Come anticipato, se ne possono individuare almeno 5, per numerosità di pratiche, partendo dalla più antica alla più recente:

- la tradizione “*ctonia*” o “*indigena*” (praticata da circa 380 milioni di persone nel mondo e riconosciuta ufficialmente solo nel 2007 dalla Dichiarazione ONU sui popoli indigeni), contraddistinta da comunità di persone che si riconoscono non in “vocazioni” individuali”, bensì in una comune “dipendenza” spirituale e materiale dai cicli e dai processi naturali, da cui dedurre significati che orientano la “missione” terrena di ciascuno;
- la tradizione “*Hindu*” (praticata da circa un miliardo di persone nel contesto dell’India), di fondamento religioso politeista e quindi con una escatologia religiosa di “fine ultimo” dell’agire umano sulla Terra;
- la tradizione ebraica “*talmudica*” (praticata dalla comunità ebraica) di fondamento religioso monoteista e quindi anch’essa con una escatologia religiosa di “fine ultimo” dell’agire umano sulla Terra;
- la tradizione “*confuciana*” (praticata dalle comunità di gran parte della Cina) di fondamento filosofico-spirituale come “morale condivisa” per fini ultimi di pace tra le persone;
- la tradizione “*islamica*” (pratica dalla “*Ummah*” musulmana di circa 1,5 miliardi di persone) di fondamento religioso monoteista e quindi con una escatologia religiosa di “fine ultimo” dell’agire umano sulla terra.

In questi contesti, diritto e politica non sono contingenze fondate sul consenso degli individui, ma rispondono a una “missione” comunque trascendente ed escatologica (spirituale, nel caso della tradizione indigena; religiosa, nel caso delle tradizioni hindu, ebraica, islamica; filosofica, nel caso della tradizione confuciana).

Esse sono ancora ampiamente praticate (basti pensare a quella islamica) ancorché risultino compresenti con la tradizione occidentale euro-atlantica.

Ma questo si spiega perché la configurazione della politica e del diritto, maturata nella storia europea, si è diffusa e imposta in tutto il mondo, in ragione dei processi storici di dominio coloniale e imperiale dell’Europa e dell’Occidente giuridico euro-americano, producendo la perenne contrapposizione e tensione fra la matrice occidentale del diritto (imposta dal potere e sapere coloniali nelle forme o della *Common Law* o della *Civil Law*) e le tradizioni giuridiche autoctone locali.

Questo tuttavia non significa che le altre tradizioni giuridiche non esistano più, non siano praticate o non influenzino il diritto e la politica.

Come ha scritto il giurista antropologo Peter Fitzpatrick, la “modernità” costituzionale europea – concretamente realizzata come emancipazione dal dominio della Chiesa – si è evoluta, fuori dell’Europa e nei territori coloniali, come “modernismo” costituzionale, ovvero come “moderno

dominio” delle nuove “credenze” occidentali a discapito – anche violento – delle “credenze” autoctone. In pratica, l’Europa si è liberata dal “dominio” per imporre altrove ... “dominio”. Un altro grande costituzionalista, Maurice Duverger, stigmatizzerà questa contraddizione storica della modernità europea con la formula “*fascismo esterno dell’Europa*”.

Una dimostrazione concreta di siffatta contraddizione della modernità europea si può osservare con riguardo al “diritto a migrare”. “Migrare” è un diritto umano?

La tradizione giuridica occidentale ha risposto di sì, addirittura fin dal 1539, quando il teologo e giurista spagnolo Francisco de Vitoria, nelle sue *Relectiones de Indis*, teorizzò per la prima volta lo *ius migrandi* come diritto “naturale” e “universale” di tutti gli esseri umani e, insieme, fondamento del moderno diritto internazionale fra comunità umane e Stati. Quella “teorizzazione”, però, servì a giustificare la *Conquista* spagnola in quanto “credenza” di una “missione” civilizzatrice nel mondo attraverso le colonie.

Oggi, quello stesso “naturale” *ius migrandi* non è per nulla riconosciuto come “universale”, nei riguardi dei migranti provenienti dalle *ex* colonie europee.

Come si vede, sono cambiate le “credenze” nei rapporti di forza sull’uso delle parole e delle regole, come intuirono e compresero bene i citati Nietzsche e Foucault.

COME COSTRUIRE IL CONSENSO “CONTINGENTE”

Si deve ora verificare come il consenso individuale abbia potuto costruire le Costituzioni per produrre le regole giuridiche e le azioni politiche.

In estrema sintesi, si può constatare che il consenso “contingente” presenta alcuni caratteri costitutivi ineliminabili:

- la libertà individuale (a partire da quella religiosa, nata appunto dalla rottura dell’unità cristiana cattolica europea), nel significato che si decide di stare con altri per volontà individuale e non per obbligo imposto da un’ autorità trascendente (come la Chiesa);
- i “*perché*” condivisi, ossia le “vocazioni” (come ragioni o come fini) che convincono di stare insieme;
- il “*che cosa fare*” insieme, ossia le regole sulle reciproche facoltà libere e i reciproci doveri da rispettare per stare insieme;
- il “*come fare*” insieme, ossia le regole di organizzazione per conseguire i fini prestabiliti e garantire libertà e doveri reciprocamente riconosciuti.

In ragione di siffatte considerazioni, si può constatare che qualsiasi Costituzione moderna risponde sempre a queste tre domande: *perché, che cosa, come*.

I “*perché*” definiscono i principi fondamentali di una Costituzione (*PF*); i “*che cosa*”, le libertà, i diritti e i doveri della comunità di individui che si danno quelle regole (*L*); i “*come*”, le funzioni e i poteri organizzativi per poter stare insieme e agire insieme (*F*).

Nell’esperienza europea, questa scansione di *perché, che cosa, come* ha conosciuto poi due declinazioni differenti, proprio in ragione delle caratteristiche delle “vocazioni” condivise dai soggetti.

Quando queste “vocazioni” hanno corrisposto a elementi identitari di una comunità, la scansione è stata la seguente: *perché, come, che cosa*.

L’esperienza storica di riferimento di questa declinazione è stata Weimar, con il suo richiamo ai “tedeschi” e alla identità tedesca (si vedano gli artt. 1 e 3 della Cost. di Weimar, che evocavano il *Reich*, l’Impero tedesco). La scansione *perché, come, che cosa* implica che l’appartenenza a una determinata identità di “vocazioni” giustifichi che quella comunità di “vocazioni” decida del destino dei suoi appartenenti. La decisione può essere assunta anche attraverso procedimenti democratici (come è stato per Weimar, addirittura con un sistema elettorale proporzionale puro e l’elezione diretta del Presidente della Repubblica). In ogni caso, è da essa che dipende il destino

dei singoli e quindi la loro libertà. In questa declinazione, le libertà e i diritti sono “in funzione” del potere e della democrazia (se il potere è democratico), non viceversa. Intanto si è liberi, se e in quanto lo decide l’organizzazione del potere di quella comunità di “vocazione” appunto comune (in Germania, non a caso essa veniva denominata “comunità di destino”). Quando questa declinazione si realizza con la pratica della democrazia, allora si dà luogo a un sistema di convivenza “*democratico-liberale*” (come fu appunto quello di Weimar): prima il consenso democratico, poi la libertà di ciascuno. Tuttavia, questa declinazione “funzionalizza” le libertà ai poteri e può degenerare; come in effetti degenerò l’esperienza di Weimar, con l’attuazione “democratica” dell’art. 48 della Costituzione, che spalancò le porte al nazismo. Nel contempo, altre esperienze hanno ricalcato questa declinazione: per esempio, essa si ritrova nell’esperienza della Turchia (non a caso, fondata sulla “identità” dei turchi) o dei paesi musulmani oppure nelle democrazie c.d. “illiberali” (chiamate anche “democrature”), ossia regimi fondati sulle elezioni e sul consenso dove i soggetti democraticamente eletti dispongono delle libertà e dei diritti di ciascuno in ragione di obiettivi o ragioni condivise da tutti (o dalla maggioranza).

La seconda declinazione vede proprio nell’esperienza italiana della Costituzione repubblicana del 1948 il suo punto di riferimento, frutto delle conoscenze delle degenerazioni maturare con Weimar. La scansione *perché, che cosa, come* è confermata dalla Costituzione italiana, sulla base del riconoscimento di principi fondamentali non più identitari, ma semplicemente “umani”. Quella italiana, infatti, è la prima Costituzione che parla di “persona umana” e di “dignità sociale” (quindi di dignità di tutti nella dimensione sociale comune a tutti), affermando come “perché” né le identità né altri concetti precostituiti, bensì tre “vocazioni” che ciascuno chiederebbe per sé e quindi non può negare agli altri: *riconoscere, promuovere, rimuovere*; ossia: riconoscere diritti e libertà; promuovere diritti e libertà; rimuovere ostacoli che impediscono diritti e libertà a chiunque come a me stesso. Questa condizione di “reciprocità” della persona umana ha segnato l’evoluzione del costituzionalismo “*liberal-democratico*” del secondo Novecento.

Inoltre, le due declinazioni descritte hanno poi abilitato ulteriori percorsi di configurazione costituzionale della politica e del diritto nel corso del Novecento.

Queste configurazioni hanno fornito risposte diverse a uno stesso interrogativo:

a che cosa serve la Costituzione rispetto alla politica e al diritto?

- *serve a “fondare” la politica e il diritto?*

oppure

- *serve a “limitare” la politica e il diritto?*

ma

- *la razionalità della “fondazione” garantisce la razionalità della politica e del diritto al pari della razionalità della “limitazione”?*

per cui

- *alla fine, è meglio riconoscersi in regole costituzionali di “fondazione” o di “limitazione” della politica e del diritto?*

Si constaterà, come dimostra la storia costituzionale del Novecento, che “fondare” o “limitare” il diritto e la politica attraverso la Costituzione non è la stessa cosa.

Si constaterà che la “fondazione razionale” della politica e del diritto ha potuto produrre e legittimare risultati “irrazionali” di decisione e azione (come furono i totalitarismi nazifascista e quello comunista nel corso del Novecento).

Viceversa, la “limitazione razionale” della politica e del diritto ha potuto garantire le libertà di ciascuno, nella difficoltà di realizzare vocazioni condivise di giustizia e di uguaglianza tra tutti gli esseri umani.

Bisogna, però, procedere per ordine.

Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sul tema delle “credenze” che definiscono l’agire umano come politica e diritto in base a “miti”, “utopie”, “invenzioni”, “ideologie”, “valori”, si v.

M. Bloch, *I Re taumaturghi*, trad. it., Torino, Einaudi, 2016;
 A. Colombo, *L’utopia. Rifondazione di un’idea e di una storia*, Bari, Dedalo, 1997;
 N. Rouland, *Antropologia giuridica*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1992;
 F. Viola (a cura di), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Bologna, il Mulino, 2004;
 R. Wietholter, *Le formule magiche della scienza giuridica*, trad. it., Bari, Laterza, 1975.
 E.H. Kantorowicz, *I due corpi del Re. L’idea di regalità nella teologia politica medievale*, trad. it., Torino, Einaudi, 2012.

Sul tema del diritto e della politica come insieme di parole e regole, si v.

J.L. Austin, *Come far cose con le parole*, trad. it., Genova, Marietti, 1962;
 J. Boyd White, *Quando le parole perdono il loro significato*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2010;
 F. Santulli, *Le parole del potere, il potere delle parole*, Milano, Franco Angeli, 2005;
 F. Shauer, *Le regole del gioco*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2000;
 W. Twining, D. Miers, *Come far cose con regole*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1988;
 M. van de Kerhove, F. Ost, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1994;

Sul tema delle tradizioni giuridiche presenti nel mondo e sul loro rapporto con la politica, si v.

M. Campanini, *Islam e politica*, Bologna, il Mulino, 2003;
 H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2011;
 R. Lingat, *La tradizione giuridica dell’India*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2003;
 L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2020;

Sulla specificità della tradizione giuridica occidentale nella “rottura” della cristianità, si v.

H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione, vol. I (Le origini della tradizione giuridica occidentale), vol. II (L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale)*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1998 e 2010;
 E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, trad. it., Brescia, Morcelliana, 1991;
 E.-W. Böckenförde, *Cristianesimo, libertà, democrazia*, trad. it., Brescia, Morcelliana, 2007;
 C.J. Friedrich, *Giustizia e trascendenza*, trad. it., Roma, Gangemi, 1998;
 A. Schiavone, *Jus. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2007;
 J. Witte jr., *Diritti umani e protestantesimo*, trad. it., Napoli, Jovene, 2011.

Sulla fine dell’idea di “armonia del mondo” in Europa, si v.

L. Spitzer, *L’«armonia del mondo». Storia semantica di un’idea*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2006.

Sulla teologia politica, si v.

D. Menozzi, *Lecture politiche di Gesù. Dall’Ancien Régime alla Rivoluzione*, Brescia, Paideia, 1979;
 G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2022;
 M. Prospero, *La politica moderna*, Roma, Carocci, 2001.

Sul concetto di “Policy Legend”, si v.

M. Giampietro, S.O. Funtowicz, *From elite folk science to the policy legend of the circular economy*, in *Environmental Science & Policy*, 109, 2020.

Sulla trasformazione dei fini della politica da “missione” escatologica a “vocazione” contingente, si v.

S. Natoli *Il fine della politica. Dalla teologia del Regno al governo della contingenza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019.

Sul tema della scrittura costituzionale come rottura verso il passato, è importante il richiamo a

J. De Maistre, *Saggio sul principio generatore delle Costituzioni politiche e delle altre istituzioni umane*, trad. it., Macerata, Quodlibet, 2024.

Sul potere e sapere coloniale che si è imposto nel mondo come “credenza” moderna, si v.

R. Guénon, *Oriente e Occidente*, trad. it., Milano, Adelphi, 2016;
 R. Guénon, *Il Regno della Quantità e i Segni dei Tempi*, trad. it., Milano, Adelphi, 1982;
 P. Fitzpatrick, *Il diritto delle nazioni e le nazioni del diritto*, trad. it., Napoli, Città del sole edizioni, 2006.

Seconda conclusione

Il percorso storico dell'Europa, segnato dalla rottura dell'unità politica sotto l'egida della Chiesa cattolica di Roma, ha aperto le porte alla qualificazione delle Costituzioni moderne come documenti terreni di consenso nell'uso delle parole, delle definizioni e delle narrazioni alla base della politica e del diritto.

Le Costituzioni diventano la fonte di affermazione del ruolo della politica e del diritto nella realtà terrena.

Pertanto, le Costituzioni assurgono a uniche regole “costitutive” della convivenza umana che rispondono sempre a 3 domande:

Perché stare insieme?

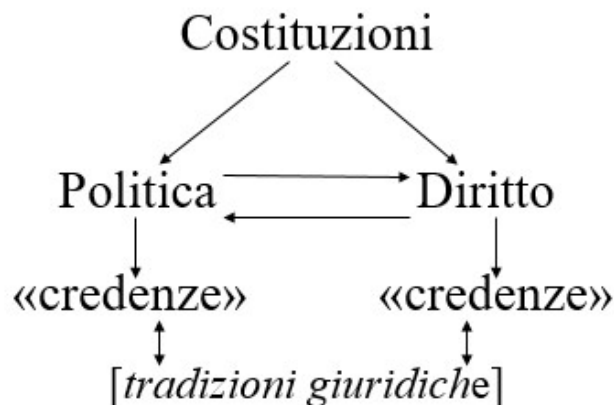
Che cosa fare insieme?

Come farlo insieme?

Le risposte a queste domande sono state e sono condizionate dalle “credenze” sulle parole e le conseguenti regole, all'interno delle diverse tradizioni giuridiche esistenti, anche se il “costituzionalismo” moderno – figlio della *Verweltlichung* europea – si è imposto al mondo come “credenza”, attraverso la colonialità del potere e del sapere europeo (dato che l'Europa ha colonizzato il mondo, e non viceversa).

Quindi, nel panorama contemporaneo, riscontriamo: Costituzioni “europeizzate” dentro tradizioni giuridiche differenti, espressive di “credenze” differenti e produttive di parole e regole (con relative definizioni, discorsi e narrazioni) differenti, che alimentano azioni e comportamenti differenti.

Per fare un esempio semplice: la Costituzione italiana e quella dell'Egitto utilizzano le parole “diritti” e “libertà”, ma le stesse identiche parole, ancorché scritte in Costituzioni (una “europea”, l'altra “europeizzata” dal potere/sapere coloniale europeo), si riproducono intellettualmente dentro tradizioni giuridiche differenti, espressive di “credenze” differenti, che attivano ulteriori parole e regole differenti, che alimentano discorsi e narrazioni differenti e quindi anche azioni e politiche differenti.



PARTE TERZA: CONDIVIDERE REGOLE E PAROLE

LA COSTITUZIONE RISPETTO ALLA POLITICA:

L' «ACCOPIAMENTO STRUTTURALE» DI DIRITTO E POLITICA

Da quanto analizzato, si può comprendere che tutte le Costituzioni moderne abilitano il diritto e la politica. Ma non tutte le Costituzioni sono uguali di fronte al diritto e alla politica.

Questa non corrispondenza si spiega con due elementi, così sintetizzabili:

- la politica condiziona il diritto indicato dalla Costituzione (le Costituzioni, infatti, nascono da atti di volontà politica di “vocazione” condivisa: si pensi all’evocazione del c.d. “Potere costituente”);
- il diritto indicato dalla Costituzione condiziona la politica (le regole giuridiche della Costituzione, infatti, limitano le successive azioni politiche).

Questo “doppio condizionamento” è sintetizzato dalla formula che definisce le Costituzioni un “accoppiamento strutturale” di due campi di decisioni: diritto e politica (N. Luhmann).

In altri termini, qualsiasi Costituzione emancipata da qualsiasi “missione” o “escatologia” (come sono le Costituzioni moderne) produce un insieme di meccanismi di attivazione di regole proiettate sul futuro per sé (come le libertà e i diritti) e per altri (come le fonti del diritto: si pensi alle leggi approvate dal parlamento, secondo i modi appunto previsti da una Costituzione), ma nel contempo abilita soggetti umani a decidere sull’uso futuro di quelle regole (per sé o per altri), quindi abilita attività politiche ossia attività che sono rivolte sia a sé stessi e ai propri rapporti privati, sia alla collettività; sicché, in tal senso sono “politiche”.

Ecco perché si parla di “accoppiamento strutturale” di diritto e politica, dove il concetto di “politica”, come si vedrà a breve, non indica semplicemente la medievale “arte del governo” (esercitata dentro un ordine imposto in nome della religione e della Chiesa cattolica), ma include invece il consenso e persino l’autodeterminazione privata degli individui per i propri bisogni e interessi (quello che, nella lingua anglosassone, è reso – si vedrà – con il termine “*policy*”).

Infatti, vedremo più oltre che le concezioni pratiche della politica incidono sul modo di rapportare la politica alla Costituzione (la prospettiva anglo-americana è diversa da quella continentale europea e latinoamericana).

È allora la dinamica storica di questo “accoppiamento strutturale” di diritto e politica ad aver segnato le differenze storiche tra le Costituzioni, anche perché, nella realtà effettuale, questo “accoppiamento strutturale” è invero circolare, dato che il diritto ha bisogno della politica – nel senso che senza azione politica non si producono regole giuridiche di libertà o di potere – come la politica ha bisogno del diritto – nel senso che senza le previsioni giuridiche su come e con quali contenuti prendere decisioni, nessun soggetto potrebbe appunto prendere decisioni politiche per sé o per altri.

Inevitabilmente, bisogna analizzare questa dinamica storica, per comprendere meglio i rapporti tra politica e diritto.

Si può procedere, focalizzando l’attenzione su tre elementi fondamentali di analisi, desumibili dall’esperienza storica:

- 1 - gli elementi strutturali della Costituzione che producono il diritto che condiziona la politica;
- 2 - gli elementi strutturali della Costituzione che legittimano la politica nel produrre diritto;
- 3 - le diverse configurazioni costituzionali della politica e del diritto, derivanti dal combinarsi dei precedenti due profili.

**ELEMENTI STRUTTURALI DELLA COSTITUZIONE
CHE PRODUCONO IL DIRITTO CHE CONDIZIONA LA POLITICA**

Per comprendere questi elementi, conviene sempre ricordare nuovamente che politica e diritto costituiscono un fenomeno sociale a riproduzione intellettuale. Essi, in altri termini, nascono dalle relazioni sociali, ma si sviluppano attraverso discorsi, ossia parole che producono regole (si pensi alle parole “vietato”, “permesso”, “consentito”, “giusto” ecc).

In tal senso, si deve, in particolare, sempre ribadire che politica e diritto rispondono costantemente a due domande:

- *come far cose con regole?*
- *come far cose con parole?*

Riflettere su queste due domande è imprescindibile per comprendere la dinamica concreta del rapporto tra diritto e politica.

Da questa riflessione è possibile dedurre alcuni criteri costanti di analisi del rapporto tra politica e diritto (quindi procedere alla comparazione della politica costituzionale).

Vediamo.

A)

Come già constatato, storicamente regole e parole sono state condizionate dalle riproduzioni intellettuali dei discorsi di una comunità (si pensi alle idee di Nazione, popolo, identità, razza ecc).

Sono, infatti, esistite esperienze giuridiche con regole costruite su parole identitarie (es. “i tedeschi” nella Costituzione di Weimar del 1919, la “nazione” nella esperienza francese) o su concetti indeterminati (es. “bene comune”, “ordine pubblico”, “sicurezza” ecc ...) o uso di verbi o avverbi modali (“può”, “possibilmente”, “eventualmente” ecc ...)

Se le parole identitarie escludono (dire “i tedeschi” significa escludere evidentemente chi non è tedesco), quelle indeterminate e con verbi o avverbi modali confondono (che cosa significa “bene comune”? “sicurezza”? “possibilmente”? ecc ... Come faccio a dire se una regola è “sbagliata” rispetto alla idea di “bene comune” o di “possibilità”?).

Storicamente, l’una e l’altra conformazione delle parole usate nelle regole hanno favorito la politica rispetto al diritto e si sono sviluppate soprattutto nei contesti che hanno concepito la politica come *Politikum* o come “indirizzo politico” (termini il cui significato sarà analizzato più avanti, ma entrambi espressivi della più ampia affermazione del primato della politica come volontà di imporre decisioni ed esclusioni).

Si può dire, in sintesi, che l’uso “condiviso” di parole identitarie e concetti indeterminati nel diritto ha abilitato e abilita spazi ampi di discrezionalità della politica e libertà incondizionata delle persone.

La prima costante del rapporto tra politica e diritto è allora la seguente:

- parole identitarie utilizzate nel diritto producono azioni politiche escludenti;
- parole indeterminate nel diritto abilitano ampia libertà di azione politica, non facilmente controllabile e quindi con margini di discrezionalità estremamente ampia e autodeterminazione dei contenuti molto estesi (secondo una formula che si attribuisce a Napoleone: “*più la Costituzione è oscura nella comprensione, maggior potere posso avere*”);
- entrambe favoriscono una concezione della politica come “volontà” (libera nei limiti e nei fini).

Gli esempi storici di “abuso” del potere politico, abilitato da regole con parole identitarie o indeterminate sono stati numerosi nel corso del Novecento: Weimar (i tedeschi = identitario), la Turchia di Atatürk (i turchi = identitario, con “sentimento turco” = indeterminato), l’URSS (la “liberazione dal bisogno”, la “estinzione dello Stato” = concetti indeterminati) ecc ...

Insomma, parole e concetti identitari o indeterminati utilizzati nel diritto (e quindi scritti nelle

disposizioni legali, a partire dalla Costituzione), abilitano maggiore autonomia e arbitrio per la politica:

*parole indeterminate o identitarie nel (linguaggio del) diritto
= maggiore autonomia e arbitrio della politica*

B)

Questo spiega perché, nel secondo Novecento, le nuove Costituzioni, a partire proprio da quella italiana del 1948, hanno adottato un nuovo vocabolario, non più fondato né su identità (es “gli italiani”) né su concetti indeterminati (es. il “bene della Nazione”).

La Costituzione italiana è la prima al mondo – cui seguiranno tutte le altre Costituzioni europee e molte extraeuropee – a sperimentare un nuovo lessico, contraddistinto da tre elementi:

- la costruzione di regole non condizionate da elementi identitari (la Costituzione non parla di “italiani” ma di “persona umana”);
- la costruzione di regole finalizzate ad azioni riferite non a obiettivi indeterminati, ma a meccanismi condivisi sulle persone (riconoscere diritti, *promuovere* diritti, *rimuovere* ostacoli ai diritti delle persone), in modo da attivare una razionalità “comune” a tutta la società e da chiunque tematizzabile e praticabile (si v. gli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana);
- la definizione chiara della gerarchia delle fonti come garanzia della “razionalità” delle decisioni (per scongiurare il rischio – tragicamente conosciuto nella Germana nazista – del “caos” delle fonti, quale espressione più perversa del primato della volontà sulla ragione).

Ecco che l’ “accoppiamento strutturale” di diritto e politica nella Costituzione italiana è realizzato, in modo per la prima volta diverso nella storia, per:

- far cose con regole chiare e nella gerarchia delle fonti, a garanzia della razionalità del decidere nella e sulla società;
- far cose con parole chiare nei contenuti (*riconoscere*, *promuovere*, *rimuovere*, senza obiettivi indeterminati e senza coniugazioni modali indefinite), a garanzia della razionalità delle riproduzioni intellettuali nella e sulla società.

C)

Da qui sono derivate le caratteristiche attuali del sistema delle fonti, così come si studiano nel diritto pubblico contemporaneo:

- gerarchia (struttura binaria verticale unilaterale dove decisioni producono decisioni);
- parità e competenza (struttura binaria verticale plurilaterale, dove una decisione “madre” produce più decisioni “figlie”, distinte per competenza e dove la competenza non può che consistere in una materia, nel tempo o nella circostanza);
- interposizione normativa (struttura ternaria plurilaterale, dove una decisione “madre” produce due decisioni “figlie”, la cui competenza di una “dipende” da quello che deciderà l’altra funzione “sorella”).

La seconda costante del rapporto tra politica e diritto è allora la seguente:

- qualsiasi Costituzione, per evitare la irrazionalità della politica, deve definire bene il sistema delle fonti nella gerarchia, nella competenza tra fonti paritarie e nella interposizione normativa, e deve utilizzare un linguaggio il più semplice e chiaro possibile, riferito a modalità di comportamento razionale comuni a qualsiasi essere umano (*riconoscere*, *promuovere*, *rimuovere*).

La Costituzione italiana, però, inaugura anche, come già accennato, una diversa costruzione degli elementi strutturali che legittimano la politica nel produrre diritto.

La differenza è dovuta proprio dalla necessità di non ripetere gli errori di Weimar (come si dice in Germania: “*mai più come Weimar, ma mai più senza Weimar*”, ossia senza dimenticare quell’esperienza “democratico liberale” fondata sulla “identità” dei tedeschi, per far tesoro dei suoi errori nel rapporto tra diritto e politica).

Infatti, la Costituzione di Weimar non produceva solo un “accoppiamento strutturale” di diritto e politica fondato sulla identità e su concetti indeterminati (si pensi alla c.d. “clausola di suicidio” dell’art. 48 della Costituzione, che spalancò le porte del potere incontrollato di Hitler).

La Costituzione conteneva anche un altro difetto: fondare la legittimazione dell’azione politica esclusivamente sul consenso popolare, prevalente sulle libertà individuali (prima il consenso dei più, poi la libertà di ciascuno).

La sua struttura è così schematizzabile

PF (principi identitari = i tedeschi)

> *F* (ossia funzioni direttamente legittimate dal consenso popolare: elezione del Capo dello Stato, sistema proporzionale puro, appello al popolo in caso di conflitto tra organi, forme di democrazia plebiscitaria ecc ...)

> *L* (i diritti e le libertà dei “tedeschi” come contenitori da riempire in base alla sola volontà della maggioranza).

In questo schema identitario e organicistico, la libertà e i diritti degli individui sono a disposizione esclusiva del consenso popolare (sono definiti libertà e diritti “maggioritari” o mere “garanzie istituzionali”, perché i loro contenuti sono decisi politicamente dalle maggioranze democratiche) Questo schema, però, funzionalizza i diritti alla politica e quindi fa prevalere la politica sulle aspettative e le rivendicazioni dei singoli individui.

In tal senso, il disegno costituzionale di Weimar è stato definito “democratico liberale”: prima la democrazia come voto e primato del popolo (tedesco) e poi le libertà di ciascuno: le libertà dipendono dal voto democratico della maggioranza del popolo non viceversa.

Questo, però, significa che è il popolo (*Volk* identitario tedesco) a disporre dei singoli individui nelle loro determinazioni “politiche” di libertà.

Non a caso, questo disegno ha prodotto il Mostro (il Nazismo vinse democraticamente in Germania e si instaurò attraverso un voto maggioritario che decise di “sospendere” i diritti attraverso l’uso dell’art. 48 della Cost. di Weimar e i concetti “indeterminati” ivi contenuti).

E sempre non a caso, esso riemerge in tutti i sistemi che mirano a limitare i diritti (si pensi all’URSS, alla Turchia, persino alla Cina dove comunque si vota a maggioranza, ma non per questo i diritti individuali sono sempre e comunque garantiti).

La Costituzione italiana ribalta questa logica. Essa infatti inaugura una nuova grammatica

PF (principi non identitari, ma personali: ognuno è “persona umana” che *ricosce*, *promuove*, *rimuove* ostacoli di altre “persone umane”)

> *L* (i diritti e le libertà delle “persone” vengono prima del consenso democratico: la democrazia deve rispettare i diritti di qualsiasi persona, non viceversa dove i diritti sono nella disponibilità delle maggioranze democraticamente elette).

> *F* (i poteri sono sì legittimati democraticamente, ma sono “limitati” dal rispetto di qualsiasi persona umana e dai suoi diritti, non viceversa),

In questa nuova prospettiva, diritti e libertà diventano necessariamente “contro-maggioritari” (ossia i loro contenuti non dipendono esclusivamente dalla politica delle maggioranze parlamentari).

In questa prospettiva, il diritto limita la politica in nome dei diritti e delle libertà. Utilizzando una espressione maturata nel dibattito di filosofia politica statunitense, si potrebbe concludere in tal modo:

- mentre nel modello di Weimar “*democracy is agreement*” (il consenso viene prima ed è più

importante della libertà di ciascuno = la “maggioranza ha sempre ragione” = la “legalità” del diritto deliberato dalla maggioranza politica è sempre anche “legittima”, perché appunto maggioritaria = legalità e legittimità coincidono),

- nel modello italiano della Costituzione del 1948 (la prima “*Constitutio*” dell’esperienza italiana), “*democracy is disagreement*” (la libertà di dissenso verso la maggioranza viene prima e va tutelato rispetto al consenso dei più = la maggioranza non ha sempre ragione, per il solo fatto di essere democratica = la “legalità” del diritto deliberato dalla maggioranza politica è necessaria ma non sufficiente, perché può risultare anche “illegittima”, se non rispetta le libertà delle minoranze e degli individui = legalità e legittimità non coincidono).

Questa seconda, nuova grammatica, a differenza di quella di Weimar, è definibile “liberal-democratica” (prima le libertà, poi la legittimazione del consenso del popolo: il popolo non necessariamente “ha sempre ragione” solo perché vota democraticamente; una decisione democratica può essere “sbagliata” se offende libertà e diritti delle persone, verso cui tutti hanno il compito di “*riconoscere, promuovere e rimuovere* ostacoli” riferiti a qualsiasi “persona umana”: tra l’altro, da questa grammatica è derivata anche la progressiva affermazione, a livello di Costituzione, del c.d. “controllo di costituzionalità” delle leggi e di altri atti dei poteri politici, al fine di verificarne la “legittimità” rispetto anche a diritti e libertà).

Si comprende, a questo punto, che gli elementi strutturali della Costituzione, che producono il diritto che condiziona la politica e gli elementi strutturali della Costituzione che legittimano la politica nel produrre diritto, sono alla base di alcune caratteristiche che le Costituzioni devono avere per limitare la politica a garanzia dei diritti e delle libertà.

In sintesi queste caratteristiche sono le c.d. “riserve” (definite anche “riserve di giustizia”, perché garantiscono che le decisioni politiche siano tendenzialmente “giuste” nel senso di non abusate):

- riserva di legge (solo una legge di un parlamento votato democraticamente può disciplinare diritti e libertà, nel rispetto dei contenuti di libertà indicati in Costituzione);
- riserva di giurisdizione (solo i giudici possono interpretare e applicare ai casi concreti le leggi per la tutela dei diritti e delle libertà, nel rispetto della Costituzione);
- riserva di motivazione (qualsiasi atto di potere deve essere motivato, affinché i destinatari conoscano il perché delle eventuali limitazioni dei propri diritti o libertà e possano ricorrere davanti al giudice e quindi contestare le decisioni della politica, anche se democratica);
- riserva di scienza (qualsiasi atto di potere non può, solo per il fatto di essere legittimato dal consenso democratico, ignorare le acquisizioni di conoscenza della scienza e quindi prescindere da essa; la scienza non è “in funzione del potere” ma della libertà e dei diritti e quindi deve essere libera e controllabile dal potere, in modo da garantire libertà e diritti di ciascuno);
- rinvii (qualsiasi regola che decide sul futuro senza indicare come e quando deciderà, deve chiarire i contenuti di questo “rinvio”, che potrà essere “mobile” - ossia riferito al titolare di un’altra decisione che in futuro interverrà: es. una legge rinvia ai Comuni la disciplina di alcuni dettagli - o “fisso” - ossia riferito specificamente a un atto: es. una legge rinvia a un determinato Trattato internazionale);
- legalità (nel senso che qualsiasi imposizione a persone o cose deve essere prevista comunque da una legge votata dal parlamento democraticamente eletto);
- interpretazione delle lacune (in un sistema liberal-democratico, le lacune non vanno interpretate come riserva di potere della politica, ma come consenso alla libertà: la lacuna è sempre *pro-libertate*; “*ciò che non è previsto o detto, è sempre consentito*”, proprio perché le libertà e i diritti vengono prima di quello che dice o non dice il potere e quindi la politica).

A ben vedere, tutte queste caratteristiche si ritrovano per la prima volta tutte insieme proprio nella

Costituzione italiana: si leggano gli articoli 2, 3, 9, 10, 11, 13, 23, 24, 32, 33, 117 comma 1 e comma 2-*lettera m*), 118.

La terza costante del rapporto tra politica e diritto è allora la seguente:

- qualsiasi Costituzione, per tutelare i diritti e le libertà di qualsiasi persona umana, deve anteporre la tutela delle libertà al consenso della democrazia;
- qualsiasi Costituzione, per garantire il rispetto delle libertà e dei diritti di qualsiasi persona umana, deve disciplinare le riserve (di legge, di giurisdizione, di motivazione, di scienza), i rinvii (fissi o mobili), la previsione delle lacune come consenso *pro-libertate*, affermare la legalità come premessa di qualsiasi imposizione personale o patrimoniale.

LE 7 CONFIGURAZIONI COSTITUZIONALI DELLA POLITICA E DEL DIRITTO NEL NOVECENTO: COSTITUZIONI-FONDAMENTO E COSTITUZIONI-LIMITE

A questo punto, si è compreso che le Costituzioni non abilitano solo il diritto, ma anche la politica nel prendere decisioni, sicché lo studio comparato delle Costituzioni deve tener conto di tale “accoppiamento strutturale”.

In tal senso, si parla di politica costituzionale comparata. Essa studia non solo le tecniche giuridiche di interpretazione e applicazione delle disposizioni costituzionali come “regole” (come “*normatività costituzionale*”, secondo la formula coniata dal giurista weimariano Hermann Heller), ma soprattutto le politiche, di qualsiasi contenuto, livello e modalità (come si è visto, anche a titolo individuale di ciascun singolo individuo), che contribuiscono a promuovere o a condizionare l’attuazione delle Costituzioni e le loro “regolarità” come processi di integrazione tra consenso, diritti, libertà (come “*normalità costituzionale*”, sempre nella formula di Heller). Quindi, si intende parlare di “politica costituzionale”, piuttosto che di semplice “diritto costituzionale” o “giurisprudenza costituzionale”, per rappresentare un campo di osservazione più ampio, comprensivo non solo dei dati giuridici (normazione, giurisprudenza, dottrina), bensì anche, e soprattutto, di quelle prassi di decisione-azione (la “politica”) che condizionano o rendono effettive le libertà e i diritti, sia da parte dei poteri pubblici (ciò che, si vedrà, è denominato “politica/istituzione”) sia da parte anche dei soggetti privati (ciò che è ricompreso nel concetto di “politica/decisione”).

Rispetto a questi fenomeni, il discorso costituzionale esclusivamente normativo e giuridico appare insufficiente o comunque parziale, perché inadeguato, da solo, alla conoscenza e comprensione della realtà.

Ecco allora che la “politica costituzionale” non è altro che quel complesso di azioni e attività pratiche (culturali, educative, sociali, economiche, oltre che istituzionali), produttive di consenso o di conflitto (e, per tale motivo, “politiche”) su diritti e libertà ed espressive di situazioni ed esperienze, attraverso le quali si alimentano usi, non usi o abusi delle regole e principi costituzionali (quello che venne definito il “*sentimento costituzionale*” di una società, dal costituzionalista tedesco Karl Loewenstein) e si istituzionalizzano costantemente «*non solo i significati delle singole disposizioni costituzionali, ma soprattutto ... l’unità di senso della Costituzione nel suo complesso*» (M. Dogliani).

Ognuno di noi contribuisce, con il proprio agire civile, a “fare politica” e a “dare senso” alla Costituzione (si pensi al dibattito insorto sulle limitazioni derivanti dalla vicenda della pandemia Covid-19, da parte di semplici cittadini, commercianti ecc ...).

Tuttavia, il tema dello studio del diritto costituzionale come “politica costituzionale” è segnato dalla differenza tra contesto anglo-americano e contesto europeo, sul fronte del rapporto tra “razionalità” della politica e “razionalità” della Costituzione: differenza derivante, come si ricorderà, da quella diversa declinazione della “vocazione” individuale delle persone, dopo la fine

dell'unità cristiana europea, sul loro stare insieme (*Recognitio vs. Constitutio/Coniuratio*).

Si deve allora comprendere meglio la specificità di questo rapporto e il perché le due razionalità (quella politica e quella giuridica della Costituzione) non necessariamente coincidano.

Si è già richiamata la differenza tra “*fondare*” razionalmente la politica attraverso la Costituzione e “*limitare*” razionalmente la politica attraverso la Costituzione.

Ora è opportuno approfondire questo aspetto.

Le radici di questa distinzione sono nelle esperienze costituzionali e politiche del secolo XX.

Il XX secolo europeo è il secolo finale del lungo cammino storico di “emancipazione” del diritto e della politica dalla trascendenza e dall'escatologica: quel cammino iniziato con la rottura dell'unità cristiana europea (basti pensare che la “libertà religiosa”, matrice di quel processo, è stata riconosciuta dalla Chiesa di Roma solo nel 1964, con il Concilio Vaticano II).

Il punto finale di quel lungo percorso si manifesta nel corso del Novecento su tre fronti:

- l'emersione dell' “*anima esclusivamente giuridica della politica*”, ossia l'idea che l'esercizio del potere debba essere “esclusivamente giuridico” e quindi disciplinato dal diritto e non da “volontà” sottratte al diritto (come poteva essere il “Re” per “volontà di Dio e della Nazione”), per cui la politica non rappresenta un ordine naturale preconstituito (la *Ratio* delle monarchie “per volontà di Dio e della Nazione”) né un semplice ordine artificiale senza regole (la *Voluntas* di cui parlava Hobbes): la politica è ormai solo attività di decisione e azione “disciplinata dal diritto”;

- il “*definitivo distacco dal giusnaturalismo perenne*” (N. Bobbio) dell'Occidente, proprio in quanto esercizio “esclusivamente giuridico” del potere, con conseguente rottura tra *veritas et lex*, legittimità e legalità (la politica si deve legittimare attraverso regole giuridiche, perché essa non contiene alcune “verità eterna”, ma solo soluzioni “contingenti” adottate in base a regole giuridiche anch'esse “contingenti”, ossia non eterne perché fondate sul consenso);

- la costruzione delle grandi contrapposizioni tra sistemi giuridici (sistemi giuridici liberal-democratici vs. sistemi giuridici totalitari nazi-fascisti e comunisti), che tentano di costruire nuove razionalità “giuridiche” di esercizio del potere e quindi della politica e paradossalmente si trovano spesso a produrre “contenuti razionali” simili o identici, nonostante “forme razionali” differenti di organizzazione ed esercizio del potere (M. Dogliani).

È quindi il Novecento a consegnare interrogativi inediti sul rapporto tra diritto e politica e sul ruolo delle Costituzioni.

I principali sono tre.

- Se “contenuti” uguali o simili possono essere perseguiti attraverso “forme razionali” differenti di esercizio della politica (es. istruzione pubblica gratuita, sanità pubblica, generalità dei servizi pubblici sia nella “democratica” Weimar che nel “totalitario” nazismo, sia nella dittatura del “partito fascista” che nella “dittatura del proletariato” comunista), quali sono le “forme razionali migliori” di esercizio del potere e della politica?

- Sulla base di che cosa è possibile stabilire le “forme razionali migliori” del potere e quindi della politica?

- Qual è la Costituzione “migliore” nel coniugare razionalità giuridica e razionalità politica?

Il problema dello studio del diritto come “politica costituzionale”, quindi, non nasce come questione di “filosofia politica”, ma come mera “questione pratica” (B. Croce) di conoscenza e comprensione del rapporto tra politica e diritto rispetto alle Costituzioni.

Per questo, nel corso del secolo XX, questi interrogativi non hanno riguardato esclusivamente il problema “aristotelico” della “migliore forma di governo” (ossia di migliore “organizzazione” del potere, nel presupposto di una legittimazione indiscussa).

Il carattere inedito dell'interrogativo del secolo XX si traduceva – per la prima volta nella storia del costituzionalismo e del diritto – nella seguente domanda:

- *qual è la migliore “forma razionale” di Costituzione per legittimare il diritto e la politica in modo razionale, posto che non esistono più “verità” trascendenti e fini “escatologici”?*

Ecco allora che discutere di “forma razionale” della Costituzione non poteva più significare il discutere *solo* di “redazione di testi”, di “enunciati”, di “disposizioni e norme”, di “testi e contesti”.

Fascismo, nazismo, comunismo, liberalismo democratico conoscevano i loro “testi e contesti”. Ma non era questo tipo di osservazione, su testi e contesti, a consentire di trovare la risposta sulla migliore “forma razionale” di Costituzione per il diritto e la politica. Né questa risposta poteva essere lasciata esclusivamente alla sfera della morale: la morale di chi, venuto meno un Dio in nome del quale spiegare tutto?

In realtà, il tema delle “forme” di Costituzione implicava un'ulteriore domanda sull'inevitabile “accoppiamento strutturale” di politica e diritto in forza di un “*consensus*” non più trascendente ed escatologico:

- *qual è la migliore “forma razionale” di legittimazione della politica e del diritto attraverso il “consensus” della società? “Fondare” politica e diritto, grazie al “consensus”? Oppure “limitare” politica e diritto, grazie al “consensus”?*

Si tratta di un interrogativo carico oggi di implicazioni di democrazia, libertà, umanità, dato che il secolo XX ha dimostrato quali inumane “irrazionalità” abbia potuto produrre la “razionalità” del “*consensus*” su diritto e politica (H. Arendt si chiedeva, in tale prospettiva segnata dall'esperienza fallimentare e lugubre di Weimar, che cosa fosse la “*Politik*” ossia l'agire pubblico e privato nella società emancipata da trascendenze ed escatologie).

In estrema sintesi, si possono ricordare i seguenti campi di convergenza teorica e pratica su questi dibattiti del secolo XX (G. Volpe), identificando la “forma razionale” delle Costituzioni in due possibilità:

- come “*fondazione* razionale”, attraverso il “*consensus*” sulla Costituzione, della legittimità del diritto e della politica (c.d. Costituzione-fondamento);
- come “*limitazione* razionale”, attraverso il “*consensus*” sulla Costituzione, dell'esercizio del diritto e della politica (c.d. Costituzione-limite).

Questa dualità ha condotto alle estreme conseguenze, in tutte le sue implicazioni, il dualismo del costituzionalismo rivoluzionario moderno, sintetizzabile, tra l'altro, già nelle due Dichiarazioni universali francesi del 1789 (di “limitazione”) e del 1793 (di “fondazione”).

Con la prima, la Costituzione-fondamento fonda e riconosce i poteri di fare politica e produrre diritto, ma non si incarica di controllare la (ir-)razionalità della politica e del diritto.

Con la seconda, la Costituzione-limite definisce appunto i limiti di azione e contenuto della politica e del diritto e quindi si incarica di controllare la (ir-)razionalità della politica.

Nella prima, la Costituzione serve a legittimare la politica ma, una volta legittimata, la Costituzione riconosce – proprio in ragione della sua legittimazione – totale autonomia alla politica (sarà questa la ragione per cui, agli inizi del secolo XX, la parola “politica” sarà tradotta – soprattutto nel contesto della esperienza tedesca – nella formula neutra del “Politico”: non più “*der Politik*” – politica come attività – bensì “*das Politikum*” – la politica come autonomia della decisione, una volta fondata la sua legittimazione; il “fare politica” senza limiti di contenuto e di finalità; il “Politico” come rivendicazione di una “identità” separata e contrapposta a quella degli altri – concetto, questo, che darà luogo anche all'elaborazione del termine “*Realpolitik*” come “legge” del potere e della potenza sugli altri).

Nella seconda, la Costituzione non si preoccupa della fondazione della politica, ma serve a

limitarne l'esercizio sia nelle modalità di legittimazione che nella formazione dei contenuti (tant'è che, in questa seconda declinazione, sarà possibile il "pluralismo politico", ovvero l'esistenza di "tanti modi" di concepire e fare politica, purché nel rispetto dei "limiti comuni", indicati in Costituzione, a qualsiasi politica).

A) La Costituzione-fondamento come "forma" di fondazione della politica e del diritto

Nella idea della "forma razionale" come "*fondazione* razionale" della legittimità della politica e del diritto, si ritrovano teorie ed esperienze apparentemente contrapposte (C. Schmitt, H. Kelsen, C. Mortati ecc..., Weimar, nazismo, democrazia degli anni Venti del secolo XX), dove il problema della "forma razionale" della politica è risolto in termini esclusivamente "formali" (la "forma razionale" di legittimazione è sufficiente per attivare la politica e il diritto).

Infatti, questa "forma" potrà coincidere e ha coinciso in quattro esperienze:

- 1 - nella corrispondenza identitaria con una comunità di popolo: fu l'esperienza della Costituzione "organica" espressiva del *Volkgeist* (spirito del popolo) (Weimar): le "*forme razionali del consenso democratico di una comunità identitaria*" sono sufficienti a legittimare qualsiasi politica e il suo diritto, senza ulteriori limiti di razionalità;
- 2 - nella condivisione plebiscitaria di un progetto politico sintetizzato da un capo: fu l'idea della Costituzione "cesaristica" patrocinata da Carl Schmitt e identificata nel *Führer* del *III Reich*: le "*forme razionali di identificazione di una identità comunitaria in un Capo*" (c.d. *Gefolgschaft*) sono sufficienti a legittimare qualsiasi politica e il suo diritto, senza ulteriori limiti di razionalità;
- 3 - nella condivisione sociale realizzata da un soggetto collettivo e intermedio tra società e Stato, come il partito politico: fu l'idea della Costituzione "in senso materiale", teorizzata da Costantino Mortati e identificata nell'esperienza del "partito fascista" come "partito-Stato" (per questo la teoria della "Costituzione in senso materiale" è una teoria "formale"), come anche da Andrej J. Wysinskij e identificata nel "costituzionalismo sovietico" della "classe proletaria" e del partito unico (partito-Stato) comunista, e da Kemal Atatürk e identificata nel "laicismo combattivo" del partito unico (partito-Stato) in Turchia: le "*forme razionali di organizzazione di un partito-massa che identifica la maggioranza della popolazione*" (il "partito unico"/partito-Stato) sono sufficienti a legittimare la politica, senza ulteriori limiti di razionalità;
- 4 - nella condivisione di un linguaggio e del suo rigore di metodo: fu l'idea della Costituzione come "metodo logico" della gerarchia delle fonti e della competenza, teorizzata dal Hans Kelsen (basta rispettare la gerarchia, perché la politica e il diritto siano legittimi): le "*forme razionali del lessico e della produzione giuridica*" sono da sole sufficienti a garantire che anche la politica sia razionale.

Si tratta, quindi, delle quattro teorie ed esperienze "formali" del rapporto tra politica e diritto, che hanno *fondato* ben note, e non felici, esperienze costituzionali del secolo XX (tutte, infatti, hanno generato sistemi autoritari o totalitari costituzionalizzati).

In esse, la "razionalità" del rapporto tra diritto e politica è appunto esclusivamente "formale" (le "forme razionali" delle Costituzioni garantiscono di per sé la legittimità della politica, anche se questa si mostrerà nella realtà del tutto irrazionale). In esse, in pratica, legalità e legittimità coincidono (ciò che è formalmente legale è di per sé sempre legittimo anche se irrazionale).

Le sue esperienze storiche sono state fra loro non compatibili e non integrabili, proprio perché "formali", ossia diverse *non* per il "contenuto" delle azioni politiche (per es. sopprimere il dissenso o imporre determinate condotte), *ma* per la "forma" di "*fondazione*" della politica (per es. scuola pubblica gratuita nella "forma" fascista come scuola pubblica gratuita nella "forma" sovietica, ma la "forma" fascista era ovviamente ben diversa da quella sovietica).

Insomma, la "forma" fonda la politica e il diritto

- o come identità comune espressa attraverso il consenso maggioritario (Weimar),
- o come identificazione in un Capo (*Führer*),

- o come adesione a un unico disegno razionale di azione gestito attraverso il “partito unico”/partito-Stato (fascista, comunista o kemalista),
- o come adesione a una logica formale unica (la logica neutra del mero rispetto della legalità formale nella gerarchia delle fonti).

Come si vede, le quattro “forme” sono state diverse (la “democratica” Weimar non era certo il Nazismo cesaristico di Hitler né il “partito unico” turco né la semplice gerarchia delle fonti di un qualsiasi ordinamento giuridico).

Ognuna di queste, però, presenta un elemento comune: quello della identificazione, plebiscitaria nei contesti democratici (Weimar) od organica e personificata (nei contesti a “partito unico” o cesaristici), fra Stato e società (E. Fraenkel); identificazione che, nella pratica, ha consentito, al detentore del potere “fondato” (legittimato) dalla Costituzione, di declinare a proprio piacimento “normalità costituzionale” e “normatività costituzionale” dei rapporti tra libertà e potere, creando un sistema di c.d. “doppio Stato”, ossia di “doppio trattamento” di tutela dei diritti, a seconda se riferibile agli “obbedienti” al sistema di potere o ai suoi “dissidenti” (E. Fraenkel).

Del resto, dentro queste quattro “forme” diverse di “fondazione” del diritto e della politica si poteva legittimare qualsiasi contenuto della politica e del diritto e quindi i “contenuti” tra queste diverse “forme” potevano (e storicamente sono risultati) comuni: per. es. istruzione pubblica con regole giuridiche simili tanto a Weimar come nel fascismo come nel comunismo come nel kemalismo come in un sistema giuridico fondato sulla sola gerarchia delle fonti (anche un ordinamento militare prevede percorsi di istruzione e formazione...).

Queste esperienze del Novecento, pertanto, ci consegnano una eredità importante sul rapporto tra Costituzioni, politica e diritto:

- *“fondare” razionalmente la politica e il diritto attraverso “forme” previste in Costituzione abilita a qualsiasi “contenuto” della politica e del diritto, anche le peggiori e più “irrazionali”.*

In definitiva, la “razionalità”, assunta a fondamento di tutto, può “fondare” la “irrazionalità”.

B) La Costituzione-limite come “forma” di limitazione della politica e del diritto

Anche nell’idea della “forma razionale” come “limitazione razionale” dell’esercizio della politica, si ritrovano teorie ed esperienze storiche apparentemente differenti (dalla democrazia costituzionale del secondo dopoguerra, al neo-liberismo costituzionale, al funzionalismo tecnico delle sovranazionalità dell’integrazione europea). In questa idea, infatti, la questione principale non è la “forma razionale” di legittimazione del potere come *fondazione* (come scrisse Karl Loewenstein nel 1938, la “forma razionale” del consenso democratico che fonda la politica è comunque un “cavallo di Troia”: partorì il consenso democratico su Hitler); è, al contrario, la questione della “forma razionale” dei “contenuti”, da sottrarre alla disponibilità della politica, che costituiscono il *limite* della politica (ossia, le libertà e i diritti scritti e direttamente “formalizzati” in Costituzione e sottratti al consenso della legittimazione democratica di qualsiasi potere, al fine di “limitare” politica e diritto).

Questa “limitazione” della politica e del diritto può avvenire, e storicamente è avvenuta (sempre in Europa), solo in tre modi:

- affermando il primato del “contenuto” dei diritti e delle libertà sulla politica e il diritto e così “limitando” politica e diritto (i “contenuti” dei diritti e delle libertà non sono definiti dalle maggioranze democratiche, come nel modello “formale” di Weimar, né dal Capo, né dal “partito unico”/partito-Stato, né dal semplice rispetto della gerarchia delle fonti; i “contenuti” di diritti e libertà sono affermati e rivendicati da ciascuna singola persona, in quanto così direttamente riconosciuta in Costituzione, sicché essi “limitano” la politica e il diritto e le loro “forme”);
- affermando il primato del mercato sulla politica e il diritto (l’esigenza dello scambio – insita in qualsiasi essere umano – limita i contenuti della politica e del diritto: come scrisse Friedrich

A. von Hayek, il mercato è l'unico *Kosmos* di tutta l'umanità e quindi l'unico vero limite "universale" contro ogni abuso di potere politico e giuridico);

- affermando il primato della "tecnica" sulla politica e il diritto (le conoscenze e competenze tecniche sono in grado di definire contenuti che la sola volontà politica, con le sue regole giuridiche, non sarebbe in grado di produrre. Si pensi alla vicenda del Covid-19: i "contenuti" della decisione su come fermare il *virus* sono dipesi dalla conoscenza tecnico-scientifica non dal consenso democratico o dalla sola volontà di un Capo).

Pertanto, in questa idea del "contenuto" di diritti e libertà che "limitano" politica e diritto, confluiscono tre esperienze novecentesche appunto "contenutistiche" e non invece meramente "formali".

5 - La teoria ed esperienza della convivenza "pacifica" di principi e regole come "ideali non identitari" (è il "*riconoscere, promuovere, rimuovere*" della Costituzione italiana), formalizzati in Costituzione come "razionalità condivisa" dei contenuti dell'agire di ciascuno e dei limiti di qualsiasi politica e qualsiasi diritto: è l'esperienza dello Stato democratico di diritto e della sua Costituzione nei sistemi europei di *Civil Law* (e successivamente anche fuori dell'Europa, soprattutto nell'America latina dopo la caduta delle dittature militari). Si parla di "ideali" formalizzati nel significato appunto di "vocazioni" condivise e comuni a ciascun individuo non per una ragione di "identità", ma solo perché "persona umana"; inoltre, "ideali" non perché "non reali", ma perché non esclusivamente "materiali", cioè non dettati da interessi concreti di alcuni e non di altri (per es. l'interesse materiale della "lotta di classe" del "partito unico" comunista) né "identitari" (cioè riferibili solo ad alcuni soggetti: i tedeschi, i turchi ecc...). Si tratta, quindi, della formalizzazione di una serie di "ideali/vocazioni" di ciascuno e quindi di tutti (dignità, libertà, solidarietà, uguaglianza), che realizzano una triplice funzione:

- di "limite" degli obiettivi del potere (i cosiddetti "principi fondamentali": la politica – come "*Politics*" si direbbe nella semantica inglese – deve perseguire quegli "ideali/vocazioni", quindi deve *riconoscere, promuovere e rimuovere*, altrimenti è "irrazionale");

- di "contenuto" dei diritti che la politica non può ignorare (i cosiddetti "diritti fondamentali": qualsiasi azione politica – le "*Policies*" si direbbe nella semantica inglese – devono rispettare i contenuti delle libertà e dei diritti formalizzati in Costituzione, altrimenti sono "irrazionali");

- di "definizione" del ruolo del pluralismo politico, sociale e morale della società (per la cosiddetta "protezione tollerante" della democrazia e del dissenso minoritario, ossia di pratica del pluralismo non per negarlo, ma per renderlo condivisibile da chiunque: qualsiasi politica – come "*Politics*" e come "*Policy*" si direbbe nella semantica inglese – deve rispettare la "*Polity*" disegnata dalla Costituzione, fondata non su identità né su concetti indeterminati, ma su qualsiasi persona umana da "*riconoscere, promuovere e di cui rimuovere ostacoli*", altrimenti è "irrazionale").

La sintesi di questa nuova "razionalità" nell' "accoppiamento strutturale" di politica e diritto è la formula, già richiamata dalla letteratura comparatistica: *Democracy is disagreement* (è il dissenso che fa la democrazia, non il consenso).

6 - La teoria ed esperienza della convivenza "spontanea" di libertà come equilibrio "spontaneo" di interessi individuali ed egoistici: è l'esperienza della Costituzione "spontanea" del neoliberalismo dei sistemi di *Common Law* e *Rule of Law*, in cui il limite del potere è affidato prioritariamente al giudice come "arbitro del mercato" (Bruno Leoni), i cui "contenuti" nascono dal libero gioco del "mercato", inteso come spazio di libertà non solo di merci ma anche di idee (F.A. von Hayek), aperte a qualsiasi discussione e confutazione e quindi di per sé democratiche (Karl Popper); in tale prospettiva, ciò che è "razionale" per il mercato deve essere considerato "razionale" per la politica. In tale prospettiva, la politica è in funzione del mercato (vedremo che questa declinazione abiliterà le teorie statunitensi della "politica pubblica" e delle "*Public choices*").

7 - La teoria ed esperienza della convivenza “tecnica” affidata a funzioni politicamente “neutrali” e come tali “non pericolose” per i “contenuti” delle libertà (D. Mitrany, F.A. von Hayek, E. Haas, J.M. Buchanan), perché preoccupate di garantire la pace e la salubrità di convivenza di tutti, come “bisogno costitutivo” della convivenza: è l’esperienza della Costituzione “tecnica” degli organismi sovranazionali, dal FMI alla UE, in cui la democrazia è presupposta negli Stati e la politica esercitata attraverso una “espertocrazia” tecnica, condivisa dagli Stati e quindi indirettamente legittimata dal consenso democratico espresso dentro gli Stati che formano le varie sovranazionalità. Ma è anche l’esperienza dimostrata dalla vicenda del Covid-19, dove la lotta al *virus* è stata affidata al sapere tecnico-scientifico che ha “limitato” la discrezionalità politica e i contenuti del diritto. In tale prospettiva, la razionalità è affidata ai poteri tecnici che prevalgono e condizionano quelli politici, purché a tutela di diritti e libertà.

Si tratta, quindi, delle tre esperienze “contenutistiche” del rapporto tra politica e diritto. In esse, infatti, la “forma razionale” dei rapporti tra diritto e politica è data dai “contenuti” di limitazione della politica e del diritto.

Proprio perché “contenutistiche”, queste esperienze hanno potuto, e tutt’ora possono, convivere e integrarsi, in quanto l’elemento che le accomuna è dato dai “contenuti” di limitazione del potere, non dalle “forme” di fondazione della politica del diritto.

Si spiega così, per esempio, il fenomeno della convivenza tra Stati democratici costituzionali di diritto e Unione europea, oppure il fenomeno del cosiddetto “dialogo giudiziale” sui “contenuti” di limitazione del potere (principi e diritti) tra giudici di Stati con differente “fondazione” e “limitazione” dei poteri (il c.d. *New Legal Order* del “dialogo internazionale tra giudici”). Infine, si spiega la convivenza tra neo-liberismo attuale e Stati costituzionali democratici.

C) Dalle Costituzioni-limite alla Governance

Questa convivenza, però, non è semplice, come dimostrano le tensioni di questi decenni (“deficit democratico” delle sovranazionalità tecniche; prevalenza egoistica del mercato sugli “ideali” delle Costituzioni; primato della tecnica che può mettere a repentaglio la libertà ecc. ...).

Questa difficoltà di convivenza, però, non pone problemi di messa in discussione del “fondamento” del diritto e della politica (come è stato, invece, per le esperienze di “fondazione” che, una volta contestate nonostante i contenuti, sono poi crollate), ma di verifica di piena compatibilità dei tre contenuti di “limiti” (basterebbe chiedersi, infatti: tutti i contenuti di diritti e libertà sono pienamente compatibili con il mercato e con la tecnica?).

Per tale motivo, l’era contemporanea è stata definita “post-fondazionale” (O. Marchart): in discussione non sono i “fondamenti” del diritto e della politica, bensì la combinazione delle varie forme di limitazione, che tra di loro interferiscono e spesso si neutralizzano reciprocamente (per esempio, il mercato limita sì il potere politico, ma anche lo condiziona nelle sue scelte di promozione dei diritti e delle libertà e di rimozione degli ostacoli delle persone umane).

L’ormai diffuso e pervasivo concetto di *Governance* mira a fornire una soluzione a questo cortocircuito, favorendo processi deliberativi di compromesso o bilanciamento tra le diverse sfere di limitazione del potere (libertà e diritti vs. mercato vs. tecnica).

Infatti, nella *Governance*, diventa centrale *come* decidere nel conflitto tra le diverse sfere di limitazioni del potere.

Tuttavia, anche la *Governance* finisce solo col neutralizzare i conflitti piuttosto che risolverli.

Da tale angolo di visuale, potremmo dire che persino la *Governance* si nutra di una “credenza”: quella che, attraverso il compromesso, tutti (diritti-libertà, mercato, tecnica) “vincano” (“win-win”) ossia ottengono un risultato sempre positivo (il mito del c.d. “ottimo paretiano”), quando, nei fatti – e in ragione dei rapporti di forza tra le diverse sfere di limitazione – qualcuno comunque “perde” (“win-lose”) ossia subisce conseguenze maggiori o peggiori di altri (si pensi al mercato

globalizzato che condiziona, per esempio, l'esercizio dei diritti e delle libertà del lavoro, riduce le tutele, incide sulle parità di trattamento ecc...; ma si pensi pure alla tecnica che sostituisce sfere di azione umana, condizionandole o subordinandole, o addirittura se ne appropria, in violazione della riservatezza dell'identità di ciascuna persone).

In questo quadro, si scopre che l' "accoppiamento strutturale" di politica e diritto, operato dalle Costituzioni ed evolutosi, nel corso del Novecento, come affermazione della "razionalità" dell'agire umano (emancipato dall'escatologia trascendente) e come "razionalizzazione" delle "forme" della politica e del diritto (in termini di *Costituzione-fondamento* e *Costituzione-limite*), può sempre e comunque produrre – e di fatto ha prodotto e continua a produrre – conseguenze ed effetti paradossalmente irrazionali.

Insomma, nella realtà dei fatti, razionalità e irrazionalità dell' "accoppiamento strutturale" di diritto e politica convivono, come sarà analizzato meglio nelle prossime Parti.

Nel contempo, si deve anche constatare che tutte le Costituzioni, sia *fondamento* che *limite*, hanno condiviso pur sempre una caratteristica comune: quella dell'esclusione di qualche forma di soggettività vivente, non funzionale alla loro persistenza nel tempo

Si è trattato

- originariamente degli schiavi e delle donne;
- poi del nemico;
- poi dello straniero;
- poi del migrante;
- poi anche delle forme di vita non umana e della Natura in generale.

Sono cambiate modalità e identificazioni dell'esclusione, ma le Costituzioni, per esistere o come *fondamento* o come *limite*, sembra debbano comunque ignorare o escludere qualche forma di vita.

Il che suona come un paradosso al cospetto della portata universalistica delle loro evocazioni.

Eppure è così: tutti i sistemi costituzionali, per essere aperti al loro interno, devono essere chiusi al loro esterno verso qualche forma di vita, anche quando riconosciuta meritevole di tutela all'interno. Lo statuto dello straniero è la cartina al tornasole di questo paradosso: esseri umani "asimmetrici" rispetto agli altri esseri umani riconosciuti dalla Costituzione.

Del resto, il c.d. "principio di esclusività", che è espressione della sovranità dello Stato, attribuisce a questo il potere esclusivo di fissare confini, limiti e muri su tutto: dai beni (si pensi al protezionismo), a fatti e atti (si pensi all'ingresso o meno di norme straniere in un ordinamento nazionale), ai soggetti umani (si pensi ai migranti) e non umani (si pensi ad animali o piante).

Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sul concetto di Costituzione come "accoppiamento strutturale" di politica e diritto, si v.

N. Luhmann, *La Costituzione come acquisizione evolutiva*, trad. it. in G. Zagrebelsky et al. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

Sugli interrogativi di Hannah Arendt sulla politica, si v.

H. Arendt, *Che cos'è la politica (Politik)?*, trad. it., Torino, Einaudi, 1955;

Sulle diverse configurazioni novecentesche della Costituzione come fondamento o come limite della politica e del diritto, si v.

G. Volpe, *Il Costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

Sul tema del rapporto tra "fondazione" e "limitazione" della politica e del diritto rispetto alla condizione della persona umana, si v.

A. Donati, *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human Rights a Grundrechte*, Milano, Giuffrè, 2002.

Sul tema della “razionalità” e della “razionalizzazione” attraverso le Costituzioni, si v.

B. Mirkin-Guetzévitch, *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, trad. it., Cavallino, Pensa, 2009.

Sui concetti di “normatività” e “normalità” costituzionale del rapporto tra diritto e politica, si v.

H. Heller, *Dottrina dello Stato*, trad. it., Napoli, ESI, 1988.

Sull'elemento plebiscitario nelle Costituzioni-fondamento, si v.

E. Fraenkel, *La componente plebiscitaria e rappresentativa nello Stato costituzionale democratico*, trad. it., Torino, Giappichelli, 1994.

Sulla dissociazione tra “normatività” e “normalità” costituzionale quale caratteristica dei regimi politici autoritari e dittatoriali, si v.

E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, trad. it., Torino, Einaudi, 1974.

Sul ruolo del partito politico nello Stato del Novecento, si v.

K. Hesse, *La posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno*, trad. it., Seregno, Herrenhaus, 2012.

Sul concetto di politica nell'era “post-fondazionale”, si v.

O. Marchart, *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*, trad. sp., Buenos Aires, efe, 2009.

Sulla genealogia del concetto di Governance, si v.

G. Comisso, *La genealogia della Governance*, Trieste, Asterios, 2016.

Sul tema dei confini nella produzione del diritto e della politica, si v.

J. Crawford, *Maledetti confini. Storie di linee tracciate sul mondo*, trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 2023

Terza conclusione

Il Novecento consegna alla storia questo scenario su “razionalità” e “razionalizzazione” dell’ “accoppiamento strutturale” di politica e diritto:

- 1) Razionalità e razionalizzazione del rapporto fra le decisioni “politiche” e “giuridiche” (approccio delle “fonti del diritto” attraverso gerarchia, competenza e interposizione normativa), tipico del contesto continentale europeo in cui l’organizzazione degli atti, indipendentemente dai processi, rende “certo” il diritto e quindi razionale l’azione politica pubblica e privata (ossia: la politica “sa” attraverso quali atti agire);
- 2) Razionalità e razionalizzazione dell’organizzazione delle attività di limitazione della politica e del diritto, tipico del contesto anglo-americano dove l’organizzazione dei processi decisionali, indipendentemente dagli atti, rende “efficiente” la politica (ossia: la politica “sa” come decidere: la c.d. *Governance*);
- 3) Razionalità e razionalizzazione degli obiettivi (c.d. «funzionalizzazione» della politica), tipico del contesto di integrazione dell’Unione europea, in cui la definizione degli obiettivi, indipendentemente dagli atti o dai processi, legittima l’azione della politica.

Come si può notare, i processi di razionalizzazione costituzionale hanno tentato di definire il rapporto tra mezzi e fini della politica e del diritto, attribuendo alla Costituzione il compito di regolare ora gli uni ora gli altri.

Ma hanno funzionato? Hanno prodotto risultati razionali attraverso questa razionalizzazione? Oppure sono degenerati? E perché?

In realtà, il Novecento ci consegna delle risposte contraddittorie a queste domande. Soprattutto la prima metà del Novecento ci consegna la constatazione che la razionalità costituzionale della “fondazione” della politica e del diritto ha prodotto le peggiori irrazionalità.

Si pensi alle tre esperienze del c.d. “caos” nazista, del totalitarismo (utopicamente) “liberatorio» del comunismo, delle autarchie fasciste.

Come si spiegano queste degenerazioni? Come sono state risolte nel corso del Novecento?

Il “Secolo breve” ci consegna la risposta nel passaggio dalle “Costituzioni *fondazione*” alle “Costituzioni *limitazione*”.

PARTE QUARTA: *ESSERE RAZIONALI CON REGOLE E PAROLE*

RAZIONALITÀ DEL DIRITTO E DEFINIZIONI “RAZIONALI” DELLA POLITICA: POLITICA, POLITICHE PUBBLICHE, POLITICHE COSTITUZIONALI

Dalle sette configurazioni storiche della Costituzione rispetto al diritto e alla politica si è potuto desumere non solo il diverso ruolo del diritto (la Costituzione “fonda” il diritto; oppure la Costituzione “limita” il diritto), ma anche della stessa politica (“fondata” dalla Costituzione oppure “limitata” dalla Costituzione).

Questo consente di comprendere che la politica funziona e usa il diritto a seconda di come la Costituzione la preveda al suo interno.

Il tema della politica, allora, non è solo “definitorio” (che cosa “è” la politica) né meramente teorico (che cosa “*si intende*” per politica), ma anche e soprattutto pratico (“*come funziona*” la politica e “*come si fa*” politica *all’interno e rispetto alla* Costituzione?).

Bisogna procedere all’approfondimento di questo punto, constatando che le stesse definizioni della politica risentono del suo inquadramento rispetto alla Costituzione come “fondazione” o come “limitazione”.

Il primo passaggio è rappresentato dalla distinzione tra politica/istituzione e politica/decisione. Com’è noto, le definizioni della politica sono innumerevoli e nessuna accettata in termini universali.

In modo esclusivamente intuitivo, possiamo affermare che la politica ha a che fare con l’assunzione di decisioni che producono effetti su di sé e sulla collettività. Da tale angolo di visuale, la politica diventa sinonimo di decisione, i cui effetti ricadono su tutti e non solo su se stessi o su singoli soggetti privati con cui si interagisce. Di conseguenza, produce politica tanto un organo dello Stato quanto un’azienda privata le cui decisioni ricadono sulla collettività (si pensi alla vicenda *ex ILVA* di Taranto) quanto un soggetto privato individuale che, esercitando le proprie libertà, condiziona o limita quelle degli altri.

Per tali ragioni, si preferisce differenziare e distinguere la politica/decisione dalla politica/istituzione.

La politica/*istituzione* ha a che fare *solo* “con il governo, l’organizzazione e la regolazione della società nel suo insieme”.

Al contrario la politica/*decisione* si riferisce a ogni genere di azione che può assumere rilievo politico per i suoi effetti, prima ancora che per il soggetto (pubblico o privato) titolare dell’azione.

Questa differenziazione è molto importante, perché le Costituzioni del secondo Novecento, come si è visto, caratterizzate da un approccio pluralista e inclusivo, stabiliscono regole e fini, riferiti non solo alle istituzioni ma a tutti, quindi a qualsiasi soggetto capace di produrre politica/*decisione*.

Si potrebbe allora concludere che la politica non è altro che l’insieme dei meccanismi con cui, in una comunità, si possono intraprendere azioni (per sé o per altri) pur sempre ad effetto collettivo.

Secondo Steven Lukes, questa concezione generale della politica diventa sinonimo di potere inteso come “*capacità di produrre effetti attraverso le relazioni sociali*”.

Tutti noi abbiamo “potere”, anche quando esercitiamo diritti e libertà; di conseguenza, avere “potere” comporta produrre “politica”.

Del resto, il “potere” può essere sia pubblico che privato (si pensi al confronto tra il potere privato

di una *corporation* multinazionale e il potere pubblico di un piccolo municipio).

E qualsiasi potere produce azioni a contenuto “politico” (per la istituzione di appartenenza: *politica/istituzione*; per gli effetti collettivi prodotti dalla decisione, anche individuale e privata: *politica/decisione*).

Le uniche effettive distinzioni che esistono tra *politica/istituzione* e *politica/decisione* sono sul fronte della legittimazione (le istituzioni devono ricevere sempre una qualche forma di legittimazione dalla collettività nei cui confronti producono effetti con le loro decisioni; il potere privato, no, dato che, a partire dalla Costituzioni del secondo Novecento, è riconosciuto in termini di diritti e libertà) e della coincidenza tra istituzione e decisione (per es. il Parlamento è un istituzione che ha il compito, previsto in Costituzione, di prendere decisioni riferite all’intera collettività)

Non a caso, già Max Weber osservava che esistono forme specifiche di potere che si riassumono nel controllo degli strumenti attraverso i quali si esercita la coercizione fisica: lo Stato è una di queste forme (si parla in tal caso di “politica statale”). Ma lo stesso discorso può farsi per la UE (“politiche europee”) o per una Regione (“politica regionale”).

Il risultato è che, nel nostro tempo, il termine politica ha assunto un’eccedenza di significati tra loro non conformi e assai diversificati. Tuttavia, per quanto la controversia sul significato di politica è antica quanto la riflessione sulla *polis*, la considerazione che il termine politica non identifichi solo una istituzione ma una qualsiasi decisione ad effetti collettivi appartiene solo alla seconda metà del Novecento, ed è dovuta proprio all’avvento delle nuove Costituzioni – a partire da quella italiana del 1948 – che hanno “costituzionalizzato” anche il potere privato, ossia hanno imposto limiti a qualsiasi forma di “politica” in nome del primato della persona umana (si v., per es., gli articoli 41 e 42 della Costituzione italiana).

Pertanto, un’ulteriore acquisizione di studio importante, nel campo del rapporto tra politica e Costituzioni, è la constatazione che la politica può essere intesa o come sinonimo di istituzione (*politica/istituzione*) o come sinonimo di decisione (*politica/decisione*). In tale seconda prospettiva, essa abbraccia anche il potere privato (in termini di libertà e diritti) che produce decisioni ad effetto collettivo.

Ma si può aggiungere un’altra considerazione, conseguente a quanto constatato sulla *politica/istituzione* e *politica/decisione*.

Tutti noi, attraverso la nostra quotidiana *politica/decisione* (fatta di diritti e libertà come soggetti privati) e dentro qualsiasi *politica/istituzione* (nei nostri ruoli pubblici dentro un’Università, un Comune, una Regione, uno Stato ecc...) contribuiamo a quel disegno costituzionale di “limitazione” di politica e diritto, ispirato al “riconoscere”, “promuovere” e “rimuovere” ostacoli di qualsiasi persona umana.

In altri termini, tutti noi siamo chiamati ad “attuare” la Costituzione e facciamo “politica costituzionale”.

Ecco allora che un’altra eredità delle Costituzioni del secondo Novecento, a partire sempre da quella italiana, risiede nella constatazione della “politica” e del “diritto” come “attuazione” della Costituzione stessa da parte di chiunque.

Ma che cosa significa questo termine?

Sinteticamente, si può rispondere in questi termini.

- “Attuare” la Costituzione significa praticarla quotidianamente da parte delle singole persone in qualsiasi contesto di vita, affinché quanto dalla Costituzione riconosciuto venga “regolarmente” fatto proprio dai cittadini (in tal senso si parla di “regolarità costituzionale”). In tale prospettiva, il concetto di “attuazione” della Costituzione è diverso da quello di

“applicazione” (riferito ai Giudici che risolvono controversie applicando appunto il diritto attraverso la sua interpretazione nei casi concreti) o di “esecuzione” (riferito alle pubbliche amministrazioni che provvedono ad eseguire, all’interno dei propri procedimenti, quanto previsto da leggi e Costituzione).

- Quindi, “attuare” significa praticare nella vita quotidiana, di tutti e da parte di tutti, i contenuti della Costituzione.

- i suoi “fini” non coincidono solo con i “fini”, i “compiti” e gli “scopi” dello Stato, perché diventano i “fini” di tutti i soggetti della politica/*decisione*, ossia di tutti noi che agiamo nei “limiti” della politica e del diritto, posti dalla Costituzione (in Germania, dopo la follia nazista, questo concetto è stato sintetizzato dalla formula “patriottismo costituzionale”, per dire appunto che tutti noi siamo “patrioti” non perché difendiamo un’identità contro qualcuno o qualcosa – come nella Germania di Weimar – bensì perché “attuiamo” la Costituzione nel suo “*riconoscere, promuovere e rimuovere*”).

- In tale prospettiva, ogni persona è un “attore politico” (ovvero un attore della *polis*). Più correttamente, ogni attore dovrebbe essere definito “soggetto costituzionale”, ossia colui che, nella propria dimensione soggettiva, attua appunto la Costituzione.

- Ma ogni “soggetto costituzionale”, per “attuare” la Costituzione, di fatto esercita libertà e diritti anche in termini di “doveri”, più specificamente del dovere di “*riconoscere, promuovere e rimuovere*”, in quanto limiti di qualsiasi “politica”.

Non sembra, quindi, azzardato sostenere che tutti noi facciamo “politica costituzionale”, nella misura in cui appunto “attuiamo” la Costituzione nella nostra quotidiana politica/*decisione* e non solo come politica/*istituzione*.

LA PROSPETTIVA ANGLO-AMERICANA DELLA POLITICA RISPETTO ALLA COSTITUZIONE: AZIONE MINIMA DELLA POLITICA/*ISTITUZIONE*

Questa consapevolezza analitica è abbastanza chiara nel contesto anglo-americano, per ragioni storiche, conseguenti sempre alla rottura dell’unità cristiana dell’Europa, che si sono riprodotte anche nella semantica e nella terminologia adoperata per definire la politica.

Non a caso, nel diritto anglo-americano non esiste una vera e propria distinzione tra diritto “pubblico” e diritto “privato”.

Non solo, ma, nella lingua inglese, si distingue tra *Polity*, *Politics* e *Policy*, proprio per marcare la differenziazione della politica in politica/*istituzione* e politica/*decisione*.

Inoltre, sempre nel contesto anglo-americano, si è affermato un concetto, quello di “politica pubblica”, sconosciuto alla semantica dell’Europa continentale e non coincidente con quello di “politica costituzionale” (reso invece con *Constitutional Politics*).

Proviamo, allora, ad approfondire queste parole.

Con *Polity* si designa l’insieme delle istituzioni dentro le quali si prendono decisioni (in tal senso è la politica “*istituzione*”); con *Politics* il secondo si intende il *fare politica* di qualsiasi soggetto, sia esso pubblico o privato, fissando obiettivi di vocazione, in termini di ragioni e fini, per cui si agisce (in tal senso è la politica “*decisione*”); con *Policy* (*Policies*) sono descritte le singole azioni di attuazione di quelle ragioni e quegli obiettivi di *Politics* (dunque, la concretizzazione e attuazione effettiva della politica “*decisione*” in funzione delle *Politics* e dentro la *Polity*).

Vedremo a breve quanto sia importante tale tripartizione nel rapporto con le Costituzioni.

Diverso da questo quadro è il concetto di “politica pubblica”.

Secondo Jay M. Shafritz le radici storiche del concetto di “politica pubblica” sono state due, entrambe anglo-americane:

- Jeremy Bentham (1748-1832), il filosofo britannico sostenitore dell'utilitarismo («*la maggiore felicità del maggior numero di individui*», spiegava), il quale teorizzò che l'interesse personale fosse la motivazione principale della convivenza sociale, sicché compito delle istituzioni e dei governi non poteva che essere quello di garantire e offrire il massimo dei vantaggi privati al maggior numero possibile degli individui;
- Harold D. Lasswell, per il quale fare politica altro non voleva dire che regolare i rapporti di forza tra soggetti privati per garantire a tutti i diritti individuali di proprietà e di libertà di impresa, quali premesse materiali della loro felicità.

Secondo tali concezioni, la “politica pubblica” non coincide con la “politica costituzionale”, così come sviluppatasi nell'Europa del secondo Novecento. La “politica pubblica”, infatti, non significa “attuazione” della Costituzione attraverso la politica/*decisione* di ciascuno né mira a “*riconoscere, promuovere, rimuovere*”.

Le “politiche pubbliche” sono sempre e solo politica/*istituzione* per garantire a chiunque il perseguimento della propria “utilità” massima. Pertanto, è il carattere della istituzione di appartenenza (la *Polity*) a definire il carattere “pubblico” di una politica, sia come *Politics* (obiettivi) che come *Policy* (azioni); non la finalità, che resta privata (l'utilità di ciascun individuo).

In altri termini, il concetto di “politica pubblica” enfatizza la rilevanza dell'utilità privata come risultato della politica/*istituzione*.

Dentro un sistema di individui, interessi, beni e attività, compito delle istituzioni è quello di agire e decidere per l'utilità di ciascuno.

Ecco perché l'idea di “politica pubblica” enfatizza la salvaguarda dell'interesse dei privati, piuttosto che indurli ad “attuare” la Costituzione, come presupposto, invece, dal concetto europeo di politica costituzionale.

Esiste, pertanto, una differenza semantica notevole tra contesto anglo-americano e contesto europeo.

L'approccio delle “politiche pubbliche”, in quanto regolazione delle utilità private, è solitamente reso con il seguente schema



Questo non significa, però, che la “politica pubblica” sia indifferente alla Costituzione o possa procedere addirittura contro la Costituzione.

Esiste sempre un’interazione specifica tra politica/istituzione e Costituzione, che pervade tutte le fasi della politica: dalla legittimazione della *Polity* (per es. composizione del parlamento, leggi elettorali ecc ...) alla legittimazione delle *Politics* (obiettivi compatibili con i fini stabiliti in Costituzione), alla legittimazione delle *Policies* (azioni da svolgere nelle forme, nei modi e nei tempi stabiliti in Costituzione).

In sostanza, dietro alla tripartizione linguistica e semantica della parola “politica” si colloca quella rappresentazione inglese della Costituzione come *Recognitio* che limita il potere, lì dove i concetti europei di “politica”, maturati nella prima metà del novecento, presuppongono una Costituzione di fondazione e legittimazione incondizionata del potere.

Inoltre, nella letteratura anglosassone, fondata su quella suddetta tripartizione semantica della politica, questo legame con la Costituzione viene definito “*Policy Network*”, perché descrive la rete di rapporti che le azioni (*Policies*) della politica/istituzione producono tra soggetti che decidono in base alla Costituzione e soggetti destinatari delle regole costituzionali.

Di conseguenza, compito delle Costituzioni in questo “*Network*” (dato appunto la politica ha perso qualsiasi “missione” escatologica) è quello di garantire la “razionalità” delle decisioni e delle azioni, a tutela delle libertà e dei diritti previsti in Costituzione.

Una tale idea di “razionalità” è stata ulteriormente sviluppata soprattutto dalla dottrina costituzionalistica statunitense, con la teoria c.d. della “*Public Choice*”, fondata sul postulato che l’attore politico pubblico debba agire razionalmente come un attore economico (dunque, sempre secondo utilità), in modo da non ledere libertà e diritti per “convenienza” (non pagare danni o sanzioni) e non invece per “convinzione” (per il “valore” attribuito alle libertà e ai diritti).

Non a caso, nella prospettiva della “*Public Choice*”, il destinatario della politica/istituzione viene parificato al “consumatore” ovvero a colui che vuole soddisfare propri bisogni e utilità nella società, come se la realtà fosse un enorme mercato di offerte “utili” per l’individuo.

Lo schema, che solitamente sintetizza questo concetto di “*Public Choice*” (di matrice spiccatamente economica) è il seguente.



Il limite della teoria della “*Public Choice*”, però, è quello di ritenere che una scelta razionale sia di per sé una scelta conforme alla Costituzione, perché comunque produttiva di effetti utili per gli individui.

Nella realtà dei fatti, questo non succede necessariamente, proprio perché la politica produce effetti su una quantità di soggetti, ognuno dei quali vive condizioni materiali ed esistenziali

differenti.

Il che significa che, anche nella prospettiva della “*Public Choice*”, una decisione politica “razionale” può produrre effetti “irrazionali”, che possono rivelarsi persino incostituzionali ossia lesivi di diritti e libertà riconosciuti.

La conclusione è molto importante perché ci consegna una verità molto problematica: razionalità costituzionale e razionalità politica non coincidono (come del resto non coincidono – come accennato – legalità e legittimità costituzionale).

Una scelta politicamente razionale può produrre effetti irrazionali e quindi incostituzionali.

I principali effetti irrazionali della politica “razionale”, maturati dall’esperienza storica del secondo Novecento, sono stati i seguenti:

- le c.d. “esternalità negative” (ossia effetti negativi che si producono all’esterno della sfera del decisore);
- le informazioni imperfette dei decisori (che possono indurre a prendere decisioni non effettivamente “utili” per sé e per gli altri);
- la c.d. “tragedia dei beni comuni” (ovvero lo sfruttamento egoistico di risorse naturali che costituiscono invece utilità comuni a tutti);
- la concorrenza distruttiva (ovvero il mancato rispetto delle regole in nome della massima utilità individuale);
- i c.d. “fallimenti del mercato” (ovvero l’incapacità degli interessi privati di scambio di risolvere problemi collettivi).

Per scongiurare questi effetti irrazionali, sono state prospettate, nel corso del Novecento, due soluzioni principali, riconducibili rispettivamente ad Arthur Cecil Pigou e Ronald Coase.

Entrambi partono da un unico presupposto: gli effetti irrazionali delle scelte razionali sono inevitabili.

Di conseguenza, per entrambi non esistono strumenti per impedire tali effetti irrazionali, se non impedendo la libertà stessa degli individui e le loro utilità. Si può, allora, intervenire solo in via “correttiva”; e la correzione può avvenire in due modi:

- secondo Pigou, attraverso un intervento statale soprattutto di tassazione, volto in qualche modo a “far pagare” al decisore, che produce l’irrazionalità della sua decisione, il “costo” della stessa (è la c.d. “*imposta pigouviana*”);
- secondo Coase, attraverso il mercato stesso ovvero consentendo ai vari individui coinvolti dalla decisione di “concordare” liberamente un prezzo agli effetti irrazionali delle decisioni, traducendo tali effetti in costi “di transazione”, ossia da distribuire fra tutti (e per tale motivi qualificati “sociali”), in nome dei vantaggi comuni comunque garantiti dalla medesima decisione, in modo tale che tra effetti negativi (costi) e utilità di ciascuno (benefici) si realizzi un equilibrio più o meno accettato da tutti (per es. tutti convengono che le automobili siano utili a ciascuno, anche se la loro produzione determina “esternalità negative” di inquinamento, sicché basta negoziare e raggiungere un equilibrio tra “costi” e “benefici” affinché si “neutralizzi” l’irrazionalità della decisione razionale).

Ecco allora che, per Pigou, la irrazionalità va in qualche modo “sanzionata” attraverso un esborso di denaro (la tassa piuttosto che, per esempio, il risarcimento danni). Al contrario, per Coase, la irrazionalità va in qualche modo “neutralizzata” attraverso l’accettazione sociale, mediata dagli scambi di mercato, degli effetti irrazionali comunque produttivi di utilità e benefici per ciascuno e quindi per tutti.

Come si vede, queste due prospettive “correttive” assumono il denaro come “rimedio” della irrazionalità. Del resto, questa logica è alla base di tutto il nostro sistema contemporaneo di convivenza umana. Si pensi al principio europeo “chi inquina paga”: l’inquinamento è una

evidente irrazionalità del nostro decidere quotidiano (tutti noi inquiniamo per soddisfare le nostre utilità); tuttavia, tutti noi accettiamo e consideriamo razionale questo “pagare per inquinare”: io accetto di pagare di più l’auto che inquina, pur di avere la mia utilità; l’impresa paga le tasse per inquinare pur di perseguire il suo profitto; chi provoca danni da inquinamento, paga i danni pur di continuare ad agire ecc...). In una parola, tutti noi accettiamo quotidianamente sia la logica “correttiva” di Pigou (subire sanzioni in denaro) che quella di Coase (negoziare prezzi in denaro) pur di perseguire le nostre differenti utilità.

A ben guardare i due meccanismi “correttivi” di Pigou e Coase ci insegnano la constatazione che tutti noi, in nome delle nostre utilità, accettiamo la irrazionalità delle decisioni.

Tuttavia, questo modo di traduzione in denaro dell’irrazionalità delle decisioni è surreale, perché non corrisponde in nulla al mondo reale della vita di tutti noi.

Esso si fonda su una gigantesca finzione: ritenere che ci sia separazione materiale e concreta tra utilità individuali e realtà circostante, dove noi riversiamo le nostre “esternalità negative”, le “informazioni imperfette”, la “tragedia dei beni comuni”, la “concorrenza distruttiva” ecc...

Si rifletta sulle seguenti sintesi, a base delle ricette “correttive” di Pigou e Coase.

ESTERNALITA' NEGATIVE

Certi problemi, come quello dell'INQUINAMENTO AMBIENTALE PRODOTTO DALLE INDUSTRIE, non possono essere risolti dalla *logica di mercato, che tende a scaricare i costi sull'intera società*. Solo lo Stato può costringere le aziende a farsi carico dei costi sociali dell'inquinamento da esse prodotto.

INFORMAZIONE IMPERFETTA

In certi casi, delle ASIMMETRIE INFORMATIVE non consentono a consumatori e investitori di prendere decisioni razionali. Per questo le industrie farmaceutiche non possono immettere sul mercato un farmaco senza aver prima passato una serie di *controlli statali a tutela della salute del cittadino*.

TRAGEDIA DEI BENI COMUNI

Nel caso delle RISORSE NATURALI DI PROPRIETÀ COLLETTIVA (le foreste, i pesci nel mare, ecc.), lasciare questi beni ai singoli utilizzatori (che perseguono benefici di breve periodo) finirebbe per danneggiare la collettività con l'esaurimento, nel lungo periodo, di risorse fondamentali come quelle ittiche. Ecco perché su questi beni lo Stato deve vigilare con la sua attività regolativa (*divieto di pesca nei periodi di riproduzione, proibizioni di forma di pesca tecnicamente dannose*)

CONCORRENZA DISTRUTTIVA

La stessa CONCORRENZA DI MERCATO, QUANDO RAGGIUNGE LIVELLI ECCESSIVI, può produrre *effetti collaterali negativi, sui lavoratori e sulla società*. L'eccessivo abbassamento dei margini di profitto conduce, infatti, ad un'eccessiva riduzione dei salari e ad un drastico peggioramento delle condizioni di lavoro (*ad esempio, il lavoro "nero", risparmiare sulla sicurezza di chi lavora*). Anche su questi aspetti è **necessario che lo stato vigili ed intervenga con proprie regolamentazioni**.

ULTERIORI FALLIMENTI DEL MERCATO

PUBBLICA ISTRUZIONE, RICERCA E SVILUPPO, ARTE E CULTURA, PACE E STABILITÀ SOCIALE: *tutte queste attività sono produttrici di esternalità positive per la società, ma non sono fornite in modo adeguato dal mercato*. Anche qui è **necessario l'intervento dello Stato (in misura variabile a seconda dei casi)**.

Davvero esse producono solo "utilità" individuali per tutti? Per esempio, l'inquinamento fa comunque male alla salute di ciascuno, sicché, anche se lo pago in termini di "sanzione-tassazione" (secondo lo schema logico di Pigou) o di "neutralizzazione" attraverso un prezzo concordato (secondo lo schema logico di Coase), esso comunque continua a far male alla salute. E far male alla salute non è certo una "utilità". Il denaro, in realtà, non sostituisce la mia salute come la salute di nessun altro, per la banale ragione che il denaro non esiste in natura: esso è semplicemente un marchingegno inventato dall'essere umano per attribuire valore a tutto quello che scambia (dagli esseri umani – schiavi, prostitute, traffico di organi, affitti d'utero ecc... – alle altre forme viventi – piante, animali – alle cose). Per averne la prova provata più semplice e incontestabile, come dimostrò un grande ecologo del Novecento, Eugene P. Odum, basta pensare alla morte. La morte non è una "utilità" per nessuno e non c'è quantità di denaro al mondo che impedisca a qualsiasi essere umano di non morire "pagando". Così come non c'è risarcimento al mondo che faccia ritornare in vita una persona morta.

Il che dimostra che il denaro non è affatto un sostituto della natura. E se questo è vero per ogni singolo individuo non può certo essere non vero per la società e le sue decisioni.

Scopriamo, pertanto, che gli schemi logici di Pigou e Coase, pur nella presunzione di essere "correttivi", sono comunque anch'essi ... irrazionali: un paradosso.

Ma è un paradosso facilmente spiegabile, perché entrambi i due schemi logici sono basati su una fallacia logica ben precisa: quella dell'evidenza soppressa e precisamente la soppressione dell'evidenza che il denaro – come detto - non potrà mai sostituire né la natura né le leggi naturali che presidiano il funzionamento del sistema Terra ossia il mondo biofisico al cui interno noi rincorriamo quotidianamente le nostre utilità scaricando su di esso le nostre irrazionalità.

Vedremo più avanti che questa amara ma ineluttabile verità è alla base dell'emergenza climatica ambientale del nostro pianeta Terra e alla base del fallimento delle "correzioni" alla Pigou e alla Coase. Scopriremo, alla fine di questo corso, che le "correzioni" alla Pigou e alla Coase si fondano sull'ignoranza del "principio di inerzia" del sistema Terra, principio alla base di tutti i processi bio-chimici e bio-fisici di tutto, inclusa la nostra vita con le nostre ... utilità.

Tuttavia, nonostante questa banale verità naturale, molti giuristi e politologi si ostinano a

continuare a “credere” che le utilità umane individuali sia sempre comunque indice di razionalità. È questa, per esempio, la prospettiva di Christopher Hood, con il suo schema delle “Policies” razionali “correttive” di “Policies” irrazionali. Secondo questo studioso, la razionalità è da una serie di opzioni di “correzione”, perseguibili sia dagli Stati che dagli individui.

Per gli Stati



Per gli individui

STRUMENTI VOLONTARI	In essi il coinvolgimento del governo appare minimo o nullo (area della <i>non-decisione</i> governativa).
STRUMENTI MISTI	Nonostante un grado più o meno alto di coercizione presente negli strumenti inseriti in questa categoria, in ultima analisi viene <i>sempre salvaguardata la scelta individuale</i> .
STRUMENTI COERCITIVI	Carattere vincolante e massima limitazione della libertà di azione di individui, gruppi e organizzazioni sociali. <i>Ampia libertà del governo</i> (all'interno dei vincoli costituzionali).

Invero, anche questa prospettiva è stata messa in discussione, in particolare dal modello empirico del c.d. “*bidone della spazzatura*”.

Tale modello riflette appunto l’osservazione empirica delle inefficienze e degli esiti deludenti delle politiche/*istituzione* e delle politiche/*decisioni*.

Le ragioni di tale delusione sono molteplici e sono state così elencate.

- 1) Aumento di richieste di “nuovi” diritti e libertà (c.d. “insaziabilità” dell’ “avere” – chiedere – diritti e libertà), enfatizzati rispetto a una qualsiasi etica condivisa (prima di tutto, chiedo e voglio per me, poi provvedo a farmi carico dei doveri).
- 2) Crescite esponenziali di ricchezza materiale a discapito della distribuzione materiale dei benefici di quella ricchezza (c.d. effetto “*Trickle-down*” nel guadagno e nel consumo), con conseguente aumento delle disuguaglianze sociali e della divaricazione della forbice nelle condizioni di vita tra ricchi e poveri.
- 3) Coniugazione dei diritti e delle libertà con la salvaguardia corporativa dei propri interessi “materiali” (la c.d. logica da “*Stakeholder*”, in forza della quale agisco e attivo decisioni politiche se mi “interessa” prima di tutto per salvaguardare quello che ho conquistato e non voglio più perdere, dunque non per solidarietà).
- 4) Attivazione di libertà “energivore” e “tossiche” (ossia sempre più riguardanti materiali difficilmente riciclabili e altamente impattanti sull’ambiente – si pensi al continuo

ricambio dei telefono cellulare oppure al notorio impatto devastante della auto c.d. SUV rispetto a una qualsiasi berlina o sportiva “normale”), che hanno prodotto il c.d. “punto di crossover” nel rapporto tra antropomassa e biomassa (c.d. “disfunzionalità biofisica” delle nostre libertà).

Inoltre, gli esperimenti empirici di “*economia comportamentale*” di Daniel Kahneman hanno dimostrato quanto “irrazionale” sia la “razionalità” umana, soprattutto quando si tratta di accedere al consumo e all’utilizzo delle nostre libertà materiali.

Kahneman ha dimostrato che noi non agiamo sempre e comunque in modo “razionale”, perché spesso prevale, nelle nostre preferenze e scelte, la dimensione “emozionale” del decidere (faccio qualcosa perché mi piace e non perché ho calcolato razionalmente tutti o gran parte degli aspetti positivi o negativi del mio agire ossia della mia politica/*decisione*).

Inoltre, questa “irrazionalità” attiva “euristiche” e “*bias*”, ossia scorciatoie cognitive e false rappresentazioni della realtà, che ci illudono della inoffensività dei nostri comportamenti, inducendoci a ripeterli e persino a consolidarli come abitudini.

D’altra parte, per essere effettivamente “razionale”, ognuno di noi dovrebbe “conoscere” e “comprendere” molte più cose della realtà di quante ne possa semplicemente immaginare con il suo solo “pensare” e questo è abbastanza improbabile che si verifichi (tutti noi siamo “liberi di pensare”, ma non siamo “obbligati” a conoscere e comprendere – quindi a studiare – tutti i fenomeni e i problemi della realtà).

Non a caso, questa “irrazionalità” della politica/*decisione* degli individui alimenta il c.d. “analfabetismo funzionale” delle decisioni (siamo in grado di leggere e scrivere, ma non per questo siamo in grado di decidere in modo informato e consapevole su tutto quello che vogliamo fare leggendo e scrivendo), il c.d. “*effetto Flynn inverso*” (il nostro Quoziente Intellettivo tende a diminuire man mano che noi rinunciamo a studiare per conoscere e comprendere la complessità del mondo che ci circonda), sino al trionfo della c.d. “curva dell’ignoranza” o di “*Dunning-Kruger*” (decido in base alle poche conoscenze e comprensioni che detengo, assumendo le stesse come unità di giudizio e valutazione anche delle cose che non conosco e non comprendo, sicché assumo la mia ignoranza come conoscenza di tutto).

Siffatti paradossi valgono anche per la politica/*istituzione*, giacché pure i decisori politici sono vittime delle proprie “euristiche” e di propri “*bias*”.

Su questo piano, però, i paradossi si manifestano con effetti ancora più eclatanti su due fronti:

- il c.d. “paradosso dell’incompetenza” o “*di Peter*”, basato sul fatto che la selezione (elettiva o c.d. “meritocratica”) dei decisori politici, pur basandosi su una qualche “competenza” (e conoscenza) acquisita, dovrà poi operare in ambiti molto più complessi e articolati, interni alla politica/*istituzione*, nei cui riguardi non necessariamente si detengono competenze e competenze altrettanto acquisite (per esempio: l’essere un medico “competente” non fa dello stesso un altrettanto “competente” Ministro della salute, dato che il medico non ha studiato diritto, non sa leggere un bilancio, non conosce la struttura amministrativa dei processi decisionali del Governo ecc...);

- il (già accennato) modello del c.d. “*bidone della spazzatura*” (“*Garbage Can Model*”).

Quest’ultimo è il più significativo di tutti, in quanto sintetizza il fatto che qualsiasi politica (*istituzione e decisione*), in un contesto sempre più complesso e caotico come quello delle società contemporanee, non può mai essere del tutto razionale, perché incapace di mettere in ordine e prevedere gli impatti delle proprie azioni su tutte le componenti della complessità sociale.

La teoria nasce tra gli anni ’70 e ’80 del Novecento, ma mantiene intatta la sua attualità.

Con essa, infatti, viene messa in discussione la “logica della consequenzialità”, che è alla base della visione novecentesca dell’essere umano come attore razionale, considerato capace di

prevedere e calcolare *ex ante* il valore atteso delle varie alternative, secondo la logica della consequenzialità e dell'apprendimento per prova-errore, base anche delle accennate teoria della *Public Choice*.

Michael D. Cohen, James C. March e Johan P. Olsen, autori del “*Garbage Can Model*”, hanno dimostrato, anche attraverso esperimenti empirici, quanto, in una realtà complessa per numero di questioni da risolvere, quantità di informazioni e conoscenze da acquisire e pluralità di interessi e utilità contrapposte, gli eventi siano difficili da osservare con precisione o da comprendere interamente e ancor meno da prevedere sulle conseguenze su di essi delle nostre decisioni. Di fatto, le informazioni di cui dispongono i decisori sono sempre incomplete, se non addirittura deformate. Spesso i decisori raccolgono informazioni e non le usano. Ne chiedono ancora di più e le ignorano. Molto frequentemente, prima decidono e poi cercano le informazioni cruciali per giustificare le decisioni. E se sbagliano, piuttosto che imparare dall'errore, preferiscono non agire più su quel fronte che ha prodotto il loro sbaglio, in modo da non perdere consenso o sottoporsi ad altre critiche. Oppure imputare ad altri i propri errori.

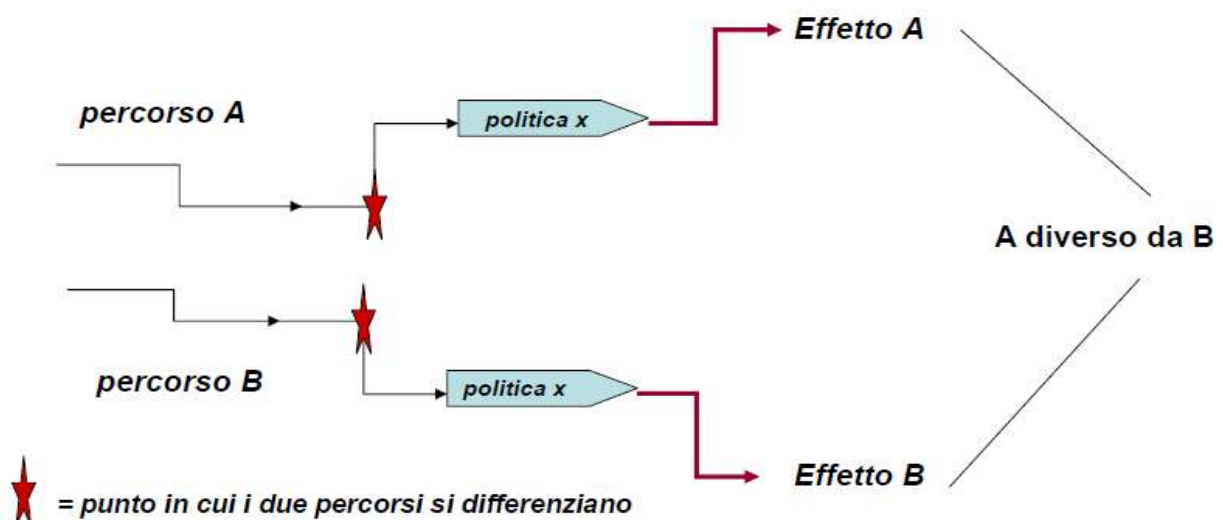
In questa prospettiva, i decisori non fanno mai tesoro dei propri sbagli e agiscono assecondando il c.d. “*Hot-Stove Effect*”: il gatto che salta su una stufa bollente per rubare l'arrosto si scotta e non ci salta più, perdendo così l'occasione di saltarci su in seguito e prendersi l'arrosto quando la stufa sarà fredda, imparando appunto dagli errori.

Tutti noi conosciamo il detto “sbagliando si impara”: Cohen, March e Olsen hanno dimostrato che, nella realtà della politica/*istituzione e decisione*, questo raramente avviene.

Insomma, le decisioni, nei contesti di complessità di informazioni e conoscenze, tendono alla semplificazione, producendo errori, effetti “irrazionali” e, soprattutto, altrettanto “irrazionale” mancato apprendimento dagli errori già commessi (il richiamato c.d. “*Hot-Stove Effect*”).

Ecco allora che esiti delle decisioni, più che da una razionalità preconstituita, sono condizionati dalla strada imboccata al momento delle scelte effettuate, che condizioneranno per sempre il futuro di ulteriori scelte del decisore.

S. Bowles e H. Gintis hanno raffigurato questo paradosso con il seguente schema a biforcazione. Ognuno può intraprendere una strada, ma se sbaglia su quella strada non torna indietro: semplicemente continua senza far tesoro degli errori.



Una simile teoria spiegherebbe le difficoltà a cambiare da parte dei decisori nelle organizzazioni complesse e la persistenza di cattive abitudini di comportamento e azione di ciascuno di noi, nonostante gli errori che le stesse hanno dimostrato di produrre.

Il fenomeno è reso anche con la formula “*Path Dependency*” (“dipendenze” di abitudini “politiche” e di prassi decisionale, che resistono al cambiamento).

Questa patologia comportamentale, nei sistemi democratici, è considerata alla base

- sia della c.d. “mediocrazia” ossia della corrispondenza di consenso tra elettori ed eletti, entrambi “mediocri” nei rispettivi livelli di conoscenza e comprensione della complessità della realtà e delle insidie della irrazionalità delle decisioni (del resto, solo “mediocri” possono prestare credito ad altri “mediocri”);
- sia dei c.d. “populismi”, dove si ricerca il consenso democratico proclamando soluzioni facili e sicuramente efficaci di problemi complessi e si attribuisce sempre ad altri, e mai alle proprie incompetenza (inevitabili, dato il citato “*paradosso di Peter*”) il fallimento o l’irrazionalità delle proprie decisioni.

Come si vede, tutto questo non ha nulla di razionale o logico, ma attesta soltanto il condizionamento che la complessità della realtà produce sul decisore.

Per questo, Cohen, March e Olsen utilizzano la metafora del “bidone della spazzatura”: così come non c’è nessuna relazione strutturale e sistemica tra i comportamenti di ciascuno di noi nel “buttare la spazzatura” e ciò che finisce dentro il bidone della spazzatura, il cui contenuto finale dipenderà esclusivamente da quando passerà il carro che lo svuota, allo stesso modo non c’è nessuna relazione organica, strutturale e volutamente razionale, tra le componenti che confluiscono in un processo decisionale (i problemi, gli interessi, il consenso ecc...) e le soluzioni finali effettivamente adottate.

Forte di questo paradosso, si è arrivati a sostenere che gli stessi programmi elettorali, con cui si ricerca il consenso “razionale” degli elettori, siano – alla prova dei fatti – delle grandi illusioni (lo riconobbe senza scrupoli il Presidente della Repubblica francese Jacques Chirac).

È solo il fattore tempo a determinare l’amalgama caotico ed emotivo di quel miscuglio di problemi, soluzioni e attori che darà luogo alle decisioni.

In tale prospettiva, è la casualità temporale a segnare il percorso decisionale. Questa casualità è definita da Cohen, March e Olsen “concomitanza temporale”: nel processo a “bidone della spazzatura”, gli arrivi delle occasioni di scelta, dei problemi, delle soluzioni e dei decisori non sono premeditati, ma risultano regolati dal tempo. Di conseguenza, problemi e soluzioni non sono connessi affatto da un qualche collegamento razionale mezzi-fini, ma dalla loro concomitanza temporale.

Detto altrimenti, sarebbero le “occasioni” fornite dalle circostanze temporali a mettere insieme decisori, problemi e soluzioni.

D’altra parte, in una realtà complessa, tutto diventa difficile. La concentrazione razionale del decisore nel programmare mezzi e fini si dimostra, alla prova dei fatti, velleitaria e volatile, perché condizionata appunto dalle circostanze e dalla molteplicità dei fattori, che la politica/*istituzione* e la politica/*decisione* si trova a dover affrontare.

In simili condizioni, come si può pensare di essere razionali su tutto e prevedere tutto come conseguenze del proprio agire?

Meglio, allora, affidarsi al tempo, ossia alle circostanze che il tempo offre come opportunità di risolvere problemi e prendere decisioni.

Insomma, meglio cavalcare la contingenza invece di pianificare il futuro.

Le circostanze che favoriscono questo appiattimento sul tempo presente possono essere di qualsiasi natura:

- si può trattare di una tornata elettorale, che impone di precisare che cosa si intende fare su un dato tema;
- può essere l’opportunità di partecipare a programmi, anche internazionali, che prevedono l’erogazione di risorse;
- può essere un evento che attira l’attenzione dell’opinione pubblica su un tema;
- può essere uno scandalo che richiede un qualche tipo di intervento.

In definitiva, le relazioni tra i decisori, i problemi e le soluzioni diventano casuali e opportunistiche, non lineari e addirittura incoerenti.

Insomma la teoria del “bidone della spazzatura” porta alle estreme conseguenze la dimensione “contingente” e meramente regolativa della politica contemporanea, ormai separata da qualsiasi dimensione o proiezione escatologica e trascendente.

Nonostante possa apparire paradossale, questa teoria coglie il problema della difficoltà reale del decidere all’interno di un contesto altamente complesso e caotico, come quello contemporaneo.

Non sempre si decide, perché si ha un obiettivo chiaro. Non sempre si decide, perché si sta scegliendo razionalmente. Spesso si decide perché il tempo (la “concomitanza temporale”) offre occasioni od opportunità, reputate utili al di là di qualsiasi logica precostituita di mezzi-fini.

In questo modo, tutto ciò che è complesso e complicato, invece di essere affrontato in modo ordinato, programmato e razionale, è governato di volta in volta in base a occasioni e opportunità, senza necessarie coerenze.

In assenza di coerenze, hanno facile gioco i meccanismi di condizionamento e di pressione degli interessi, come ad esempio il *lobbying* dei grandi interessi economici.

Si spiega così anche il fenomeno della c.d. “cattura” del decisore politico ovvero la subordinazione della politica/*istituzione* alla costante pressione quotidiana e contingente degli interessi coinvolgibili dalle decisioni da prendere.

Tale scenario è stato addirittura fatto oggetto specifico di studio costante, all’interno del “*Santa Fe Institute*”, che, nel 1984, ha promosso il programma “*Searching for Order in the Complexity of Evolving Worlds*” (<https://www.santafe.edu/>). Il proposito è stato proprio quello di osservare come i decisori colgano le opportunità che il tempo offre loro, indipendentemente dalla coerenza delle loro decisioni nel tempo o rispetto ai fini enunciati (come, per esempio, i programmi elettorali) o ai valori richiamati.

Appare evidente come un tale approccio possa far degradare la politica in opportunismo (cogliere le occasioni che si presentano per trarne vantaggio), in clientelismo (cedere alle pressioni di “cattura” del decisore) e addirittura in populismo (assecondare gli umori degli elettori, indipendentemente dalla coerenza con programmi o valori, ai quali ci si era dichiarati vincolati). Non a caso, la politica di oggi, sia come *istituzione* che come *decisione*, offre ricorrenti scenari di opportunismo, clientelismo e populismo.

LA PROSPETTIVA EUROPEA DELLA POLITICA RISPETTO ALLA COSTITUZIONE: INDIRIZZO MASSIMO DELLO STATO SUI PRIVATI

Come si può notare, queste scansioni anglo-americane in tema di politica/*istituzione* e politica/*decisione* garantiscono un livello più profondo di analisi realistica dei processi politici di decisione rispetto al diritto. Del resto, esse riflettono la propensione analitica e pragmatica, tipica del mondo anglosassone.

Diverso, come detto, è stato il contesto europeo, dove, al contrario, il termine politica non ha conosciuto una scansione così puntuale di distinzione, come nel mondo anglo-americano.

Nell’Europa continentale, si riscontrano due tendenze storiche prevalenti:

- quella tedesca, resa con il termine *Politikum* (parola di genere neutro e quindi onnicomprensiva);
- quella italiana, dove nasce il termine “*indirizzo politico*” inteso come “funzione” e come “azione”.

Con entrambe si intende affermare che la politica è, prima di tutto, una “volontà che si impone” (*voluntas*) al di là della razionalità di mezzi e fini (*ratio*): *stat pro ratione voluntas*.

A)

Politikum è un termine molto forte per indicare che “politica” è qualsiasi decisione che risolve conflitti tra soggetti politici (cittadini, gruppi, organi, Stati ecc ...). Politica diventa quindi sinonimo di “decisione pura”. In questa prospettiva, tutto è “politica” perché tutto è “decisione”. Tale prospettiva, però, è risultata pericolosa nella storia, perché ha abilitato visioni totalizzanti (e totalitarie) dell’azione politica. Nella prospettiva della politica come *Politikum*, l’importante è decidere, non importa come né che cosa (secondo l’assunto che la peggiore delle decisioni è sempre meglio della migliore delle indecisioni). Ancor meno importa la “irrazionalità” evidenziata dagli studi empirici anglo-americani.

Nella prospettiva del *Politikum*, il problema paradossale della contraddizione tra “razionalità” ed effetti “irrazionali” dell’azione viene completamente rimosso e, con tale rimozione, viene anche ridimensionata l’importanza della Costituzione come parametro della razionalità politica, a garanzia dei diritti e della politica.

Non a caso, questa concezione ha avuto la sua massima rappresentazione nel contesto delle Costituzioni-fondamento e nelle peggiori esperienze totalitarie europee (Nazifascismo e Comunismo staliniano) ed extraeuropee (si pensi ai regimi militari latinoamericani).

Il riferimento teorico più significativo è stato Carl Schmitt.

Si tratta, quindi, di una visione sostanzialistica, che prescinde dalle procedure, dai contenuti, dai vincoli e dai limiti eventualmente previsti dal diritto. Occulta anche i fisiologici paradossi dell’esperienza umana. Non a caso, si riconosce nel mito dell’ “uomo-provvidenza” e del “Capo che ha sempre ragione” (si pensi alla formula fascista *Dux mea lux* oppure a quella comunista del “migliore” al comando).

Nella visione del *Politikum*, la politica prevale e viene prima della Costituzione, la cui funzione non è quella di limitarla nei modi, nelle forme e nei contenuti, ma solo di legittimarla nell’azione (per l’appunto, in una concezione della Costituzione come “fondazione” della politica, e non come sua “limitazione” a tutela di diritti e libertà).

Essa, inoltre, identifica la politica nello Stato come entità identitaria di un popolo (nella visione tedesca, l’identità del “*Volk*”), sicché lo Stato – con i suoi organi – deve prevalere sulla società e sui singoli individui (si parla, così, di Stato “organico”, Stato “etico”, Stato “macchina”, insomma lo Stato come il leviatano hobbesiano che comanda e protegge il suo popolo).

Infine, la concezione del *Politikum* ha alimentato anche la rappresentazione dei rapporti internazionali fra Stati in termini di *Realpolitik*, ossia non come cooperazione con gli altri, bensì come opposizione verso gli altri, anche attraverso l’uso della forza, ai fini del mantenimento degli interessi dello Stato e a discapito di qualsiasi altra considerazione o valutazione (profilo tristemente riemerso nella storia contemporanea con riguardo al ruolo della Corte Internazionale di Giustizia e alla Corte Penale Internazionale – istituzioni depositarie della razionalità del diritto e della politica “limitate” dai diritti e dalle libertà – messe in discussione in nome del primato della “forza” e della “identità”).

B)

Il concetto di “*indirizzo politico*” nasce, invece, in Italia sotto l’influenza della visione totalizzante tedesca e non a caso anch’esso si sviluppa durante il fascismo.

Indirizzo politico significa fundamentalmente “funzione” di decisione e “azione conseguente”. Esso vuole significare che, al di là della formale divisione dei poteri pur mantenuta, è sempre necessaria, in una qualsiasi organizzazione complessa, una “sintesi unitaria” di decisione che prevalga sui vari poteri, in nome della “unità” di uno Stato o di un popolo e per evitare qualsiasi “stallo” della comunità (si pensi ai “poteri di emergenza”). Tale “funzione” – non prevista formalmente ma sostanzialmente prodotta dall’azione di un titolare di potere – è qualificabile come “indirizzo politico”, perché deriva appunto dall’esercizio di una decisione che definisce la

“direzione” che l’azione di tutti gli altri poteri deve prendere per risolvere problemi che i singoli organi, con le loro ordinarie funzioni, non sono in grado di affrontare.

In tal senso, la semantica di “indirizzo politico” si avvicina a quella inglese di “*Politics*”, ma si differenzia da questa perché può persino ammettere di andare oltre o contro la Costituzione (quindi, oltre la *Polity*)

Durante il fascismo, questa idea di “sintesi” venne fatta coincidere con la figura del “Duce”.

Idee analoghe si diffusero in Spagna, Portogallo, Romania, Polonia, America latina (con le idee del “*Conducator*”, del “*Conducădor*”, del “*Pilduskismo*”, della “*Caudillaje*” ecc ...).

Insita, nella prospettiva dell’ “indirizzo politico”, è la presunzione che l’azione personale del titolare di un organo (come appunto il Capo di un Governo) faccia nascere una specifica “funzione” che prevale – di fatto – su quelle formali attribuite dalle Costituzioni agli organi in generale (esecutivo, legislativo, giudiziario).

Si tratterebbe, pertanto, di una “quarta funzione”, sostanziale prima ancora che formale e legittimata non da una norma specifica bensì dalle circostanze di fatto, in nome delle quali intervenire.

I prodromi italiani della funzione di “indirizzo politico” sono stati rappresentati dalle prassi statutarie dei “pieni poteri” e della “decretazione d’urgenza”, nel periodo statutario soprattutto della crisi di fine secolo (Ottocento).

Tuttavia, tale termine è utilizzato ancora oggi in Italia, per esempio per giustificare alcuni “comportamenti” di organi titolari di funzioni specifiche, la cui attività, però, condiziona la divisione dei poteri. In tale prospettiva, “indirizzo politico” è diventato sinonimo di un’attività trasversale e interferente con gli altri organi. Si pensi al Capo dello Stato, ad esempio nella vicenda italiana della formazione del Governo Conte, quando il Presidente Mattarella si è rifiutato di accettare la proposta di nomina del Prof. Savona a Ministro dell’Economia. La Costituzione attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di nomina, ma la sua azione concreta ha condizionato e interferito sulla dinamica tra governo, parlamento, partiti.

Oggi, pertanto, il concetto di “indirizzo politico” spesso coincide con attività che “interferiscono” sulle formale divisione dei poteri.

Dal confronto tra panorama anglo-americano e panorama continentale europeo (e latinoamericano) emerge una conclusione importante.

Mentre nella prospettiva anglo-americana, la distinzione tra *Polity*, *Politics* e *Policy* ha consentito di scandire le differenze tra le diverse modalità di manifestazione della politica (politica/*istituzione* e politica/*decisione*) e di scoprire la non necessaria corrispondenza tra razionalità della politica e razionalità costituzionale (con gli esiti irrazionali delle decisioni apparentemente razionali), la prospettiva continentale del *Politikum* e dell’ “indirizzo politico” ha abilitato una concezione della politica come primato della volontà di qualcuno (lo Stato o il Capo di un governo) sulla razionalità, anche a costo di non rispettare regole, principi e diritti indicati nella Costituzione e di interferire con gli altri organi e con la divisione dei poteri.

Sulla base di questa distinzione, lo storico costituzionale tedesco antinazista Gerhard Ritter, esiliato in Inghilterra dalla Germania nazista, parlerà di “*volto demoniaco del potere*” con riguardo alla visione continentale europea della politica, rileggendo altresì le categorie machiavelliche dei fini e dei mezzi della politica come presupposto delle concezioni del *Politikum* e dell’ “indirizzo politico”.

Per Richter, dopo la rottura dell’unità politica europea sotto la Chiesa cattolica di Roma, si affermeranno due percorsi diversi di declinazione del rapporto mezzi-fini nelle decisioni politiche:

- quello c.d. “*insulare*” (ossia inglese), in cui la politica è intesa come un insieme di mezzi al servizio di fini precostituiti e non modificabili, perché condivisi a garanzia di tutti, base

appunto della distinzione tra *Polity*, *Politics* e *Policy*;

- quello c.d. “*continentale*” (ossia dell’Europa continentale), in cui, al contrario, è la politica ad essere intesa come fine in sé, in nome del quale qualsiasi mezzo è giustificabile (secondo la degenerazione machiavellica del “fine che giustifica i mezzi”, sottesa appunto ai concetti di *Politikum* e di “*indirizzo politico*”).

D’altra parte, proprio quella rottura, come ricordato di recente da Albero Donati, ha consentito all’Inghilterra, emancipata dal giogo della Chiesa di Roma, di qualificare la politica non come “potere sulle persone e sulle cose” (presupposto dell’assolutizzazione dello Stato nel continente europeo), bensì come *Government of right*, sistema di regole basato sull’acquisizione, da parte degli individui, della loro “sovranità” in materia religiosa (dunque della propria libertà) e sull’affermazione della *vocatio* ossia della santificazione delle attività terrene come forme responsabili di adempimento della parola di Dio. Pertanto, nel contesto anglosassone, il concetto di politica si affermerà in parallelo con quello di governo “responsabile” a tutela dei *Rights* (dei diritti) degli individui e, per tale motivo, produttivo di regole (*Rule of Law*) in funzione di quei *Rights* sottoposti al medesimo diritto del *Government*: di qui, la distinzione netta, specifica del sistema inglese, tra *Rights* e *Law*.

Un simile percorso non si risconterà nel contesto “*continentale*” europeo, dove, al contrario, permarranno, ancora per lungo tempo (praticamente sino alla Costituzione italiana repubblicana del 1948), concezioni differenti del rapporto individuo-potere, con il riconoscimento del primato dello Stato in quanto “persona giuridica” od “organismo” che dispone delle persone per “diritti derivati” dal suo potere.

LA DECLINAZIONE DEI DIRITTI

Queste ultime precisazioni consentono di comprendere quanto la declinazione del concetto di politica moderna, conseguente alla rottura dell’unità cristiana europea, sia stato intrecciato o meno con il tema dei diritti.

Del resto, giunti a questo punto della nostra comparazione sul rapporto tra politica e diritto nelle Costituzioni e nella constatata differente declinazione della politica/*istituzione* e politica/*decisione* tra contesto angloamericano e contesto europeo, resta da chiedersi se e come questa differenziazione abbia influito appunto nella declinazione dei diritti e delle libertà.

In fin dei conti, si è già osservato, esercitare e rivendicare diritti e libertà costituisce pur sempre una politica, nel senso di decisione, su di sé e per sé, di quello che si pretende sia riconosciuto o tutelato, condizionando di riflesso gli altri.

Questo significa che anche diritti e libertà attivano una forma di potere (come potere privato), che a sua volta può condizionare o incidere su altri, al pari del potere pubblico (si pensi, per esempio, alle libertà economiche).

Anche diritti e libertà sono “politica” (politica/*decisione*, nella classificazione anglo-americana).

Una simile considerazione ha contraddistinto proprio il contesto anglo-americano, dove le libertà private sono assunte come primato della politica/*decisione* che la politica/*istituzione* deve rispettare e garantire (ad esempio, come si è visto, per mezzo delle “politiche pubbliche”).

Lo schema elaborato dal giurista statunitense Wesley Newcomb Hohfeld (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1913), noto come «schema Hohfeldiano», spiega proprio quanto e come questi diritti e libertà si traducano anche in poteri.

Esso, infatti, dimostra che qualsiasi pretesa soggettiva (come politica/*decisione* su di sé e per sé) possa essere ricondotta sempre all’interno di una delle quattro differenti posizioni “elementari” dell’individuo nella relazione con gli altri.

Rivendicare il “diritto di” o la “libertà di” può significare avere:

- una pretesa (pretendere che altri facciano qualcosa per noi: es. diritto allo studio),
- un privilegio (fare qualcosa che altri non possono fare: es. diritto di insegnare),
- un potere (condizionare altri con il mio fare: es. diritto di riunione),
- immunità (impedire che altri facciano qualcosa a noi: es. *privacy*)

Ciascuna di queste posizioni “elementari” produce una corrispondente “negazione” (qualcosa che gli altri “non possono fare”) e una “correlazione” (qualcosa che altri “devono fare”).

Nella realtà, tuttavia, queste posizioni “elementari” non si presentano così nitide e isolate le une dalle altre, per due semplici ragioni:

- perché ognuno di noi vive nella complessità della realtà sociale, dove ogni posizione soggettiva si intreccia con altre in ogni condizione dell’esperienza;
- perché le stesse regole giuridiche, a partire dalle Costituzioni, riconoscono e garantiscono numerosi diritti e libertà, che ognuno di noi utilizza quotidianamente, combinandoli fra di loro.

Questo significa che, nella realtà, tutti i diritti e le libertà operano in una zona di “confine” tra l’una e l’altra posizione “elementare”. Il che spiega i problemi di conflitto tra diritti e la conflittualità anche sociale sul loro significato.

Si pensi, per tutti, al tema del “diritto alla salute”. Che cosa significa la sua rivendicazione?

Una pretesa (pretesa di ricevere cure)?

Oppure un potere (la volontà di curarsi: c.d. autodeterminazione)?

Oppure ancora una immunità (impedire che altri decidano sulla nostra salute)?

E che cosa significa la definizione costituzionale italiana dell’art. 32 «*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo (= potere?) e interesse della collettività (= ??) e garantisce cure gratuite agli indigenti (= pretesa?)*»?

Inoltre, che ogni diritto o libertà operi in una zona di “confine”, dipende anche dalle “concezioni” che ciascuna persona – nella sua opinione – può avere dei “concetti” espressi dalle parole che identificano quel diritto o quella libertà: concezioni, si è visto, che possono essere frutto di “euristiche” e “*bias*” che alimentano “analfabetismo funzionale”, “*effetto Flynn inverso*” e “curva dell’ignoranza”.

Del resto, come si è già visto, nella tradizione giuridica occidentale, diritti e libertà “appartengono” a ciascuno indipendentemente da “concetti” o “concezioni” imposte da una qualsivoglia entità trascendente o escatologica.

Nella tradizione giuridica occidentale, diritti e libertà rappresentano il trionfo della dimensione “dossologica” dell’essere umano, ossia il trionfo del “pensare” che cosa si vuole di sé e degli altri, indipendentemente dal conoscere e comprendere la complessità della realtà e le conseguenze del proprio agire su quella realtà.

In pratica, diritti e libertà sono ad altissimo tasso di potenziale irrazionalità.

Questa assolutizzazione dell’individuo è estranea alle altre tradizioni giuridiche, diverse da quella occidentale, in ragione del fatto che tutte le altre sono fondate sullo statuto “personale” del diritto (nel senso che le regole di quelle tradizioni vincolano l’individuo in quanto tale, indipendentemente dagli spazi e dalle condizioni sociali in cui vive) in proiezione escatologica (ossia in ragione della “missione” che l’individuo è chiamato a svolgere secondo quella tradizione, per esempio religiosa come nel caso dell’Islam) e non invece in proiezione esclusivamente mondana, individualistica e dossologica.

Nel contesto continentale europeo, poi, il tema dei diritti e libertà è stato inquadrato diversamente dalla prospettiva Hohfeldiana.

Soprattutto dopo le Costituzioni del secondo Novecento, Costituzioni-limite, la qualificazione di diritti e libertà ha riguardato la loro “dimensione”.

Fin dove si estendono diritti e libertà?

Qual è la soglia di loro azione, che i poteri non possono oltrepassare o comprimere? A queste domande lo “schema hohfeldiano” dei contenuti “elementari” non fornisce risposta, lasciando ai privati stessi la ricerca di un “equilibrio” fra i vari diritti/libertà e le varie persone che li utilizzano.

Esso, infatti, consente semplicemente di individuare l’elemento identificativo di un qualsiasi diritto o qualsiasi libertà, isolatamente o in una delle quattro combinazioni “elementari” che lo possono caratterizzare.

La domanda che, invece, ci si pone con le Costituzioni-limite del secondo Novecento è quella di comprendere quale sia l’estensione che ciascun diritto o ciascuna libertà debba avere, al fine di poter essere esercitata senza che il potere lo limiti o lo ostacoli o che altri soggetti ne impediscano la realizzazione o ne abusino.

Questo aspetto riguarda qualsiasi diritto o libertà, indipendentemente dall’appartenenza di ciascuno a una delle c.d. “generazioni” che l’hanno prodotto.

Inoltre, oggi, questo tema diventa importante, anche per affrontare il problema della tutela delle generazioni future (come adesso riconosciuto con il riformato art. 9 della Costituzione italiana), dato che interrogarsi sulla “dimensione” di libertà e diritti significa anche chiedersi se la stessa potrà essere garantita nel tempo futuro, per chi verrà dopo di noi.

Nel panorama comparato, si riscontrano fondamentalmente tre modelli di identificazione di tale “dimensione”: quello statunitense, quello italiano e quello tedesco.

Il primo, che trova riscontro nella Costituzione degli Stati Uniti d’America, sostanzialmente non fornisce risposte alla domanda (in linea, del resto, con la prospettiva anglo-americana della politica e lo stesso schema Hohfeldiano), lasciando che diritti e libertà di ciascuno risultino il più ampiamente espandibili senza interferenze del potere (è la c.d. dottrina delle “*preferred freedoms*”). Di conseguenza, la dinamica della loro estensione è affidata alla libertà stessa dei privati (e del mercato, nella logica della “*Public Choice*”). Il che significa che ognuno è potenzialmente libero di fare tutto quello che vuole senza limiti e senza interferenze del potere pubblico, anche se poi, nella realtà, tale illimitata possibilità risulterà condizionata da fattori personali e materiali (a partire dalla capacità economiche di esercitare illimitatamente tutte le libertà), i quali non consentono a tutti effettivo pari esercizio e svolgimento di tutto quello che si vuole fare. In ogni caso, nella prospettiva statunitense, è comunque sempre meglio la libertà individuale, anche se non pienamente esercitabile allo stesso modo da tutti, che l’interferenza del potere pubblico su di essa in nome di qualsiasi ragione di uguaglianza che, alla fine, produrrebbe comunque condizionamenti e controlli sugli individui.

Il secondo modello è quello introdotto dalla Costituzione italiana con gli artt. 2 e 3, dove si proclamano i diritti “inviolabili” della persona umana, dunque di chiunque, ma si afferma pure che tali inviolabilità devono essere coniugate con i “doveri inderogabili di solidarietà” e anche all’interno delle “formazioni sociali”, ossia nei rapporti con gli altri, verso i quali praticare costantemente i tre principi fondamentali della Costituzione del “*riconoscere e promuovere*” diritti e libertà a tutti e del “*rimuovere*” ostacoli di fatto che li impediscano. Il modello, pertanto, è diverso da quello statunitense, perché affida alle relazioni sociali tra gli individui il dovere reciproco di definire la dimensione dei diritti e delle libertà di tutti, secondo una prospettiva di uguaglianza sostanziale e solidarietà tra persone (come appunto indicato dall’art. 2 secondo comma della Costituzione).

Il terzo modello è quello che si legge nell’art. 19 della Costituzione tedesca, in cui si parla di “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali, che tutti i poteri devono rispettare. Questo modello è diverso da quello italiano, in quanto non affida alle formazioni sociali e alle relazioni

sociali la ricerca costante delle dimensioni di diritti e libertà, ma mira a identificare un nucleo indefettibile di contenuto di ciascun diritto e ciascuna libertà, da garantire per tutti e per sempre nel tempo. Come costruire questo nucleo indefettibile è stato stabilito a partire da una importante sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1958 (Sentenza “*Lüth*”), con la quale il giudice tedesco ha sostanzialmente scandito i fattori costitutivi di questo contenuto essenziale, individuati nei seguenti elementi:

- *Drittwirkung* ossia la circostanza che il contenuto essenziale di diritti e libertà deve essere rispettato in modo “orizzontale” da tutti, ovvero sia nei rapporti tra individui che nei rapporti tra individui e poteri pubblici di qualsiasi natura;
- *Leistungsrechte*, nel senso che tutti i diritti e le libertà richiedono “prestazioni” e doveri, da parte di altri soggetti (pubblici e privati), per consentirne la pratica;
- *Verfahrensrechte*, nel senso che tutti i diritti e le libertà richiedono che le decisioni su di essi siano assunte in modo corretto, attraverso “procedimenti” di coinvolgimento di chi è titolare di quei diritti e quelle libertà;
- *Schutzpflichten*, nel senso che tutti i poteri pubblici hanno il dovere di “proteggere” i diritti e le libertà da qualsiasi abuso altrui o da qualsiasi interferenza di altri poteri pubblici e privati;
- *Teilnahmrechte*, nel senso che tutti i diritti e le libertà sono fra di loro intrecciati e quindi nessuno può essere considerato isolatamente ma in un quadro d’insieme, in quanto parti dello *status* dell’individuo all’interno della comunità.

Questa scansione tedesca così puntuale della dimensione dei diritti e delle libertà si spiega come reazione alla drammatica esperienza del Nazismo e alla conseguente necessità di dettagliare nel modo più chiaro e rigoroso possibile i contenuti comuni di tutti i diritti e le libertà e le condizioni irrinunciabili per il loro esercizio e l’interferenza su di essi da parte dei poteri altrui, pubblici e privati.

L’approccio tedesco ha finito con l’influenzare l’itero dibattito continentale europeo sulla “dimensione” (e i contenuti necessari) dei diritti e delle libertà rispetto a qualsiasi forma di potere, tant’è da trovare poi riscontro in diverse altre esperienze europee e all’interno dello stesso diritto europeo, con l’art. 52 n.1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (c.d “Carta di Nizza-Strasburgo”).

Esso, poi, si è evoluto come strumento di salvaguardia del principio, inaugurato dalla Costituzione italiana del 1948, della tutela della “dignità” della persona umana, sia nella sua dimensione individuale di singolo essere vivente (come affermato dalla Costituzione tedesca) sia nella sua dimensione sociale di pari possibilità di scelta uguale per tutti (come riconosciuto dalla Costituzione italiana all’art. 3).

Tuttavia, la pretesa che diritti e libertà detengano “dimensioni” e contenuti che i poteri pubblici non posso scalfire ha provocato pure un ulteriore effetto “irrazionale” di questa “razionalità” costituzionale: il fenomeno della c.d. “insaziabilità”, giacché si rivendicano sempre più libertà e diritti particolaristici e settoriali o sempre più estese “dimensioni” di tutela di diritti e libertà già acquisiti, di fronte alle quali il potere politico pubblico finisce col decidere sempre meno per non interferire.

Si assiste, in questo modo, a un nuovo campo di tensione tra “razionalità” e “irrazionalità”: l’espansione della “sfera dell’indecidibile” da parte della politica/istituzione a favore del “potere” degli individui, che “decidono” sui propri diritti e libertà; in una parola, si assiste al restringimento della politica/istituzione a favore dell’ampliamento costante della politica/decisione dei privati.

Questo percorso di affermazione del potere privato (infarcito di diritti e libertà) a discapito del potere pubblico (ancorché legittimato democraticamente) è alla base di ulteriori problemi della

convivenza politico-costituzionale contemporanea: dalla crisi della rappresentanza politica (si “crede” sempre meno al mandato elettorale democraticamente conferito, perché comunque si preferisce attivare altri canali di rivendicazione e tutela delle proprie pretese) al c.d. “neo-feudalesimo” costituzionale (si utilizza la Costituzione come strumento a proprio vantaggio – di proprie politiche/*decisione* – invece che a vantaggio di tutti).

LE LEGGI «FERREE» DEL RAPPORTO TRA DIRITTO E POLITICA

Questa lunga rassegna di confronti, fra contesti diversi e tradizioni giuridiche differenti, ha fatto emergere alcune variabili determinanti del rapporto tra politica e diritto nel loro “accoppiamento strutturale” dentro le Costituzioni.

Queste variabili determinanti, alla luce dell’esperienza storica maturata soprattutto nel corso del Novecento, possono essere qualificate come vere e proprie leggi “ferree” del rapporto tra diritto e politica.

Le si richiama in sintesi, come riepilogo di quanto analizzato sin qui:

- politica e diritto non sono altro che “far cose con parole e regole”;
- dunque politica e diritto rappresentano fenomeni sociali a riproduzione intellettuale;
- le riproduzioni intellettuali sono state alimentate da “credenze” sull’uso e il significato delle parole;
- queste “credenze” sono state originariamente proiettate su rappresentazioni trascendentali ed escatologiche della vita umana sulla terra e sulla sua “missione”, dipendente da una volontà ultraterrena o comunque eteronoma rispetto alla volontà umana del singolo;
- questo processo storico ha contraddistinto e contraddistingue ancora oggi le diverse tradizioni giuridiche operanti nel mondo;
- tuttavia, solo la tradizione giuridica occidentale (di *Common Law* e di *Civil Law*) si è emancipata da questa trascendenza, a seguito della riforma protestante e della rottura dell’unità della *Res Publica Christiana*;
- dall’ “armonia” del mondo europeo sotto l’egida del potere spirituale e temporale della Chiesa cattolica di Roma si passa progressivamente all’affermazione del “*consensus*” come presupposto della vita sociale terrena, indipendentemente dalla Chiesa cattolica di Roma;
- di qui l’insorgenza delle Costituzioni moderne, appunto come “*consensus*” contingente e mondano di individui o comunità, in ragione non di una precostituita “missione” escatologica, bensì di una condivisa “vocazione” su fini, mezzi, condizioni e modalità dello stare insieme;
- ecco perché le Costituzioni moderne rispondono sempre alle tre domande *perché-che cosa-come*, combinandole diversamente a seconda del primato accordato alla libertà e ai diritti dell’individuo piuttosto che al potere, anche quando legittimato democraticamente (come insegnano le due esperienze novecentesche europee della Costituzione di Weimar del 1919 e della Costituzione italiana del 1948);
- ma anche le Costituzioni sono composte di parole e regole, più precisamente parole e regole che producono l’ “accoppiamento strutturale” di politica e diritto, attivato appunto dal “*consensus*”;
- di conseguenza, il presupposto della “credenza” nelle parole e nei discorsi attivati per “*consensus*” permane anche nelle Costituzioni moderne e nella produzione di politica e diritto al loro interno, dando luogo ai quei fenomeni definiti di “teologia politica” e di “*policy Legend*”;
- solo che ora, venuta meno la “missione” comune, l’uso delle parole, nella contingenza della vita terrena degli individui, può produrre effetti differenti a seconda del loro contenuto e del loro uso;
- di qui, alcune costanti nell’uso delle parole in Costituzione, per cui si è potuto constatare storicamente che parole identitarie, utilizzate in politica e diritto, hanno prodotto e producono azioni escludenti così come parole indeterminate hanno abilitato e abilitano ampia libertà di decisione, non facilmente controllabile e quindi con margini di discrezionalità o arbitrio estremamente estesi;

- entrambe, inoltre, hanno favorito e favoriscono una concezione della politica come “volontà” libera nei limiti e nei fini (come attestano la categoria tedesca del *Politikum* e quella italiana dell’ “indirizzo politico”);
- sicché qualsiasi Costituzione, per evitare questa irrazionalità della politica, deve definire bene il sistema delle fonti nella gerarchia, nella competenza tra fonti paritarie e nella interposizione normativa, e deve utilizzare un linguaggio il più semplice e chiaro possibile, riferito a modalità di comportamento razionale comuni a qualsiasi essere umano (*riconoscere, promuovere, rimuovere*, in quanto persona umana);
- e qualsiasi Costituzione, per tutelare diritti e libertà di qualsiasi persona umana, deve anteporre tale tutela al consenso della democrazia (grazie all’insegnamento – negativo – della Costituzione di Weimar e a quello – positivo – della Costituzione italiana);
- e qualsiasi Costituzione, per garantire il rispetto delle libertà e dei diritti di qualsiasi persona umana, deve disciplinare le riserve (di legge, di giurisdizione, di motivazione, di scienza), i rinvii (fissi o mobili), la previsione delle lacune come consenso *pro-libertate*, affermare la legalità come premessa di qualsiasi imposizione personale o patrimoniale;
- ciononostante, la razionalità e la razionalizzazione, prodotte dalle Costituzioni, non immunizzano completamente dalla irrazionalità della politica/*istituzione* (“paradosso dell’incompetenza” e “bidone della spazzatura”) e della politica/*decisione* (“euristiche” e “bias” produttivi di “analfabetismo funzionale”, “effetto Flynn inverso” e “curva dell’ignoranza”);
- questo si spiega anche per il fatto che l’esercizio della politica e del diritto, una volta emancipatosi dalla “missione” trascendente, dovrebbe fondarsi sulla conoscenza e comprensione della realtà terrena e della sua complessità, cosa che – di fatto – non si verifica, prevalendo la dimensione “dossologica” (di opinione *sul* mondo) invece di quella epistemica (di conoscenza *del* mondo);
- anche l’esercizio e la rivendicazione dei diritti e delle libertà costituiscono manifestazioni di politica/*decisione*, per sé e per altri, alimentando un potere privato, che agisce accanto a quello pubblico (come rappresentato dallo “schema Hohfeldiano”), e producendo il problema di quali siano la “dimensione” e i contenuti necessari dei diritti e delle libertà, che il potere pubblico non può oltrepassare (secondo la prospettiva italiana della “inviolabilità” e quella tedesca della “dimensione”), attivando persino processi di “insaziabilità” (si rivendicano sempre più libertà e diritti particolaristici e settoriali) e dell’espansione della “sfera dell’indecidibile” da parte della politica/*istituzione* a favore del “potere” degli individui.

Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sulla differenziazione tra politica/istituzione e politica/decisione, si v.

S. Lukes, *Il potere. Una visione radicale*, trad. it., Milano, Vita e pensiero, 2007.

Sulla distinzione tra “fini”, “scopi” e “compiti” dello Stato rispetto alla Costituzione, si v.

E. Di Salvatore, *L’evoluzione dei fini e dei compiti dello Stato e il dovere di protezione dei diritti fondamentali*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 1, 2024.

Sulla evoluzione anglosassone della distinzione tra *Polity*, *Politics* e *Policy*, si v.

A. Gröbner, *Policies, Politics, and Polity*, in *Systems Research & Behavioral Science*, 27(4), 2010;

A.J. Heidenheimer, *Politics, Policy and Policity as Concepts in English and Continental Languages: An Attempt to Explain Divergences*, in *The Review of Politics*, 48(1), 1986;

K. Palonen, *Four Times of Politics: Policy, Polity, Politicking, and Politicization*, in *Alternatives: Global, Local, Political*, 28(2), 2003.

Sul concetto di politica come *Government of Right* nell’Inghilterra post-riforma, si v.

A. Donati, *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human Rights e Grundrechte*, Milano, Giuffrè, 2002.

Sulle concezioni della politica come “potere” dello Stato, nell’Europa continentale, si v.

E. Kaufmann, *Il concetto di organismo nella dottrina dello Stato del secolo XIX*, trad. it., Seregno, Herrenhaus, 2009.

Sulle origini inglesi del concetto di “politica pubblica”, si v.

J. Shafritz *et al.* (eds.), *Classics of Public Policy*, New York, Pearson Longman, 2005.

Sul tema della correzione degli effetti irrazionali della “Public Choice”, si v.

C. Hood, *Tools of Government*, London, MacMillan, 1983.

Sulle “correzioni” dell’irrazionalità politica secondo Pigou e Coase, si v.

A.C. Pigou, *Economia del benessere*, trad. it., Torino, Einaudi, 1968;

R. Coase, *Il problema del costo sociale*, trad. it., in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 2006.

Sui fallimenti della razionalità della politica/istituzione e sui costi sempre insostenibili della politica/decisione, si v.

S. Bowles, H. Gintis, *A Cooperative Species: Human Reciprocity and Its Evolution*, Princeton, Princeton Univ. Press, 2011;

G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1996:

M.D. Cohen, J.G. March, J.P. Olsen, *A Garbage Can Model of Organization Choice*, in *Administrative Science Quarterly*, 17(1), 1972.

Sul concetto italiano di indirizzo politico e sulla sua matrice fascista, si v.

M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985;

C. Tripodina, *L’ “indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

Sui concetti tedeschi di *Politikum*, *Politik* e *Realpolitik*, si v.

H. Arendt, *Che cos’è la politica (Politik)?*, trad. it., Torino, Einaudi, 1955;

C. Schmitt, *Il concetto di politico*, in Idem, *Le categorie del “politico”*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1984;

F. Trocini, *L’invenzione della «Realpolitik» e la scoperta della «legge del potere»*. August Ludwig von Rochau tra radicalismo e nazional-liberalismo, Bologna, il Mulino, 2009.

Sull’importanza di Machiavelli nella qualificazione della politica come “mezzo” o come “fine”, si v.

U. Dotti, *Niccolò Machiavelli. La fenomenologia del potere*, Milano, Feltrinelli, 1979.

J. Macek, *Machiavelli e il machiavellismo*, trad. it., Firenze, La Nuova Italia, 1980.

Sulla distinzione tra “politica insulare” e “politica continentale” nella storia europea, si v.

G. Richter, *Il volto demoniaco del potere*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1949.

Sul tema della “dimensione” dei diritti, si v.

A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2, 2016.

Sul tema della “insaziabilità” dei diritti, si v.

A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in *Teoria Politica*, 2, 2000.

Sul tema della “sfera dell’incredibile” contrapposta alla “sfera dell’insindacabile”, si v.

M. Bovero, *Che cosa non è decidibile: cinque regioni del “coto vedado”*, in *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, 1(1), 2018.

Sul tema della solidarietà, si v.

L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016.

Quarta conclusione

Quanto emerso dall’analisi comparata consente di comprendere che il rapporto tra diritto e politica in base alle Costituzioni è molto più complesso di quanto si possa immaginare e non corrisponde necessariamente a canoni di razionalità e logicità, soprattutto a partire dalla seconda metà del Novecento e con l’avvento delle Costituzioni-limite, dove diritti e libertà sono riconosciuti alle persone, indipendentemente da qualsiasi condivisione trascendente o escatologica e indipendentemente dalla conoscenza e comprensione della realtà.

Questo non significa che le Costituzioni sono di per sé “irrazionali”.

Vuole dire, piuttosto, che l’ “accoppiamento strutturale” di diritto e politica non dipende solo dalla razionalità delle forme di limitazione, indicate nei testi costituzionali.

La politica/istituzione e la politica/decisione hanno bisogno di altro per limitare ulteriormente la loro “irrazionalità”.

PARTE QUINTA: CONOSCERE CON REGOLE E PAROLE

IGNORANZE E PARADOSSI DEL DIRITTO E DELLA POLITICA

La distinzione tra politica/*istituzione* e politica/*decisione* consente di analizzare anche un ulteriore profilo del rapporto tra diritto e politica all'interno delle Costituzioni: quello del “*come*” si decide per sé e per altri, in un contesto di complessità dove libertà e diritti si traducono anch'essi in poteri privati, che rivendicano “dimensioni” e contenuti, su cui far valere la “sfera dell'indecidibile” del potere pubblico.

Il tema del “*come*” decidere costituisce l'oggetto degli studi sulla c.d. “scelta sociale”.

Nella prospettiva individualistica e “dossologica” della tradizione giuridica occidentale, ognuno di noi è libero nelle proprie preferenze e scelte, a partire dalla “preferenza” tra le “divinità” cui credere (libertà religiosa) e dalla “scelta” se credere o meno.

Per questo, nella tradizione giuridica occidentale, ogni libertà è qualificata sia in senso “positivo” (libertà di pensare e fare) che in senso “negativo” (libertà di non pensare e non fare). Nella tradizione giuridica occidentale non sussiste né l'obbligo di “credere” in qualcosa o qualcuno, né – ancor meno – quello di “conoscere” e “comprendere” la realtà terrena o ultraterrena.

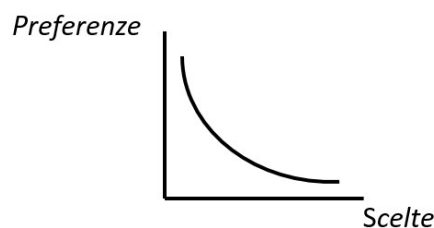
Ognuno è libero di “credere” o “non credere” a qualsiasi cosa.

Per tale motivo, la tradizione giuridica occidentale è “dossologica” nell'esercizio delle “preferenze” e delle “scelte”, nel senso appunto di fondarsi sulla mera opinione individuale del singolo con le sue “credenze”.

Ma che cosa significa “preferenza” e che cosa “scelta”? Davvero la nostra libertà “negativa” e “positiva” dispone di illimitate alternative possibili e concrete, tra cui scegliere, in base solo alle proprie opinioni, e di altrettante opzioni finali tra le preferenze possibili?

Il modello razionalistico del secondo Novecento ha presunto che questa “illimitatezza” fosse reale ed effettiva, confidando ancora una volta nella “razionalità” del soggetto umano.

Da questa presunzione è derivata l'idea occidentale della c.d. “curva di indifferenza”, che descrive appunto il diverso combinarsi di preferenze e scelte che ciascun individuo può sempre razionalmente compiere. Su di essa si fonda anche la visione dell'economia appunto come “scambio razionale” tra preferenze e scelte, da gestire (tra due ipotetici assi) liberamente e in base, solo ed esclusivamente, alle proprie libere opinioni.



Nella realtà, però, questa “curva di indifferenza” tra “preferenze” e “scelte” è una finzione, perché ognuno di noi, nel suo vivere quotidiano, è condizionato da una serie di fattori che limitano od ostacolano le nostre libertà, compresa quella di opinione (basti pensare alla disponibilità economica o agli ostacoli materiali o naturali, che ci impediscono di “fare” o “avere” tutto quello che si vorrebbe nonché all'ignoranza che condiziona le nostre opinioni).

Questo significa che anche le scelte sociali o collettive, dove, in pratica, convergono preferenze e scelte dei singoli individui titolari di diritti e libertà, risentono degli stessi condizionamenti: sicché anch'esse, nonostante la “razionalità” formale – giuridica – dei procedimenti di decisione e deliberazione – dalle procedure di elezione a quelle di discussione, informazione e voto –, finiscono col risultare “irrazionali” o disfunzionali.

Il che ha condotto a un'ulteriore conclusione: come l'individuo non riesce pienamente a

perseguire il proprio interesse personale o privato, per tutte le ragioni che sono state analizzate (dall' "analfabetismo funzionale" all' "effetto Flynn inverso" alla "curva dell'ignoranza", dal "paradosso di Peter" al "bidone della spazzatura"), così un'intera comunità, composta di individui, non realizza pienamente l'interesse collettivo o pubblico perseguito.

Siffatta constatazione ha dato luogo a un importante filone di studio sui paradossi del rapporto tra politica e diritto rispetto alle preferenze e scelte degli individui che insieme decidono che cosa è bene o giusto per tutti e non solo per sé (il c.d. "interesse pubblico" delle decisioni politiche).

I principali contributi da ricordare sono i c.d. "teoremi" sui paradossi decisionali, ovvero:

- il c.d. «teorema di May»;
- il «paradosso di Arrow»;
- il c.d. «Teorema di Gibbart-Satterhwaite».

Tutti e tre dimostrano la difficoltà o impossibilità di perseguire interessi pubblici generali, tenendo conto del rispetto dei diritti e delle libertà di tutti, in quanto condizionati dalle opinioni di ciascuno.

Per comprenderlo, bisogna partire dal concetto di interesse pubblico.

Ancorché la definizione di interesse pubblico possa apparire chiara e comprensibile, è la sua applicazione pratica a risultare contraddittoria e paradossale, soprattutto quando si deve decidere sulla distribuzione di risorse o vantaggi da allocare tra individui o gruppi di individui, in ragione appunto dei loro diritti e delle loro libertà, che – come si è visto – sono differentemente coniugabili ora come privilegi ora come pretese ecc... (secondo il c.d. "schema Hohfeldiano") e rivendicano comunque "dimensioni" e contenuti di tutela, su cui far valere la "sfera dell'indecidibile" del potere pubblico.

Pertanto se, sul piano formale, interesse pubblico dovrebbe significare che qualsiasi scelta politica e giuridica è volta non a un beneficio/interesse proprio e privato, bensì a un fine generale di beneficio per tutti indistintamente, indipendentemente dai singoli e nella sola considerazione astratta dei diritti e delle libertà da rispettare (es. regolare i diritti dei lavoratori, quelli dei consumatori, quelli delle donne, indipendentemente dagli interessi di chi decide, dissociazione che invece non si verifica mai in qualsiasi sistema autocratico o dittatoriale, dove l'Autocrate, il Dittatore, il Capo persegue gli interessi propri e dei suoi seguaci); nella realtà concreta, qualsiasi decisione, finalizzata all'interesse pubblico ma comunque rispettosa delle libertà e dei diritti, produce un "costo", non in termini di "denaro" ma di conseguenze non da tutti ben accolte in nome dei propri diritti e libertà e delle proprie opinioni e "vocazioni" sul mondo.

Ma allora come si fa a decidere senza "favorire" nessuno, appunto al fine di perseguire l'interesse pubblico e generale di tutti?

Il c.d. «teorema di Kenneth May» sostiene che l'unico modo è votare sempre e solo su due alternative di scelta di interesse pubblico (il beneficio *A* vs. il beneficio *B*), in modo che la maggioranza – anche semplice o relativa – chiamata a decidere, nasca comunque come convergenza condivisa la meno condizionata possibile dagli interessi privati dei votanti e quindi la meno lesiva possibile di diritti e libertà del più largo numero di persone. Teoricamente questo è fattibile, ma il «teorema di May» lascia aperto un altro interrogativo: chi decide sulle due alternative di scelta dell'interesse pubblico? Invero, nella pratica giuridica, un'ipotesi binaria come quella di Kenneth May si realizza solo all'interno di un processo davanti a un Giudice, dove si trovano a contrapporsi sempre e solo due parti (l'accusatore e l'accusato oppure il ricorrente e il convenuto) sicché il Tribunale, se collegiale, potrà effettivamente decidere a maggioranza in modo comunque ottimale tra le due opzioni offerte dalle parti (condannare o assolvere l'accusato; dar ragione al ricorrente o al convenuto). Tuttavia, fuori di questo tipo di arena decisionale, è impossibile pensare che le contrapposizioni di interessi, utilità, diritti, bisogni ecc... siano

classificabili sempre e solo (e poi da chi?) in termini binari.

In ragione di tale quesito, il «*paradosso di Kenneth Arrow*» smonta il «*teorema di May*», in quanto osserva che, proprio nelle realtà democratiche, dove tutti, a differenza delle dittature, hanno diritti e libertà di decidere, le scelte non sono mai binarie, ma sempre plurime proprio perché riflettono le diverse combinazioni che nella società si producono tra quei diritti e quelle libertà da parte dei singoli individui; sicché realizzare un effettivo interesse pubblico si rivela “impossibile”, prevalendo, alla fine, sempre e comunque i rapporti di forza degli interessi privati (il c.d. *lobbying*). Arrow conclude che le deliberazioni democratiche non sono mai “dittatoriali” (ossia imposte da qualcuno), ma non per questo “non arbitrarie” (ossia determinate sempre da effettivi obiettivi di interesse pubblico). In democrazia, qualsiasi interesse pubblico è semplicemente “imperfetto” e “insoddisfacente” e, per questo, sindacabile dai cittadini attraverso strumenti paralleli di tutela dei propri diritti (come, per esempio, il ricorso a un giudice). Al contrario, solo nelle dittature, l’interesse pubblico può essere perseguito in modo “perfetto” e “completo” (di qui il “paradosso” denunciato da Arrow, che – tra l’altro – sostanzialmente riflette il detto comune dei nostalgici dei regimi autoritari secondo cui «*si stava meglio, quando si stava peggio, perché ... almeno le cose pubbliche funzionavano*»).

Il c.d. «*teorema di Gibbart-Satterhwaite*» va oltre questo paradosso ed estremizza la tesi di Arrow, constatando due elementi:

- che nelle dittature non è affatto vero che si persegua interesse pubblico “pubblico” o “perfetto”, bensì un interesse privato (quello del Dittatore e della sua cerchia) perseguito attraverso azioni pubbliche, finalizzate a mantenere il consenso verso l’autorità (si pensi alle grandi opere realizzate dal fascismo o dal comunismo per ostentare il potere acquisito);
- di conseguenza, non esiste alcun processo decisionale immune da strategie di manipolazione privata, capace, cioè, di essere totalmente distinto dai metodi di decisione del Dittatore che persegue solo i suoi interessi, giacché qualsiasi deliberazione democratica, in nome delle libertà e dei diritti, non sarà mai del tutto indipendente dagli interessi privati di condizionamento di quelle libertà e di quei diritti.

La conclusione, pertanto, è che l’interesse pubblico, in democrazia, non sia affatto “imperfetto”, ma addirittura “impossibile”, esattamente come in una dittatura.

Com’è evidente, le tre ipotesi sintetizzate estremizzano – proprio in quanto paradossali – le irrazionalità del rapporto tra diritto e politica nella complessità contemporanea.

Esso, però, sono state molto importanti, per sollecitare ulteriori interrogativi di politica costituzionale.

Proviamo a riassumerli.

Se l’interesse pubblico, in nome di libertà e diritti, è “imperfetto” (ipotesi Arrow) o addirittura “impossibile” (ipotesi Gibbart-Satterhwaite), in quanto condizionato dagli interessi privati, indipendentemente se in democrazia o in dittatura, perché non governare e decidere in base solo agli interessi privati, assumendosene la responsabilità?

Questa ipotesi insorge negli anni Ottanta del Novecento, con il dibattito sul c.d. “sovraccarico di domanda” di libertà e diritti nelle democrazie fondate su Costituzioni-limite della politica e del diritto e sarà il punto di partenza, come si vedrà successivamente, del processo di c.d. “privatizzazione” e “semplificazione” delle relazioni sociali e delle decisioni politiche, secondo la razionalità “neo-liberale” del primato appunto dell’interesse privato individuale sul (difficilmente e contraddittoriamente perseguibile) interesse pubblico; anche perché il “sovraccarico di domanda” di libertà e diritti ha prodotto un sovraccarico di “costi” (in termini di tempo, risorse finanziarie, strutture burocratiche di risposta, moltiplicazione di funzioni ecc...)

per soddisfare tutti i diritti e le libertà. Pertanto, la razionalità “neo-liberare” suggerirà che è meglio agire direttamente per interesse privato, che non, invece, “condizionando” deliberazioni democratiche in nome di interessi pubblici “imperfetti” o “impossibili”, a condizione, però, di assumersi la responsabilità diretta di eventuali propri errori: di qui l’idea del “meno” Stato-politica-diritto (attraverso privatizzazioni e semplificazioni) e “più” mercato e società (prodromi della c.d. “globalizzazione” degli scambi), purché “responsabilizzati” nel loro funzionamento (in termini, per esempio, di risarcimento danni, “chi inquina paga”, responsabilità sociale d’impresa, Antitrust ecc...). Dovrebbe risultare evidente che tale prospettiva “neo-liberale” faccia propria la teoria delle “transazioni” di Ronald Coase, portandola alle sue estreme conseguenze: qualsiasi “transazione” fra privati è sempre meglio di qualsiasi decisione dei poteri in nome dell’interesse pubblico.

È sotto gli occhi di tutti che la globalizzazione economico-finanziaria operi secondo questa logica alla Coase.

A sua volta, però, anche la razionalità “neo-liberale” ha destato non pochi dubbi e perplessità. Infatti, all’alternativa “privatistica” (“neo-liberale”) delle decisioni in nome di libertà e diritti sono state mosse due ordini di critiche:

- la prima è di carattere contenutistico;
- la seconda è di carattere funzionale.

La critica *contenutistica* ha osservato che le decisioni politiche e giuridiche in nome dell’interesse pubblico, nel rispetto dei diritti e delle libertà, per quanto contraddittorie o paradossali o condizionate, hanno prodotto comunque risultati positivi per l’intera collettività e non solo per alcuni, in termini, per esempio, di benessere, di accesso ai servizi, di emancipazione sociale, di lotta alle disuguaglianze, di distribuzione della ricchezza. Non hanno garantito tutto o hanno garantito in modo imperfetto, ma pur sempre hanno neutralizzato la sola forza degli interessi privati. Al contrario, affidare la realizzazione di diritti e libertà ai soli interessi privati non abbatte disuguaglianze, ma come minimo le mantiene (se non addirittura le amplifica, come in realtà è successo).

La critica di carattere *funzionale* ha, invece, osservato che anche i processi decisionali dettati dal perseguimento dei soli interessi privati (come per esempio quelli di un’azienda privata o di una università o scuola privata) producono paradossi, contraddizioni e inefficienze simili, se non addirittura identiche, a quelle dei processi decisionali in nome dell’interesse pubblico.

È quanto emerso dal già ricordato modello c.d. “bidone della spazzatura” (“*Garbage Can Model*”) e confermato pure dall’analisi del c.d. “*mercato dei limoni*” di George Akerlof.

Se il primo ha osservato che anche qualsiasi compromesso tra interessi privati produce effetti simili al “paradosso di Arrow” e quindi non migliori di quelli adottati in nome dell’interessi pubblici, l’analisi di Akerlof ha dimostrato che qualsiasi privato, per quanto voglia perseguire nel modo migliore i propri interessi, non dispone mai di tutte le informazioni per fare la scelta migliore, per cui, anche nel suo caso, saranno i rapporti di forza tra interessi privati a condizionare sempre e comunque le migliori intenzioni private, non impedendo, pertanto, risultati sbagliati o vere e proprie “fregature” (c.d. “*mercato dei limoni*” che, negli Usa, significa mercato dell’usato peggiore – dove “*lemons*” significa metaforicamente appunto “fregatura”).

Insomma, decidere nel rispetto di libertà e diritti, che limitano la politica e il diritto ma anche gli interessi privati stessi, è dunque difficile, contraddittorio, persino paradossale, se non addirittura “imperfetto” o “impossibile”.

Ma allora come rimediare a questa condizione di inefficienza del diritto e della politica, visto che sia l’opzione dell’interesse pubblico che quella dell’interesse privato non garantiscono risultati soddisfacenti?

I dibattiti e le esperienze della fine del Novecento e degli inizi degli anni Duemila hanno aperto

nuovi orizzonti per rimediare, evidenziando i tratti comuni delle due prospettive in termini di “triplice costo”, nei significati che seguono:

- tutte le decisioni giuridiche e politiche che devono “rispettare” diritti e libertà sono inefficienti nel garantire e tutelare effettivamente tutto, sicché conviene considerare e quantificare i “costi” che questa mancata efficienza ed effettività produce per quelle situazioni concrete che non risultano “rispettate” (dunque i “*costi di mancato rispetto*” dei diritti e libertà di tutti);
- tuttavia, anche la piena realizzazione di diritti e libertà produce un “costo”, per cui conviene considerare e quantificare anche i “costi” di “rispetto” di diritti e libertà (appunto i “*costi di pieno rispetto*” di alcuni diritti e libertà);
- solo in questo modo, è possibile disciplinare un metodo “prognostico” di analisi di impatto e di “*costi-benefici*” delle decisioni all’interno di una società complessa come quella contemporanea.

Come si vedrà a breve, questa logica ha fondato il c.d. “*Drafting*” formale e sostanziale e i c.d. *L.E.P.*

Tuttavia, pure la prospettiva prognostica in termini di “costi” non è immune da esiti insoddisfacenti. Se è chiaro che i “costi” riguardano sia la realizzazione (il “rispetto”) dei diritti e delle libertà (per es. garantire il diritto alla salute a tutti “costa”) che la loro mancata o parziale realizzazione (il “non rispetto”) (per es. non garantire il diritto alla salute a tutti scarica un “costo” in capo a chi si deve curare), quello che non risulta chiarito è il concetto stesso di “costo”.

La parola “costo” che cosa indica? Il danno? Il prezzo? Il tempo? Cos’altro?

Storicamente si registrano tre figurazioni del “costo” rapportato a diritti e libertà:

- il “costo” equivale al “danno” (si pensi all’inquinamento che danneggia la salute);
- il “costo” equivale al “prezzo” (si pensi all’esborso di denaro per una prestazione sanitaria privata);
- il “costo” equivale al tempo (si pensi ai tempi di emancipazione sociale di un giovane figlio di famiglia povera o immigrata o anche ai tempi delle liste di attesa per l’utilizzo di un servizio pubblico rispetto a quello privato).

Inoltre, c’è un’altra domanda che dobbiamo porci sui “costi”

Essi riguardano solo le libertà e diritti riferiti ai rapporti interpersonali oppure coinvolgono l’intero contesto sociale di ciascun individuo?

Si pensi al “danno ambientale”: che tipo di “costo” è, per esempio, per i bambini di un quartiere inquinato (come il “Quartiere Tamburi” di Taranto)? Solo quello del “danno” alla salute? O anche quello del “prezzo” (per esempio, frequentare una scuola privata lontana dalle ciminiere, nelle cui vicinanze – invece – risiede la scuola pubblica)? O ancora quello del “tempo” (per esempio, riuscire a vendere la propria casa inquinata, per trovarne un’altra in un contesto salubre)?

Proprio questi interrogativi spiazzanti hanno indotto a riconsiderare il tema dei “costi” in una prospettiva non individualistica, al fine di rendere evidente non solo la complessità dei contesti in cui si attivano la politica/*istituzione* e la politica/*decisione*, ma soprattutto per far emergere la considerazione che il concetto di “interesse pubblico”, su cui si sono misurati i paradossi delle scelte collettive, analizzati da May, Arrow e Gibbart-Satterhwaite, può anche essere sostituito da quello di “dovere di solidarietà”, in quanto imposizione costituzionale che limita, a sua volta, non solo il potere pubblico ma lo stesso potere privato, facendo emergere la illegittimità (non costituzionalità) degli interessi, dei diritti e delle libertà che non si fanno carico, per l’appunto, della solidarietà.

In fine dei conti, anche questa è stata un’altra grande e importante novità, introdotta dalla Costituzione italiana: Costituzione-limite fondata proprio sul “dovere inderogabile” di solidarietà (art. 2 Cost.), rafforzato ora dal riformato art. 41 della Costituzione che impone all’iniziativa economica privata di “non recare danno” alla salute e all’ambiente.

Tra l'altro, nella realtà, nessuno di noi esercita diritti e libertà solo per sé, in una dimensione individualistica "isolata" dal mondo (come invece lascerebbero intendere sia lo "schema Hohfeldiano" che la concezione della mera "inviolabilità" dei diritti e delle loro "dimensioni"). Ognuno di noi vive dentro una serie di relazioni sociali con altri. In poche parole, ogni diritto e ogni libertà sono "situati" dentro un contesto ed è quindi il contesto a condizionare anche quei diritti e quelle libertà. Questa condizione "situata" è pure anche ambientale ovvero relazionata ai fattori biofisici di tutto ciò che ci circonda nella nostra esperienza di vita.

Pertanto, i "costi" che si producono su libertà e diritti, o che si devono affrontare per garantire libertà e diritti, non sono solo quelli "propri" di ciascun singolo individuo preso in sé, ma anche quelli del contesto in cui è "situata" la persona che deve essere rispettata per i suoi diritti e libertà. Purtroppo, questi interrogativi sono largamente sottovalutati nel dibattito e nelle pratiche sul "rispetto" dei diritti e delle libertà, attestando una scarsa considerazione del profilo della "solidarietà" come elemento indefettibile della politica/istituzione e della politica/decisione (si pensi a certe rivendicazioni "no-vax", durante la pandemia da Covid-19, che rifiutavano il vaccino in nome della "propria libertà", invece che della solidarietà verso i poveri di altri paesi del mondo, impossibilitati ad accettare o rifiutare altrettanto liberamente quel vaccino).

IL «NUDGING»

In ogni caso, vero è che, con la moltiplicazione "insaziabile" di diritti e libertà, la dimensione "polemogena" (ossia conflittuale perché costantemente insoddisfacente) delle decisioni politiche su di essi è aumentata enormemente, alimentando la ricerca di soluzioni di "compromesso", capaci non di negare le diverse declinazioni delle rivendicazioni private, ma almeno di farle convivere nel modo meno "polemogeno" possibile.

Dal panorama comparato, emergono due prospettive di questo tipo:

- le c.d. tecniche "nudge" (rese celebri dal libro *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, di R.H. Thaler e C.R. Sunstein, del 2008-2021), rivolte prevalentemente ai decisori politici (nel significato inglese di *policy*, ossia di coloro che devono assumere decisioni di azioni) per "evitare conflitti";
- le c.d. tecniche del "bilanciamento", sintetizzate dalla c.d. «formula di Alexy» (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1985), rivolte prevalentemente ai decisori politici (sempre nel significato di *policy*), inclusi i giudici, per "risolvere conflitti".

Vediamo, dunque, come funzionano le logiche dell' "evitare" e del "risolvere" conflitti.

Partiamo dal *nudging*. In estrema sintesi, si tratta di questo.

- È una logica *et-et* e non invece *aut-aut*, in quanto cerca di accontentare tutti, invece che alcuni;
- la sua finalità primaria è quella di "evitare" il maggior numero di conflitti (sia sociali che di contenzioso legale) in nome dei diritti e le libertà di ciascuno;
- mentre la sua finalità secondaria è quella di scongiurare la delegittimazione dello Stato nell'opinione dei cittadini verso il potere pubblico (indipendentemente se democratico o meno).

Tale logica è fondata sulla considerazione che è meglio "sollecitare" comportamenti privati con finalità solidaristiche, invece che "imporli" con espliciti comandi, in modo tale che ciascun individuo sia comunque mantenuto libero nell'auto-determinarsi nelle proprie preferenze e scelte e indotto a maturare altrettanto liberamente la propria opinione di auto-responsabilità sui comportamenti, considerati necessari dal decisore politico.

Essa, pertanto, enfatizza la libertà di opinione individuale sulle proprie libertà e i propri diritti, invece che la condivisione di obblighi e doveri (ciò che può essere, per mia opinione, un dovere, può essere una libertà, per opinione di altri). Inoltre, non pretende sforzi di conoscenza e comprensione dei problemi da parte dei destinatari della decisioni.

Questi ultimi sono “gentilmente spinti” (*nudge*) a fare qualcosa, senza troppi “perché” da affrontare nelle risposte (si pensi agli “incentivi fiscali” per l’acquisto di auto meno inquinanti, cui si accede senza dover necessariamente conoscere e comprendere il complesso problema dell’inquinamento ambientale).

Le critiche mosse a questo approccio sono state fondamentalmente due, partendo dall’assunto – risalente al celebre detto di Kant nella sua “*Critica della ragion pura*” – secondo cui «*pensare non significa conoscere e conoscere non significa comprendere*»:

- il *nudging* enfatizza pur sempre l’individualismo delle opinioni prescindendo dalla conoscenza e comprensione della realtà, il che alimenta quell’ “analfabetismo funzionale” e quella “curva dell’ignoranza”, comunque dannose per una migliore convivenza sociale;
- a sua volta, l’individualismo delle opinioni sollecita comunque conflitto, perché appunto si prescinde dalla concreta conoscenza e comprensione dei problemi da risolvere.

In pratica, pertanto, la logica “*nudge*” non risolve problemi, semplicemente:

- li “neutralizza” (i conflitti possono pure insorgere, ma non portano a nulla e i contenziosi si perdono, perché nessuno è stato “obbligato” a limitare le proprie libertà e i propri diritti);
- e ne rinvia l’eventuale soluzione definitiva.

Alla fine, anch’esso è meno efficace di quanto si possa teoricamente ipotizzare, così come già verificato con la tesi di Coase sulle “transazioni” per neutralizzare le irrazionalità delle decisioni.

Un discorso non molto diverso può essere fatto con riguardo al “*bilanciamento*”.

Lo si può sintetizzare nella celebre “formula” del costituzionalista tedesco Robert Alexy, che consente di “ponderare” opinioni e rivendicazioni su diritti, libertà e interessi, fra loro in collisione, tracciando una “proporzione”, finalizzata a “*risolvere*” il conflitto. Per questo, è denominato anche “ponderazione proporzionata” (o logica del “*meno peggio*”).

La formula astratta è la seguente:

$$W_{1+2} = \frac{I_1 \times W_1 \times R_1}{I_2 \times W_2 \times R_2}$$

W = peso astratto di un diritto, libertà o interesse;

I = sua incidenza concreta nelle opinioni dei soggetti coinvolti dal conflitto;

R = conoscenza dei fatti produttivi del conflitto, per verificare la fondatezza delle opinioni coinvolte.

Si può fare un esempio, con riguardo alla vicenda della pandemia da Covid-19.

Si ipotizzi un conflitto tra Studente e Università, in ordine all’esercizio del diritto allo studio: per esempio, uno Studente potrebbe aver detto “per me, il diritto allo studio è importantissimo” (fattore *W*₂) e lamentare che tuttavia, senza *green pass*, egli non può frequentare le lezioni, subendo una lesione del proprio diritto e delle proprie libertà (fattore *I*₂), mentre, dalla conoscenza dei fatti (fattore *R*₂), si desume che lo Studente può comunque frequentare le lezioni in remoto, scongiurando il contatto interpersonale produttivo della diffusione pandemica.

A sua volta, l’Università potrebbe aver replicato che garantire la salute di tutti nei luoghi di lavoro è importantissimo (fattore *W*₁) e sostenere che entrare col *green pass* garantisce tutti senza obbligare necessariamente la frequenza in classe (fattore *I*₁), mentre, dalla conoscenza dei fatti (fattore *R*₁), si desume che effettivamente chiunque può comunque frequentare le lezioni in remoto.

La ponderazione *W*₁₊₂ terrà conto di tutti questi elementi, per cercare, anche qui, una soluzione di compromesso *et-et* che non scontenti nessuno e soddisfi le esigenze individuali di tutti.

Tuttavia, questo *bilanciamento* non sempre è praticabile. Di fatto, esso funziona sempre o solo in

due modalità:

- come c.d. *bilanciamento ad hoc*, dove il compromesso *et-et* è conseguito solo ed esclusivamente per il singolo caso e i singoli individui coinvolti, senza alcuna generalizzazione in nome dell'interesse pubblico;
- come c.d. *bilanciamento definitorio*, dove il compromesso *et-et* è conseguito attraverso una specifica definizione dei contenuti e della dimensione dei diritti e delle libertà coinvolte.

In ogni caso, questo bilanciamento diventa inutile in presenza delle c.d. «*scelte tragiche*» («*Tragic Choices*»), ossia quelle situazioni fattuali dove si pone un *aut-aut* invece che un *et-et*. E questo si verifica principalmente in tre casi:

- quando lo stesso diritto o libertà o interesse entra in collisione tra due persone (per es. diritto alla vita di Tizio o di Sempronio nell'accesso limitato a un reparto medico: chi scegliere tra i due?);
- quando due diritti o libertà o interessi entrano in collisione nella stessa persona (per es. diritto alla maternità o diritto alla salute della madre in sede di parto: chi scegliere tra madre e nascituro?);
- quando il decisore, che deve adempiere a un dovere, entra in conflitto con la propria coscienza e con i propri doveri morali (per es. il medico che deve far abortire la paziente, nonostante i propri doveri morali a favore della vita).

In tutte queste situazioni “tragiche”, la razionalità del decidere non appare sufficiente, tanto da essere quasi sempre supportata da quel sentimento di giudizio e azione che Aristotele denominava “*endoxa*” ovvero decidere sulla base di premesse argomentative “condivise da tutti” (o dai più) (come, per esempio, quella di dire che il medico *pro vita* che pratica l'aborto per dovere di funzione medica non è contraddittorio con sé stesso e dunque non entra in conflitto di coscienza, in quanto realizza un obbligo impostogli dall'istituzione, come l'ospedale in cui lavora, che gli impedisce di essere pienamente libero nelle proprie decisioni).

IL PROBLEMA DELLE «FALLACIE»

Dunque, la complessità sociale rende imperfetta e insoddisfacente qualsiasi strategia decisionale del diritto e della politica.

Siffatta conclusione non deve scoraggiare né preludere al pessimismo irrimediabile.

Semplicemente fotografa la realtà: una realtà complessa che, proprio perché tale, richiederebbe sforzi di conoscenza, studio, analisi, verifica, comprensione.

Invece, dal momento che la modernità ha enfatizzato la soggettività umana come opinione e libertà di “credenza” senza vincoli o limiti escatologici o trascendentali, questa complessità ci sfugge di mano; la ignoriamo oppure, al massimo, la interpretiamo come meglio ci è gradito, al di là delle nostre conoscenze e competenze.

Il ricorso agli aristotelici “*endoxa*” attenuano queste contraddizioni, ma non eliminano il problema della nostra consapevolezza delle innumerevoli irrazionalità prodotte dalle nostre decisioni.

Di fatto, in un mondo privo di verità escatologiche, l'ignoranza è una variabile determinante della politica e del diritto: *ignoranza del popolo*, ossia di coloro che sono governati; *ignoranza degli individui*, di coloro che tematizzano le proprie libertà e i propri diritti come vogliono; *ignoranza dei governanti*, siano essi Re, Governi, Parlamenti, Dittatori; *ignoranza organizzativa*, ossia delle strutture e dei processi decisionali che, dalla combinazione di quelle ignoranze, partoriscono le contraddizioni e i paradossi analizzati.

Anche per questo, è stato detto che la democrazia opererebbe, nei fatti, come “*mediocrazia*”.

Né bisogna mai dimenticare che l'ignoranza delle persone comuni è una risorsa preziosissima per i regimi autoritari. E se, oggi, la stessa democrazia appare in difficoltà, probabilmente è anche

perché i governati sono troppo ignoranti rispetto all'enormità dei problemi che la politica deve affrontare.

Così scriveva il filosofo tedesco Günther Anders già nel 1956, proprio con riguardo alla democrazia e al tema dell'ignoranza (ne *L'uomo è antiquato*):

«Per soffocare in anticipo ogni opposizione, non bisogna essere violenti. I metodi del genere di Hitler sono superati.

Basta creare un condizionamento collettivo così potente che l'idea stessa di disobbedienza e dubbio non verrà nemmeno più alla mente delle persone.

L'ideale sarebbe quello di formattare gli individui fin dalla nascita, limitando le loro abilità biologiche innate.

In ogni caso, il condizionamento si realizza riducendo drasticamente l'istruzione, per riportarla a una forma di inserimento professionale.

Un individuo ignorante ha solo un orizzonte di pensiero limitato e più il suo pensiero è limitato a preoccupazioni mediocri, meno può interrogarsi sul mondo. Bisogna fare in modo che l'accesso al sapere diventi sempre più difficile ed elitario, che permanga il divario tra popolo e scienza, che l'informazione destinata al grande pubblico sia anestetizzata da qualsiasi contenuto critico. Quindi, in primo luogo, niente filosofia.

Anche in questo caso, bisogna usare la persuasione e non la violenza diretta: si diffonderanno massicciamente, attraverso la televisione, divertimenti che adulano sempre l'emotività o l'istintivo. Affronteremo lo spirito con ciò che è futile e giocoso, in chiacchiere e musica incessante, in modo da impedire di pensare.

Metteremo la sessualità al primo posto degli interessi umani, in quanto, come tranquillante sociale, non c'è niente di meglio.

In generale, si farà in modo di bandire la serietà dell'esistenza, di ridicolizzare tutto ciò che ha un valore elevato, di mantenere una costante apologia della leggerezza.

La pubblicità esalterà lo standard della felicità umana.

Tutto questo sarà chiamato libertà: sarà rivendicato in nome dei "diritti".

Ecco allora che il condizionamento produrrà da sé l'integrazione sociale.

L'unica paura, che dovrà essere mantenuta, sarà quella di essere esclusi dal sistema e quindi di non poter più accedere alle condizioni di felicità e dei "diritti".

L'uomo di massa, così prodotto, deve essere trattato per quello che è: un vitello, da monitorare insieme al suo gregge.

Ogni ipotesi o teoria che metterà in discussione il sistema o vorrà conoscerlo e discuterlo nei suoi limiti, nelle sue contraddizioni, nei suoi paradossi, sarà bollata come ideologia.

L'ideologia dell'ignoranza qualificherà come "ideologica" la conoscenza e comprensione del mondo, con il plauso ignorante dei più».

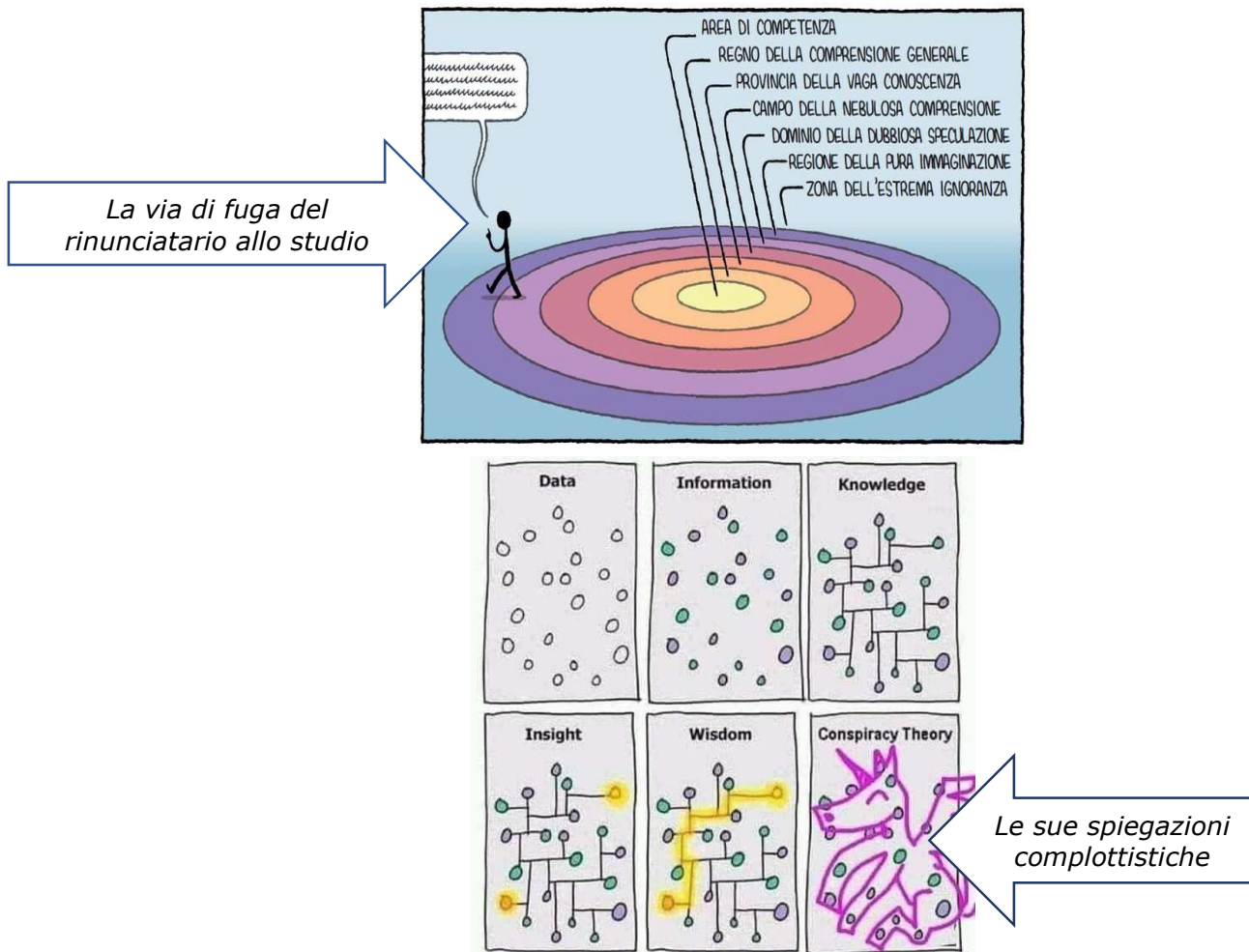
Si è già constatato che il nostro agire politico si nutre anche di "analfabetismo funzionale". Quello che segue è uno schema, che rende l'idea.

L'ANALFABETA FUNZIONALE SA LEGGERE E SCRIVERE,
MA NON SA TRARRE DA QUESTE ABILITÀ INFORMAZIONI
O SPUNTI UTILI.



“Curva dell’ignoranza” ed
“effetto Flynn inverso”

Conoscere e comprendere è difficile. Studiare è faticoso. Ma solo attraverso lo studio riusciamo a osservare la complessità delle relazioni fra le varie componenti della realtà mondana in cui viviamo e saper trattare i dati e le informazioni che la realtà stessa ci fornisce, maturando conoscenze che favoriscono intuizioni cognitive efficaci. Non studiare non è faticoso, ci consente di fare altro di più leggero o gradevole. Ma non studiare è una via di fuga, che non ci impedisce di “disegnare” nostre personali – dossologiche – rappresentazioni del mondo, ma ci allontana dalla responsabilità dell’agire, come schematizzano le seguenti immagini.



Il tempo contemporaneo, com'è noto, ha visto crescere spaventosamente le tesi “complottiste” su tutti i più complessi problemi del mondo (dalla pandemia al riscaldamento globale alle guerre ecc...).

Ma c'è un elemento di fondo che accomuna tutte le tesi “complottiste”: la fallacia argomentativa di chi le sostiene ed espone.

Questa fallacia è sempre corredata di cinque elementi:

- l'argomento *ad personam*;
- l'utilizzo della parola “ideologia”;
- l'evidenza soppressa;
- l'invocazione del “essere pragmatici”;
- il richiamo al “senso comune” .

Come si può constatare, ancora una volta il ruolo delle parole diventa importante: che cosa significa “*ideologia*” e che cosa “*essere pragmatici*”? È praticamente impossibile dare una risposta chiara, inequivoca, univoca e da tutti condivisibile alle due domande. Ognuno di noi coltiva una qualche forma di “*ideologia*” (parola che, nella storia politica, ha generalmente significato o “*visione del mondo*” oppure “*falsa rappresentazione del mondo*”) e di “*pragmatismo*” (che letteralmente vuol dire avere interessi pratici, ma nulla di più). Inoltre, il “*senso comune*” presuppone un qualche parametro di verifica o misurazione che, se assente, non dimostra proprio nulla.

Si tratta, dunque, di “*parole vuote*” ancorché ad effetto alle orecchie di chi non vuole studiare per conoscere e comprendere.

Questo vuoto, poi, legittima l’argomento *ad personam* e l’evidenza soppressa.

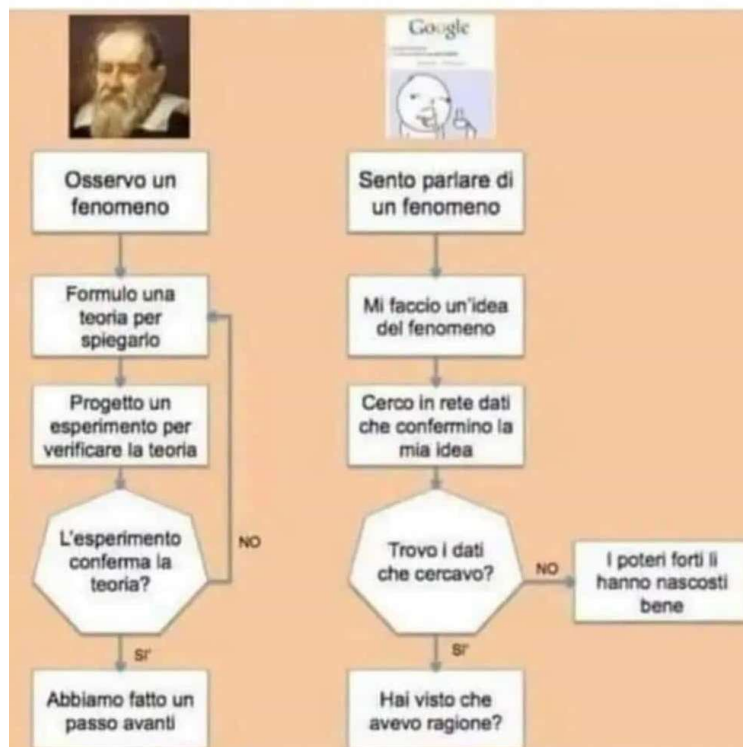
L’argomento *ad personam* si utilizza ormai quotidianamente del (mediocre) dibattito politico contemporaneo e consiste nel replicare a un argomento del nostro contraddittore, non dimostrando che esso è illogico, non fondato su prove o falso, bensì delegittimando la credibilità dell’avversario (si pensi ai comizi nelle attuali campagne elettorali).

L’evidenza soppressa emerge tutte le volte in cui chi argomenta con parte da fonti di prova accessibili e verificabili per sostenere le proprie ragioni, ma segue una logica autoreferenziale priva di dimostrazioni.

COME RAGIONA

UNO SCIENZIATO

UN COMPIOTTISTA



Pertanto, il problema dell’ignoranza si intreccia con quello delle fallacie logiche.

Ma che cosa sono le “fallacie”?

Sono fondamentalmente errori nascosti nei nostri ragionamenti, che comportano la violazione delle regole della logica (per esempio, derivare una conclusione prescrittiva da premesse tutte descrittive).

Studiarle e riuscire a riconoscerle è fondamentale per la salvaguardia della democrazia e per il miglioramento delle nostre condizioni di vita nel presente e nel futuro, preservando responsabilmente libertà e diritti. In merito, si può consultare il sito [fallacies](#).

Di queste fallacie, la più problematica di tutte, di fronte alla complessità del mondo contemporaneo, è proprio quella della “*evidenza soppressa*”, in quanto figlia diretta delle nostre ignoranze.

Nel dettaglio, essa si verifica allorché colui, che propone una tesi o una decisione su una questione dibattuta, omette una premessa, che inconsapevolmente ignora oppure volutamente nasconde. Ne nasce un ragionamento circolare, per il quale la tesi appare vera e fondante plausibilmente la decisione. Ma, se le informazioni contenute nella premessa emergessero, esse invaliderebbero la conclusione e dimostrerebbero altresì il possibile esito fallimentare della decisione assunta.

Del resto, come già accennato, ignoranze e fallacie attivano anche le “trappole” comportamentali e decisionali, studiate da Daniel Kahneman, in particolare la “trappola cognitiva” c.d. “*dell’ancoraggio*”, in cui si cade ogni qual volta si fa affidamento su di un pezzo di informazioni, di cui si dispone, o, peggio ancora, semplicemente sulle proprie opinioni e “credenze”, per prendere una decisione, ignorando il resto.

Lo schema che segue elenca altre fallacie assai comuni nel nostro modo di ragionare, agire e decidere, sia nella politica/istituzione che nella politica/decisione.

I 10 COMANDAMENTI DELLA LOGICA

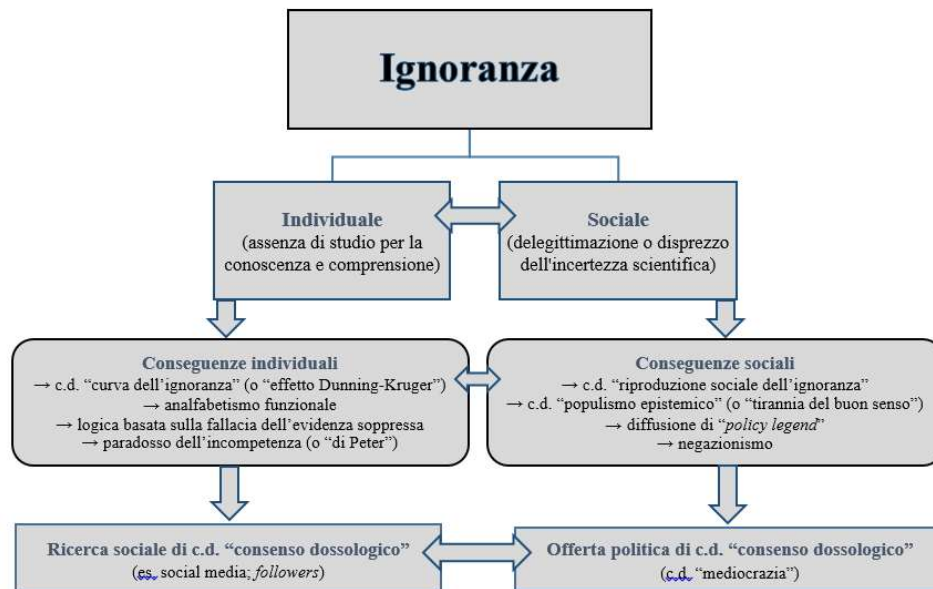
via Philosophy Matters

- | | |
|---|---|
| <p>1 NON ATTACCARE LA PERSONA MA GLI ARGOMENTI
(AD HOMINEM)</p> | <p>6 NON RIDURRE IL TUO ARGOMENTO A DUE SOLE POSSIBILITÀ - BIANCO O NERO
(FALSE DICHOTOMY)</p> |
| <p>2 NON DEFORMARE NÉ INGIGANTIRE L'ARGOMENTO DI UNA PERSONA PER ATTACCARLO MEGLIO
(STRAW MAN FALLACY)</p> | <p>7 NON SOSTENERE CHE UN'AFFERMAZIONE È VERA SOLO PERCHÉ NON TI DIMOSTRANO CHE È FALSA - E VICEVERSA
(AD IGNORANTIAM)</p> |
| <p>3 NON USARE IL PARTICOLARE PER RAPPRESENTARE IL GENERALE
(HASTY GENERALIZATION)</p> | <p>8 NON ATTRIBUIRE L'ONERE DELLA PROVA A CHI CONTESTA L'ARGOMENTO
(BURDEN OF PROOF REVERSAL)</p> |
| <p>4 NON SOSTENERE IL TUO PUNTO DI VISTA DANDO PER SCONTATO CHE UNA DELLE PREMESSE SIA VERA
(BEGGING THE QUESTION)</p> | <p>9 NON SOSTENERE CHE “QUESTO” DERIVA DA “QUELLO” QUANDO NON C'È CONNESSIONE LOGICA
(NON SEQUITUR)</p> |
| <p>5 NON SOSTENERE CHE SICCOME QUALCOSA È ACCADUTO PRIMA ALLORA È LA CAUSA
(POST HOC / FALSE CAUSE)</p> | <p>10 NON SOSTENERE CHE SICCOME UNA PREMessa È MOLTO POPOLARE ALLORA DEVE ESSERE VERA
(BANDWAGON FALLACY)</p> |

Ignoranze e fallacie sono pericolosissime, soprattutto in democrazia, per tre ragioni:

- perché delegittimano la dignità dello studio e le istituzioni di ricerca, le cui funzioni di conoscenza sono invece una garanzia di crescita delle capacità umane di risolvere problemi, fino a sfociare nel negazionismo;

- perché alimentano un consenso viziato dall'assenza di conoscenza dei problemi, di cui la politica dovrebbe occuparsi, spalancando le porte al fenomeno della "riproduzione sociale dell'ignoranza" (è più facile far circolare una notizia priva di fondamento, la cui lettura non esige alcuna particolare fatica intellettuale, piuttosto che un'informazione complessa che richiede studio e concentrazione),
- perché interpretano la democrazia come "mediocrazia", ovvero circuito di consenso tra elettori "mediocri" che tributano fiducia e credibilità solo ai propri simili, ossia ad eletti anch'essi "mediocri", in nome della salvaguardia solo dei propri interessi individualistici.



Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sul tema della razionalità/irrazionalità delle scelte individuali e collettive, si v.

L. Fasano, *Teoria della scelta razionale e individualismo metodologico. Un riesame critico*, Milano, Egea, 2012;
P. Martelli, *La logica della scelta collettiva*, Milano, il Saggiatore, 1983.

Sul tema del "costo" dei diritti, si v.

S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2000.

Sulla razionalità "neo-liberale", si v.

P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, trad. it., Roma, DeriveApprodi, 2019.

Sul nudging, si v.

R. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2014.

Sul tema del bilanciamento, si v.

R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992;
L. Di Carlo (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 2020;
A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014;
A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002.

Sul tema delle "scelte tragiche", si v.

G. Calabresi, Ph. Bobbit, *Scelte tragiche*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1978.
U.G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2004.

Sul tema della "mediocrazia", si v.

A. Deneault, *La mediocrazia*, trad. it., Firenze, Neri Pozza, 2017.

Sul tema delle euristiche e delle fallacie dei decisori, si v.

C. Nutler, B. Vis, *Heuristics and policy responsiveness: a research agenda*, in *European Political Science*, 22, 2023.

Sul tema delle fallacie argomentative e delle trappole cognitive, si v.

W-k. Ahn, *Ragionare meglio per vivere meglio*, trad. it., Sansepolcro, Aboca edizioni, 2023.

F. D'Agostini, *Verità avvelenata*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010;

D. Kahneman, *Grandi idee, grandi decisioni*, trad. it., Macerata, Roi Edizioni, 2023;

A. Massarenti, *Come siamo diventati stupidi*, Milano, Guerini & associati, 2024;

D. McRaney, *Come si cambia idea. Credenze, opinioni, persuasione*, trad. it., Sansepolcro, Aboca edizioni, 2023;

D. Robson, *Le trappole dell'intelligenza*, trad. it., Firenze, Ponte alle Grazie, 2020.

Quinta conclusione

I processi di decisione collettiva, fondati su diritti e libertà, sono molto complessi. Ancorché razionalmente disciplinati dal diritto, producono paradossi e contraddizioni, che ostacolano o ridimensionano l'efficacia dei risultati, che si vogliono realizzare attraverso le decisioni, a partire dal perseguimento dell'interesse pubblico.

Tale constatazione ha aperto un dibattito sui possibili correttivi a tali storture decisionali ma nel rispetto delle Costituzioni-limite, abilitando, da un lato, il ricorso al primato della responsabilizzazione delle decisioni private come surrogato di quelle pubbliche (opzione specifica della razionalità "neo-liberale"), e, dall'altro, l'utilizzo di tecniche di neutralizzazione della conflittualità sociale, come il *nudging* e il *bilanciamento*. Anche queste, tuttavia, presentano limiti e contraddizioni, anche perché nessuna di queste sembra voler affrontare il problema dell'ignoranza di tutti noi come protagonisti della politica/*istituzione* e politica/*decisione* in un mondo sempre più complesso e problematico, verso il quale ci poniamo a discutere e decidere, spesso inconsapevolmente, con opinioni e "credenze" che producono fallacie logiche e trappole cognitive, presupposti della degenerazione della democrazie in "mediocrazia".

PARTE SESTA: DECIDERE CON REGOLE E PAROLE

POLITICA, DIRITTO E DIRITTI COME «COSTI»: SEMPLIFICAZIONI E L.E.P.

Come già accennato, le acquisizioni maturate sul tema dei “costi” delle decisioni e dell’esercizio dei diritti e delle libertà consentono di inquadrare anche il fenomeno delle c.d. “semplificazioni”: processo di trasformazione del rapporto tra politica e diritto, inaugurato negli anni ’80 del Novecento, come risvolto giuridico della liberalizzazione dell’economia e della privatizzazione dei beni pubblici, prodromi della già richiamata razionalità “neo-liberale”.

Le “semplificazioni” rispondono all’idea

- che le regole giuridiche producano sempre un “costo” in termini non solo finanziari (per es. le coperture finanziarie delle nuove leggi), ma anche in termini di oneri di adempimento, tempo da impiegare nella loro attuazione, contenzioso per la loro interpretazione ecc ...,
- che, di conseguenza, le regole giuridiche possano ostacolare l’economia e la velocità degli investimenti privati e delle libertà individuali.

Di qui l’ipotesi, che vide come protagonisti politici il Presidente Ronald Reagan, negli USA, e la Premier Margaret Thatcher, nel Regno Unito, di modificare il sistema delle regole giuridiche, secondo il motto *T.I.N.A.* (*There Is No Alternative*).

Ma come?

Le tecniche perseguite e perseguibili sono state principalmente tre.

a - *Eliminare* regole ovvero la “*tecnica dell’abbandono*”, ossia: non mi occupo più di un determinato tema o problema (c.d. “deregolamentazione” o “*deregulation*”). La tecnica normativa utilizzata è stata quella dell’*abrogazione*. Con essa, il costo viene formalmente eliminato in termini di eliminazione di obblighi di copertura finanziaria, ma di fatto esso diventa “transitivo” perché, nella realtà e come già constatato, il “costo zero” non esiste mai, in quanto l’onere concreto di quello che è stato “abbandonato” si trasferirà sempre in capo ad altri soggetti, nella misura in cui questi ultimi avranno necessità o vorranno occuparsi di quel tema o problema, non più regolamentato. Si faccia l’esempio dei voli *Low Cost*, dopo la “deregulation” del traffico aereo: in essi, i costi di formazione (tecnica, linguistica, sanitaria ecc...) del personale di volo sono stati “abbandonati” dalla Compagnie aeree e “scaricati” sugli aspiranti lavoratori dei servizi di volo, sicché a questi ultimi spetterà pagare la propria formazione, prima offerta, invece, dell’Impresa di volo.

b - *Delegare*, ossia la tecnica del “*prendere tempo*” attribuendo ad altri l’esercizio di una decisione, in modo da “*decidere che si deciderà*”. La tecnica normativa utilizzata è stata quella della *delegazione* (come quella prevista dall’art. 76 della Costituzione italiana). Il costo, in questo caso, rimane in capo al primo decisore, il quale però, decidendo che altri sarà delegato poi a decidere definitivamente in un tempo successivo, almeno “*prende tempo*” nel recuperare risorse utili a coprire i costi relativi al tema o problema che si dovrà affrontare.

c - *Delegificare*, ossia la “*tecnica del farsi sostituire*” da un certo momento in poi sul decidere in una determinata materia o per un determinato problema (in Italia, per es., è stata introdotta dall’art. 17 della legge n. 400/1988 e dall’art. 20 della legge n. 59/1997). In questo caso, il costo e le coperture necessarie ricadono sul decisore che “sostituisce” quello originario, il quale avrà in questo modo risparmiato su determinati ambiti di temi o problemi. Si pensi alla delegificazione dallo Stato agli enti locali nel decidere se e come intervenire su determinati temi e problemi.

Contemporaneamente alla prospettiva delle “semplificazioni”, il processo di integrazione europea, con il connesso intreccio tra “contenuti” degli Stati democratici di diritto e “contenuti” della Unione europea, ha dimostrato di condizionare la tutela dei diritti all’interno degli Stati (a partire, com’è noto, dai contenuti dei “diritti sociali” della persona umana).

Questo è avvenuto in particolare in Italia, la cui Costituzione, come si è visto, è stata la prima a inaugurare un nuovo “accoppiamento strutturale” di politica e diritto, fondato sul primato di libertà e diritti sulla democrazia.

La logica “tecnocratica” europea ha inciso su tale “accoppiamento”, a favore di una diversa coniugazione dei limiti dei diritti rispetto alla politica.

In nome della libera circolazione europea (libertà di circolazione di merci, capitali, servizi e persone nel divieto di aiuti di Stato alle imprese), i diritti sono stati “standardizzati” nei loro contenuti, affidando al mercato – quindi alla concorrenza tra individui – la possibilità di “elearne” o “migliorarne” i contenuti attraverso l’intraprendenza di ciascuno in tutte le proprie esperienze di vita: dal lavoro (si pensi alla c.d. “meritocrazia”) alla rivendicazione di “nuovi diritti”.

Del resto, giova ricordare che proprio il concetto di “meritocrazia” non esprime semplicemente un metodo (selezionare o premiare “chi merita”, come indicato, per esempio, dall’art. 34 della Costituzione italiana, ma con riguardo al diritto allo studio ossia al progredire della conoscenza), bensì una vera e propria “concezione agonistica” della società e del potere, dove “chi merita” – in quanto competitivamente migliore o più bravo degli altri – ha potere e decide sugli altri. L’assioma di partenza è “neo-darwiniano”, nel senso di assumere che gli esseri umani siano “per natura” ineguali, sicché sarebbe altrettanto “naturale” (dunque giusto) attribuire ai migliori condizioni di vita e di reddito qualitativamente proporzionate alle loro capacità.

La formula italiana, inserita per favorire questa “standardizzazione” concorrenziale e “meritocratica”, è stata quella dei *L.E.P.* (livelli essenziali di prestazione). Dei diritti deve essere appunto garantito uno “*standard*” comune e non invece un qualsiasi contenuto di tutela, che limiti la politica a favore dei diritti. È quanto si desume dall’art. 117, secondo comma lett. *m*, della Costituzione italiana, riformato nel 2001.

In questo rinnovato quadro, compito della politica diventa quello di garantire tali “livelli essenziali”, senza farsi carico di ulteriori obiettivi, a partire da quello di *rimuovere* qualsiasi ostacolo che di fatto impedisca l’effettività dei diritti e delle libertà, come invece originariamente richiesto dall’art. 3 secondo comma della Costituzione, ora anch’esso condizionato dai *L.E.P.*

Tuttavia, poiché il contesto territoriale non è omogeneo e quindi la realtà dei diritti è differenziata, la logica dei *L.E.P.* ha finito col tradursi nella garanzia sì di uno “*standard*” comune, ma raccordato al minimo delle condizioni di tutela, omologando verso il basso il loro contenuto ovunque e lasciando poi che, nei singoli contesti differenziati, quel “minimo” possa essere ulteriormente implementato attraverso il mercato.

La conseguenza finale di questo approccio finalizzato al risparmio sui “costi”, è stato quello di attivare asimmetrie territoriali nella effettività dei diritti e delle libertà delle persone residenti nei vari territori della Repubblica (com’è dato riscontrare su più fronti, a partire dall’effettività del diritto allo studio).

Il che ha dimostrato una volta di più che, dietro la logica della “semplificazione”, si nasconde una prioritaria esigenza di “taglio dei costi”, a discapito anche dei contenuti di libertà e diritti, affidati, per eventuali loro implementazioni, al mercato.

LA «FABBRICA DELLE DECISIONI»: *DRAFTING* E ANALISI DECISIONALI

In questo scenario, si è inserita anche una nuova visione della “programmazione” politica. Soprattutto dopo la spinta della razionalità “neoliberale”, essa non serve più a pianificare trasformazioni migliorative dei diritti e delle libertà, promuovendoli e rimuovendo ostacoli. Serve, piuttosto, a verificare i “costi” delle decisioni e la loro incidenza sugli interessi del potere privato. Dentro un sistema costituzionale che “limita” la politica, l’azione politica va dunque “programmata” nella considerazione di tali limiti, ma pur sempre in base ai “costi”.

Di conseguenza, la c.d. “agenda” politica delle decisioni (*o decision-making*) è stata ristrutturata con le seguenti caratteristiche:



Ai fini dei “costi”, poi questa “agenda” ha dovuto tener conto dei diversi soggetti destinatari delle proprie decisioni e azioni.



E ha dovuto considerare pure gli interessi e le informazioni di cui dispongono i soggetti.



Solo alla luce di tutto questo, l' "agenda" decisionale basata sui "costi" tiene conto dei vincoli costituzionali (le "regole del gioco") al cui interno decidere e agire,



e, ancor più conseguentemente, considerare i reali impatti che le decisioni e le azioni producono sui destinatari.



Nell'Europa continentale, siffatto approccio ha faticato ad affermarsi, proprio a causa della particolare concezione della politica, di cui si è fatto cenno (come *Politikum* o come "indirizzo politico").

Al contrario, nel contesto anglo-americano, dove il concetto di politica è stato sempre scandito nella tripartizione di *Polity*, *Politics* e *Policy*, sono maturate le teorie e le pratiche del c.d. "Drafting" normativo, ossia della progettazione delle norme come attività razionale della politica, che tenga conto dei vincoli del diritto e del rispetto dei diritti e delle libertà, ossia non come mera espressione della decisione politica, ma come azione di "Politics" e "Policy", in funzione dei "costi".

Pertanto, il *Drafting* nasce come tecnica di *Policy* (quindi di azioni concrete) per realizzare *Politics* (ossia obiettivi, progetti), dentro una *Polity* (ossia una struttura organizzativa e costitutiva che limita la politica), ma con l'aggiunta della variabile determinante dei "costi".

Esso si distingue in due elementi:

- il *Drafting formale* (come scrivere, ossia come far cose con regole e parole le più semplici

e chiare possibili, al fine di evitare abusi o difficili attuazioni e applicazioni e “costi” in termini di oneri di comprensione per l’applicazione),

- e il *Drafting sostanziale* (che cosa scrivere, ossia come fare in modo che quello che si decide produca effettivamente effetti nella realtà e realizzi gli obiettivi di *Politics* dentro una determinata *Polity*, dunque nei limiti stabiliti dalla Costituzione, attivando azioni – *Policies* – il più possibile “razionali” o comunque il meno possibile “irrazionali” per evitare “costi” di contenzioso, disapplicazione, inefficacia ecc...).

Nell’Europa continentale, l’esigenza del *Drafting* si è diffusa solo più recentemente e sulla spinta dei processi dell’integrazione sovranazionale, in quanto *Polity* che ha richiesto l’armonizzazione di *Politics* e *Policies* tra gli Stati membri.

Il meccanismo di *Drafting* europeo è reso con la formula “*Better Lawmaking*” e “*Better Regulation*”.

I suoi elementi basilari sono i seguenti:

- *AIR* (analisi di impatto delle regole: ossia considerare il contesto fattuale in cui si vuole che le regole producano razionalmente i loro effetti, in modo da individuarne i “costi”);
- *ATN* (analisi tecnico normativa delle regole: ossia considerare se e come le nuove regole impattino razionalmente con regole precedenti, in termini di abrogazione, gerarchia, competenza, lacune, in modo da non produrre “costi” in termini di oneri amministrativi aggiuntivi);
- *VIR* (valutazione di impatto delle regole: ossia valutare *ex post*, una volta entrate in vigore le regole, quali effetti concreti abbiano prodotto, se abbiano generato nuovi problemi, nuovi contenziosi con i giudici, nuovi conflitti sociali ecc ... – nuove “irrazionalità”, si potrebbe dire, e nuovi “costi” –, in modo da poter correggerne i contenuti, in una prospettiva di adattamento dinamico del diritto alla realtà).

Queste tecniche di *Drafting* hanno anche orientato i c.d. 3 “*test di sufficienza*” di qualsiasi decisione politica per la conformità alla Costituzione:

- *test di sufficienza legale* (si deve rispettare la razionalità della gerarchia, competenza e interposizione normativa del sistema delle fonti);
- *test di sufficienza costituzionale* (si deve rispettare la razionalità dei contenuti dei diritti e delle libertà indicate nella Costituzione come limite della politica);
- *test di sufficienza esistenziale* (si deve rispettare la complessità e il pluralismo della realtà, riconoscendo, promuovendo ed eliminando ostacoli, per non produrre discriminazioni o diseguaglianze attraverso soprattutto il richiamato strumento del *bilanciamento*).

Le modalità per procedere in queste analisi e valutazioni sono complesse, ma la forma più semplice per realizzarle è quella delle c.d. “consultazioni”, ossia la modalità di dialogare e discutere con i cittadini, in quanto destinatari delle regole da creare e quindi del loro impatto, sugli effetti delle parole e delle regole che si ha in programma di produrre (si pensi, per es. alle “indagini conoscitive” del Parlamento, prima dell’adozione di una legge; oppure alle assemblee pubbliche di un ente locale, prima dell’adozione di un provvedimento; oppure ancora al c.d. “contraddittorio” tra PA e destinatari di un procedimento amministrativo).

Ovviamente le consultazioni richiedono tempo, pazienza e accettazione della critica e del dissenso. Anche per questo, risultano, alla prova dei fatti, poco applicate, a danno della qualità della normazione.

L’Italia, in base alle rilevazioni del Consiglio d’Europa (cfr. CoE, [Partecipazione dei cittadini alle società democratiche](#)), è tra gli Stati con tre primati negativi su questo fronte:

- il più basso tasso di consultazione dei cittadini nella produzione normativa (quindi poca *AIR*), con

- il più alto numero di leggi prodotte all'anno che si aggiungono alle (invece che abrogare le) precedenti, creando inflazione normativa e confusione (quindi poca *ATN*),
con
- il più alto numero di contenzioso davanti ai giudici per la interpretazione e applicazione delle norme (quindi poca *VIR*).

Tuttavia, anche il *Drafting* sia formale che sostanziale non è in grado, da solo, di garantire il pieno rispetto dei limiti alla politica, stabiliti in una Costituzione. E questo perché, come più volte ribadito, si deve ovviamente tener conto della complessità della realtà, che è fatta di tante variabili che incidono sulle libertà e sui diritti (si pensi, per esempio, ai condizionamenti economici, ma anche alle diversità delle persone, ai diversamente abili, ai soggetti vulnerabili, alla diversità dei luoghi ecc ...).

Non a caso, *AIR*, *ATN* e *VIR* sono servite prevalentemente a livello sovranazionale europeo per favorire la libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone: ossia sono servite alla prospettiva tecnica e del mercato, tipica della sovranazionalità.

Esse, però, da sole non sono in grado di farsi carico degli effetti “irrazionali” della “razionalità” delle decisioni politiche: “irrazionalità” magari non determinanti nella logica tecnica e di mercato dell’integrazione europea, ma comunque significative, per le Costituzioni degli Stati membri, in quanto lesive di diritti e libertà riconosciuti come limite della politica e soprattutto della “vocazione” a *riconoscere, promuovere e rimuovere*.

Si pensi alle già accennate “esternalità negative” e ai “costi” di solidarietà, si cui si è fatto cenno in precedenza.

Ecco allora che, per *riconoscere, promuovere e rimuovere* è necessario altresì far ricorso a un altro strumento di progettazione “razionale” della politica: l’*Analisi Costi Benefici (ACB)*.

L’*ACB* non è un metodo ma un modello, nel senso che esso è creato per orientare metodi razionali di valutazione delle decisioni politiche.

Si può sintetizzare dicendo che una buona *ACB* (ossia comprensiva dei diversi effetti “irrazionali” che una decisione politica può produrre sulla realtà) deve contenere almeno i seguenti elementi:

- *ACB “di mercato”* (ossia che non risulti irrazionale per gli operatori esclusivamente economici, coinvolti dalla decisione, facendo loro pagare ingiusti “costi” economici e di investimenti);
- *ACB “fuori mercato”* (ossia che includa o consideri altri soggetti non operatori economici, ma comunque interessati alla – o coinvolgibili dalla – decisione da prendere, scongiurando, per loro, “costi” di diversa natura);
- *ACB della “disponibilità a pagare” e della “disponibilità ad accettare”* (ossia che includa i soggetti più direttamente coinvolti o incisi dalla decisione, in modo da verificarne le condizioni esistenziali degli stessi e la loro disponibilità a discutere dei loro diritti e libertà rispetto alla decisione da prendere).

Seguendo questi metodi, le decisioni politiche dovrebbero risultare più facilmente “accettabili” dai destinatari (in ragione, appunto, del più ampio coinvolgimento dei diversi soggetti della politica/decisione).

Inoltre, la loro buona riuscita potrebbe favorire fenomeni di “imitazione” ed “esportazione”, da un contesto a un altro, di quel *decision-making* in funzione sempre dalla considerazione dei diritti e delle libertà.

Se tale “imitazione”/“esportazione” ha effettivamente luogo, si produce un fenomeno definito di “*Policy Transfer*”, con cui appunto si descrive la possibilità che una determinata azione politica, che in un determinato contesto ha prodotto risultati non “irrazionali”, sia replicabile in un altro contesto, senza produrre risultati “irrazionali”.

Bisogna, tuttavia, apportare alcune precisazioni a questo approccio “razionale”.

Infatti, alla luce di quello che si è studiato, si dovrebbe sempre constatare che il “*Policy Transfer*” riguarda determinate “azioni” (per questo si usa il lemma “*Policy*”) realizzate in un determinato contesto, comunque trapiantabili altrove mai per automatismo, per il fatto di dover sempre tener conto di tutti i fattori di “razionalità” che condizionano l’azione politica altrove (usando le parole inglesi: di tener conto della *Polity* e della *Politics* degli altri contesti).

Pertanto, se si accede alla prospettiva anglo-americana della politica, appare chiaro che il “*Policy Transfer*” si presenta come un processo complesso e di utilizzo non scontato, dovendo fare i conti con gli specifici limiti fissati dalle Costituzioni dei singoli contesti di riferimento.

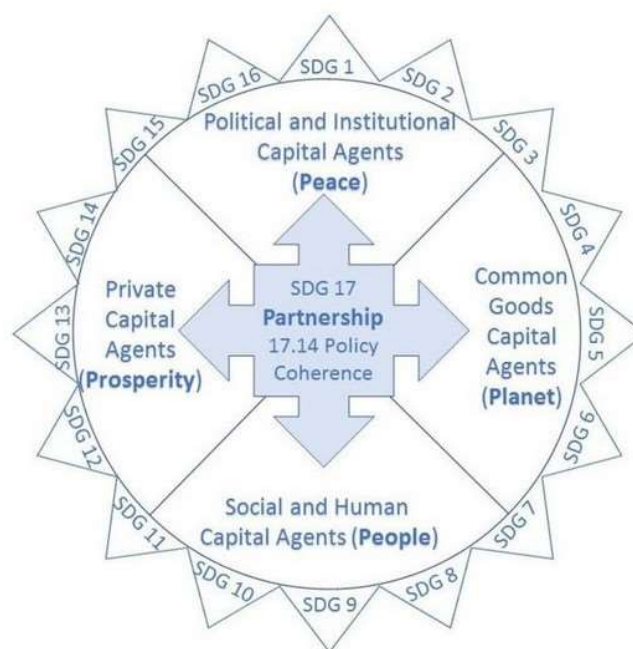
Se, invece, si accede a una concezione della politica come quella continentale europea del *Politikum* “indirizzo politico”, allora qualsiasi politica risulta “trasferibile” o “imitabile”; e questo perché tale concezione della politica, affidandosi al primato della volontà sulla razionalità, potrà prescindere da tutto anche se poi produrrà effetti “irrazionali”. Non a caso, è più frequente che le “imitazioni” di politiche avvengano tra dittature o regimi autoritari, dove l’esito “irrazionale” di una decisione non può essere contestato o controllato da nessuno, che non in contesti democratici.

Ed è altresì frequente che questi *Transfer* si riducano a normazione c.d. “simbolica” e “nominale”, in quanto consistenti in decisioni e regole “copiate” e messe lì, nel contesto ospitante, senza alcuna effettiva incidenza sulla realtà e senza concreti cambiamenti rispetto alle condizioni fattuali precedenti.

In proposito, si è parlato anche di *Drafting* “populistico”: si scrivono e “imitano” processi redazionali e decisionali, per far credere di cambiare la realtà, che invece resta immutata.

Tra l’altro, questa differenza di operatività del “*Policy Transfer*” spiega anche perché, più di recente, si sia optato per un approccio ulteriormente differenziato nella “imitazione” delle decisioni politiche; nuovo approccio, basato sulla convergenza, tra i vari contesti costituzionali, negli obiettivi, invece che nei metodi (di *Drafting*) e nei contenuti delle azioni (le *Policies* da “trasferire”).

È stata questa, per esempio, la logica perseguita dall’ONU con i c.d. 17 *SDGs* di “*Agenda 2030*”, caratterizzati, per l’appunto, da una serie di “*target*”, da realizzare progressivamente nel tempo, senza vincoli di metodo progettuale o di contenuti da prevedere, purché convergenti su cinque macro aree di obiettivo: le c.d. “5 *P*” ONU, rappresentabili dal seguente schema, elaborato dall’OCSE.



**LA «FABBRICA DELLA PARTECIPAZIONE»:
LO STATUTO COSTITUZIONALE DEL SOGGETTO POLITICO**

Come è possibile constatare da quanto osservato nelle precedenti analisi, i tentativi più recenti di controllo o contenimento degli effetti “irrazionali” della razionalità della politica mirano al coinvolgimento dei destinatari delle decisioni e, quindi, delle persone, titolari di diritti, libertà, interessi e poteri privati, al fine di far convergere condivisioni su metodi e contenuti delle decisioni stesse.

In questa apertura partecipativa dovrebbe consistere anche la nuova dimensione del metodo democratico.

D'altra parte, simile prospettiva costituisce anche una reazione alle singolarità decisionali, emerse dai metodi deliberativi e di voto, realizzati nella rappresentanza assembleare.

Infatti, queste singolarità della prassi sono state principalmente due.

La prima singolarità è quella del c.d. “*elettore mediano*” e risiede nella considerazione che, nelle deliberazioni assembleari, non si vota per effettiva conoscenza dei problemi né per effettiva volontà di risolverli, perché, il più delle volte, si vota per “convenienza” rispetto agli obiettivi propri o del gruppo cui si appartiene. Lo schema grafico dell’ “*elettore mediano*” è il seguente.

A	5	10	20
B	10	5	20
C	20	10	5

Individuati tre partecipanti con diritto di voto (A, B, C), ognuno di loro formula liberamente il proprio ordine di preferenze e scelte su ciò che considera “migliore” per sé o per i propri interessi (5, 10, 20).

L'ordine di preferenza e scelta non identifica la scelta migliore per tutti e, questo, perché ognuno vota in ragione delle proprie opinioni e delle proprie “credenze” su ciò che è meglio di altro.

Di conseguenza, se ci si chiedesse:

- qual è meglio tra 5 o 10? Per A = 5; mentre per B e C = 10
- qual è meglio tra 5 o 20? Per A e B = 10 (con A più vicino a 5); per C = 20
- qual è meglio tra 10 o 20? Per A e B = 10 (con A più vicino a 5); per C = 20

Alla fine, si scoprirebbe che, nella realtà, ciò che risulta “meglio” è ciò che decide B (con posizioni meno estreme degli altri) e che la sua posizione meno radicale (tra 5 e 20) vince.

Quindi? Quindi vuol dire che le posizioni “mediane” nelle deliberazioni collegiali sono quelle “condizionanti” preferenze e scelte nelle decisioni assembleari e collegiali, indipendentemente se siano effettivamente le migliori per tutti e per tutto.

La seconda singolarità spiega questo paradosso per il fatto che ciò che è “creduto” meglio di altro non dipende dalla conoscenza e comprensione dei problemi, ma solo dalle opinioni e dalle “posizioni” (mediane o meno) dei soggetti votanti.

Il che conferma il ruolo marginale della conoscenza (e quindi della scienza) nella politica e nell'organizzazione, ancorché questo ruolo abbia conosciuto, nella storia costituzionale, due declinazioni differenti, corrispondenti

- al “*modello statunitense*” (c.d. “*proprietario e dossologico*”), dove la conoscenza scientifica è parificata all'opinione e dunque è destinata a un ruolo ancor più marginale nelle deliberazioni assembleari;
- al “*modello italiano*” e poi europeo (c.d. “*sociale ed epistemico*”), dove la conoscenza scientifica è tenuta distinta dalla mera opinione ed è riconosciuta importante nel suo ruolo strumentale al miglior vivere comune in termini di salute psico-fisica individuale e collettiva.

<u>Modello</u>	<u>Modello sociale/epistemico</u>
<u>proprietario/dossologico</u> (Cost. USA art. 1 Sec. VIII n.8 ; I emendamento; 1 ^a legge sul Copyright nel 1790; caso “Eldred v. Ashcroft” del 2003: «Il diritto d'autore è il motore della libertà di espressione. Nell'affermare un diritto allo sfruttamento economico delle proprie espressioni, il diritto d'autore fornisce l'incentivo a creare e diffondere idee»)	(Cost. italiana artt. 21, 33 e 32; la scienza non è uguale all'opinione, perché è in funzione della salute; di conseguenza la scienza “limita” sia la discrezionalità politica – per evitare “salute di Stato” – sia l'iniziativa privata – per evitare che la salute dipenda dal profitto. Sent. Corte cost. it. n. 282/2002 e n. 116/2002: c.d. “riserva di scienza”)

Rispetto a questo quadro, le prospettive della partecipazione diretta delle persone dovrebbero servire quanto meno a ridimensionare le due singolarità, poc' anzi evidenziate:

- la prevalenza della scelta “mediana” tra ciò che è meglio o peggio per tutti;
- il ruolo marginale della conoscenza rispetto al primato delle opinioni e delle “credenze”.

Ma qual è o quale può essere il ruolo della persona umana nella partecipazione democratica?

Per rispondere a questa domanda, devono essere studiati tre profili di analisi:

- le Costituzioni moderne, ossia figlie della rottura dell'unità cristiana europea, hanno qualificato diversamente il soggetto umano all'interno degli Stati (come “individuo proprietario”, nella Costituzione USA, come “cittadino” identificato dalla legge, nelle Costituzioni francesi, come “identità precostituita” – i tedeschi – nella Costituzione di Weimar, come “persona umana”, senza alcuna distinzione o discriminazione, nella Costituzione italiana);
- sempre le Costituzioni moderne, nel corso della storia, hanno definito diversamente anche modi e contenuti del ruolo del soggetto umano nelle decisioni politiche (originariamente come mero “elettore della rappresentanza” e successivamente come “votante diretto” – per esempio con i referendum – come “partecipante organizzato” – con i partiti – e come “partecipante procedimentale” – in quanto parte attiva dei processi appunto deliberativi);
- nel corso della storia, poi, le Costituzioni hanno riconosciuto un ruolo diverso anche alla conoscenza, di cui l'individuo deve disporre, al fine di partecipare alle decisioni (mere opinioni, solo “interessi”, solo “diritti” e “libertà”, “condizioni di vita esistenziali”).

Pertanto, discutere di partecipazione all'azione politica da parte della persona umana comporta la considerazione di questi tre percorsi storici delle Costituzioni su:

- soggetti,
- forme e modi di partecipazione,
- forme di conoscenza per decidere.

La partecipazione in sé, come procedimento formale, può poi essere qualificata in modo diverso.

Del resto, “partecipare” può significare:

- essere parte di un progetto comune;
- prendere parte a un progetto altrui;
- partecipare a scopi comuni.

Allo stesso modo, “conoscere”, per partecipare, può voler dire:

- essere consapevole dei propri interessi;
- essere consapevole dei propri diritti e delle proprie libertà;
- avere proprie acquisizioni tecniche e scientifiche sui temi delle decisioni;
- saper comprendere e utilizzare le acquisizioni tecniche e scientifiche altrui sui temi delle decisioni;

- essere in grado di cogliere tutti i profili problematici, collegati ai temi delle decisioni.

Come si può notare, pertanto, il tema della “partecipazione” è estremamente articolato, in quanto “specchio” della complessità non solo della realtà, ma anche dello statuto intellettuale e materiale della persona umana.

Le Costituzioni giocano su questi intrecci complessi, nel declinare forme, contenuti ed efficacia della soggettività costituzionale e della partecipazione umana.

Il diritto comparato svela le diverse implicazioni di questi intrecci, riassumibili nei seguenti schemi problematici relativi al rapporto tra “essere” cittadino, “conoscere” e “partecipare”.

Storicamente si sono presentate nel tempo tre diverse modellazioni della soggettività costituzionale e delle conseguenti forme di partecipazione:

- quella “individualistica” degli USA, fondata sul primato degli interessi proprietari della persona;
- quella “politica” dell’Europa continentale, basata sull’assunto che il soggetto umano detenga proprie “vocazioni” politiche, riconoscibili dalle sue opinioni e dalle sue adesioni a gruppi e associazioni, come partecipi, terzo settore, parrocchie ecc...;
- quella, recentissima” degli Stati andini dell’America latina (soprattutto Ecuador e Bolivia), dove la persona è identificata con la sua biosfera e quindi individuata in quanto “forma di vita” che ha bisogno del suo ambiente (la biodiversità del suo contesto) per realizzare, prima ancora che interessi, diritti e libertà, bisogni primari di sopravvivenza e qualità naturale, prima ancora che sociale, della propria vita.

<p align="center"><u>MODELLO COST. USA</u> INDIVIDUO COME “STAKEHOLDER” = PORTATORE DI INTERESSI PROPRI</p>	<p align="center"><u>MODELLO COST. EUROPEO</u> INDIVIDUO COME SOGGETTO “POLITICO” = TITOLARE DI LIBERE OPINIONI PARZIALI SU COME CONSEGUIRE OBIETTIVI COMUNI</p>	<p align="center"><u>MODELLO COST. “ANDINO”</u> INDIVIDUO COME SOGGETTO “BIOSFERICO” = TITOLARE DI BISOGNI CONNESSI ALLA SPECIFICITÀ’ DEI LUOGHI IN CUI VIVE</p>
<p><i>La partecipazione è scambio (il compromesso politico è “accordo di interessi”)</i></p>	<p><i>La partecipazione è tra identità politiche (visioni del mondo) e/o sociali (minoranza, genere, vulnerabilità etc.)</i></p>	<p><i>La partecipazione è condivisione di soluzioni su bisogni comuni di salvaguarda delle biodiversità dei luoghi di vita</i></p>
<p><i>Dalla partecipazione devo trarre un’utilità per me, altrimenti non ha senso partecipare</i></p>	<p><i>Dalla partecipazione deve emergere una visione condivisa su beni collettivi “hobbesiani” (sicurezza, giustizia, libertà ecc.)</i></p>	<p><i>Dalla partecipazione deve emergere l’esistenza di problemi comuni di sostenibilità socio-ambientale.</i></p>
<p><i>Enfasi sui propri diritti di qualsiasi natura (da quelli umani a quelli economici a quelli proprietari e patrimoniali)</i></p>	<p><i>Enfasi sulle appartenenze e provenienze politiche o sociali (di qualsiasi natura, in nome del pluralismo)</i></p>	<p><i>Enfasi sui bisogni di sopravvivenza di tutte le forme di vita presenti nei luoghi</i></p>
<p><i>Enfasi sulla rappresentazione dei propri interessi, benefici e vantaggi/svantaggi e nella conoscenza di sé</i></p>	<p><i>Enfasi sul pluralismo politico, sociale e culturale e nella conoscenza degli altri soggetti umani</i></p>	<p><i>Enfasi sulla ricerca di condivisione di azioni utili a tutte le forme di vita e nella conoscenza del contesto ecosistemico</i></p>
<p><i>La partecipazione non serve a eliminare ingiustizie ma a perseguire i propri interessi (livello di ingiustizia alto)</i></p>	<p><i>La partecipazione serve a condividere obiettivi anche sulle questioni di giustizia (livello di ingiustizia basso)</i></p>	<p><i>La partecipazione serve ad accomunare tutti su questioni di sostenibilità ambientale e sociale (livello di ingiustizia molto basso)</i></p>
<p>Es.: le “consultazioni” degli Stakeholder nei processi decisionali</p>	<p>Es.: i processi di deliberazione assembleare, le piattaforme <i>on line</i>, i referendum</p>	<p>Es.: “demodiversità” comunitaria locale; le Comunità energetiche</p>

Come si vede, ognuna di queste declinazioni della soggettività partecipante presenta caratteristiche proprie.

Anche per esse, però, dobbiamo porci le solite domande.

La razionalità attraverso la partecipazione funziona?

Scongiora, evita, limita gli effetti irrazionali della politica/*istituzione* e della politica/*decisione*?

Alla prova dei fatti, la risposta è: solo in parte.

Anche nel campo della partecipazione, le irrazionalità non mancano.

In primo luogo, ci si deve chiedere se effettivamente la partecipazione consenta, alle persone coinvolte, di incidere sulle decisioni da prendere.

Invero questo dipende dal “livello” di partecipazione promosso.

In merito, le teorie sulle c.d. “*scale di partecipazione*” (Sherry Arnstein; Roger Hart) hanno messo a fuoco il problema, con uno schema denominato appunto “*Scala della partecipazione*”.

Bisogna precisare, tuttavia, che esso focalizza un profilo pur sempre “formale” della partecipazione (riguardante specificamente il *come* e *quanto* si partecipi nel prendere decisioni).

La scala della partecipazione		
Azione	Obiettivo	La promessa dei decisori
Informare	Fornire informazioni ai cittadini affinché abbiano una migliore comprensione di una questione/ decisione	Vi teniamo informati
Consultare	Ottenere commenti e informazioni dai cittadini (che il decisore usa o meno a propria discrezione)	Vi ascoltiamo
Coinvolgere	Operare insieme ai cittadini, le cui opinioni vengono prese in qualche considerazione (peraltro senza alcun impegno)	Le vostre opinioni sono prese in considerazione
Cooperare	Identificare e scegliere insieme ai cittadini fra opzioni (ma il potere finale di decidere rimane nelle mani dei decisori formalmente competenti)	Abbiamo bisogno delle vostre opinioni e ci impegniamo a tenerle in considerazione
Trasferire potere decisionale	A decidere sono i cittadini (<i>empowerment</i>)	Metteremo in atto le vostre decisioni

Sul piano sostanziale, invece, il tema della partecipazione è stato affrontato in altro modo, interrogandosi, cioè, non sul *come* e *quanto* si partecipi, bensì sul *che cosa effettivamente* si può decidere insieme, partecipando.

In merito, sono stati individuati almeno *tre limiti* nelle pratiche partecipative:

- il *limite* della c.d. “*tirannia delle piccole decisioni*” (così definita da William E. Odum), consistente nel fatto che la partecipazione può discutere solo piccole e locali questioni complesse e questo perché ogni soggetto umano decide nella piccola dimensione della propria sfera di vita o interessi, sicché – anche di fronte alle grandi sfide politiche – qualsiasi confronto o partecipazione finirà col privilegiare le condizioni particolari e locali dei

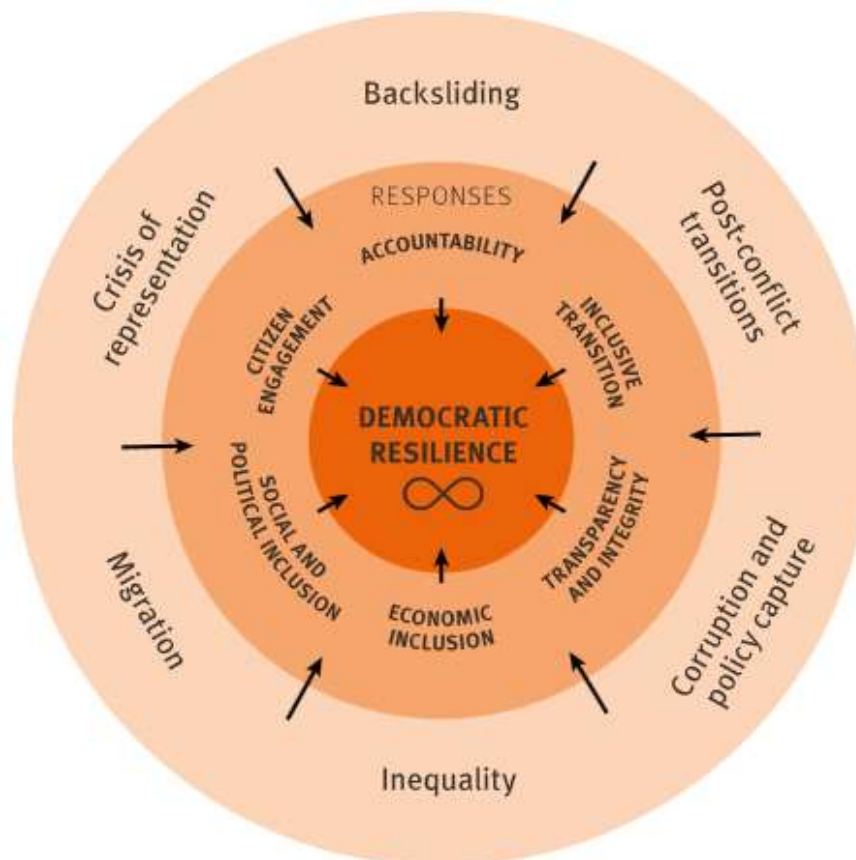
soggetti (tale critica coglie nel segno sulla “dimensione” inevitabilmente limitata e parziale di qualsiasi partecipazione);

- il *limite* della “*conoscenza*”, richiamato da Silvio Funtowicz con il suo approccio c.d. “post normale”, secondo cui, per realizzare una partecipazione efficace, bisogna attivare processi deliberativi trasversali, aperti a tutte le forme di rappresentazione dei soggetti (interessi, visioni politiche, bisogni), in modo che – di fronte alle grandi sfide – ognuno contribuisca alla conoscenza della realtà e contribuisca a suggerire soluzioni, anche se, poi, tale ipotesi non spiega come si arrivi alla sintesi decisionale, sulla base delle diverse conoscenze acquisite (per voto singolo? per numero dei gruppi espressivi di quelle conoscenze?);

- il *limite* della “*estensione territoriale e numerica*”, empiricamente osservato nel governo locale dei c.d. “*Commons*” della conoscenza (o della “rete nodale” delle comunità di conoscenza), constatando che la promozione della reciproca conoscenza dei problemi della realtà non riesce mai a superare limitate estensioni geografiche e un limitato numero di persone partecipanti (secondo Elinor Ostrom non oltre le 15.000 persone)

Da queste analisi, si comprende che realizzare in pieno e concretamente la partecipazione è impegnativo, soprattutto diventa progressivamente impraticabile, man mano che la dimensione spaziale e numerica delle partecipazioni diventa sempre più grande.

D'altra parte, la complessità della partecipazione democratica dipende anche dalla complessità dei contesti, in cui essa opera. Per questo, si sostiene che una democrazia in funzione dei diritti e delle libertà debba, oggi, operare secondo logiche “resilienti” di adattamento ai singoli contesti. Questo approccio di “resilienza” viene rappresentato attraverso la seguente immagine, a cerchi concentrici di problemi, situazioni, condizioni, luoghi decisionali.



In ogni caso, a seguito di queste analisi, si conclude spesso – quasi sarcasticamente – con i seguenti motti, dissacratori della retorica che, molte volte, accompagna il tema della partecipazione, nella “credenza” che essa sia effettivamente tale.

Il paradosso della “partecipazione”	Il paradosso della “conoscenza”	Il paradosso dell’essere riconosciuto
<i>Io partecipo</i>	<i>Io conosco</i>	<i>Io sono riconosciuto</i>
<i>Tu partecipi</i>	<i>Tu conosci</i>	<i>Tu sei riconosciuto</i>
<i>Egli partecipa</i>	<i>Egli conosce</i>	<i>Egli è riconosciuto</i>
<i>Noi partecipiamo</i>	<i>Noi conosciamo</i>	<i>Noi siamo riconosciuti</i>
<i>Voi partecipate</i>	<i>Voi conoscete</i>	<i>Voi siete riconosciuti</i>
<i>Essi ... decidono</i>	<i>Essi ... hanno le competenze e i poteri su tutto</i>	<i>Essi ... hanno le risorse e i contatti per fare tutto</i>

“FUTURE GENERAZIONI” E METODO *V.I.GE.*

Il tema della partecipazione e della soggettività partecipante diventa ancora più impellente se lo si declina al futuro, ossia con riguardo alle “future generazioni”:

- come si decide “in funzione” delle generazioni future?
- in che modo le generazioni future possono “*essere parte di*” o “*prendere parte a*” processi decisionali odierni?

Si tratta di domande inedite nel panorama delle politiche costituzionali. Un conto, infatti, è attuare, applicare ed eseguire la Costituzione da parte di soggetti viventi per i loro diritti e interessi presenti e futuri. Ben altro scenario si apre, immaginando di decidere oggi per i diritti e gli interessi di chi verrà domani.

Questo tema è ormai ineludibile anche in Italia, dopo la riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione, approvata quasi all’unanimità dal parlamento nel 2022.

Ecco le novità degli articoli riformati:

Riforma del 2022 art. 9 → «(La Repubblica) *Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni*».

Riforma del 2022 art. 41 → «(L’iniziativa economica privata) *non può svolgersi ... in modo da recare danno alla salute, all’ambiente ecc...*».

Questi due enunciati sono stati così interpretati dalla Corte costituzionale italiana con la Sentenza n. 105/2024: entrambi i due nuovi enunciati costituiscono «vincolo» e «limite» alle attività pubbliche e private, in ragione del «tempo» e delle generazioni future intese come «*persone ancora non venute ad esistenza, ma nei cui confronti le generazioni attuali hanno un preciso dovere di preservare le condizioni perché esse pure possano godere di un patrimonio ambientale il più possibile integro, e le cui varie matrici restino caratterizzate dalla ricchezza e diversità che lo connotano*» ... da leggere «*anche attraverso il prisma degli obblighi europei e internazionali in materia*».

Quindi le generazioni future “vincolano” e “limitano” le decisioni delle generazioni presenti ai fini della tutela dell’ambiente e per non “recare danno” all’ambiente e alla salute anche futura? Ma come si fa a decidere in questo modo?

Fino ad oggi, Le Costituzioni hanno declinato il «futuro» in tre modi:

- futuro immutabile (Costituzioni pre-moderne; principio di tradizione e di eredità delle cariche pubbliche; costituzionalismo monarchico);
- futuro contingente evolutivo (*Common Law* e potere costituente USA);

- futuro contingente trasformativo (costituzionalismo rivoluzionario francese, idee rivoluzionarie socialiste e c.d. «crollismo» comunista, Costituzione di Weimar, Costituzioni sovietiche, Costituzione italiana).

In sostanza, per Costituzioni, il futuro è stato inteso o come «analogico» (ossia uguale al presente, per esempio in nome della tradizione o del vincolo ereditario) oppure «migliorativo» (ossia come progresso e sviluppo rispetto al presente).

Basti pensare alla formula “Re per volontà di Dio” quale espressione della immutabilità nel tempo del potere e della sua legittimazione (per “volontà di Dio” si giustificava la ereditarietà delle cariche monarchiche) oppure alle clausole di “progresso” e “sviluppo”, presenti nelle Costituzioni statunitense, di Weimar e anche in quella italiana (art. 4 dove si parla di “*progresso materiale o spirituale della società*”).

D'altra parte, il concetto di “generazione” conosce una storia molto recente. Esso si afferma nel linguaggio pubblico solo tra Otto e Novecento, sulla spinta della «questione sociale» come sintesi tra individuo e massa nella costruzione della politica (lo spiegherà Karl Mannheim, registrando il passaggio dai «ceti» agli «individui» monoclasse alla «massa» pluriclasse)

Invece, quello di «generazioni future» diventerà dominante solo dopo la contestazione giovanile del 1968, in quanto emersione di una «soggettività» (i “giovani”) non rappresentata dal tempo presente e composta appunto da più “generazioni”.

Ma se questi sono i significati, «quante» generazioni sono da considerare per il «futuro» in una decisione politica o giuridica? Una, tre, cinque, dieci? E «quali individui» di quelle generazioni devono essere considerati? Tutti? Si legga il *Preambolo* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. «Carta di Nizza») che, per esempio, connette il godimento dei diritti – di oggi – alla «*responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future*».

Come si fa a esercitare diritti e libertà di oggi intendendoli come “doveri” addirittura nei confronti della “comunità umana” e di “generazioni future” non meglio definite?

Delle due l'una: o sono enunciati simbolici, ossia privi di vincolatività; oppure sono vincolanti appunto come “doveri” e allora ci si deve chiedere come si faccia a concretizzarne i contenuti in termini di attuazione, applicazione ed esecuzione.

La citata Sentenza della Corte costituzionale italiana del 2024 opta chiaramente per questa seconda risposta, il che apre uno scenario totalmente inedito nella nostra esperienza di vita politica.

Su questi temi, le risposte fornite sono state prevalentemente di carattere o filosofico o di teoria economica.

Sul fronte filosofico, è sufficiente accennare a questi tre Autori.

Si decide sulle generazioni future

- o stendendo un «velo di ignoranza» sul futuro, ossia immaginando che le generazioni future, indipendentemente dal numero e dai soggetti, vorranno, per il loro tempo, esattamente quello che vogliamo noi oggi per noi, in modo da decidere alla «meno peggio» sia per noi che per loro (è questa la tesi, in estrema sintesi, di John Rawls)
- o decidendo e basta, sapendo di sbagliare comunque sul futuro in qualsiasi modo ci si voglia arrovellare sul tema delle generazioni future (è questa le tesi, sempre in estrema sintesi, di Derek Parfit)
- o cercando di preservare beni e valori del presente al fine di garantirli intatti a chi verrà dopo di noi (come suggerisce Edith Brown Weiss)

Invece, sul fronte della teoria economica, soprattutto quella di ispirazione «neo-classica», si decide sul futuro fissando un «tasso di sconto» sui costi da sopportare oggi rispetto a quelli che

si presume potranno insorgere domani (in termini, per esempio, di danni, perdita di valore, inflazione di oggi e di domani ecc...) (secondo quanto suggerito da William Nordhaus).

Sembrano tutte risposte ragionevoli, plausibili e pure praticabili.

Tutte quante, però, sono accomunate da una caratteristica problematica, che è la seguente.

Esse presumono che “*decidere sul futuro*” significhi sempre e comunque “*controllare il tempo futuro*”.

Ma nella realtà naturale, siffatta presunzione di “*controllo del tempo*” è fondata? È effettivamente praticabile?

Non è necessario essere scienziati naturali, per rispondere di no.

Io posso decidere sul mio futuro, ma non “controllo” il tempo del mio futuro; soprattutto non posso “controllare” il tempo del mio invecchiamento (al massimo lo posso dissimulare, per esempio ricorrendo a sotterfugi estetici, dai capelli tinti alla chirurgia plastica).

Come si spiega questa ineluttabilità? È una legge di natura, più precisamente è una legge dettata dalla termodinamica e dal “principio di inerzia”.

Ma allora diritto e politica, parlando di “generazioni future”, possono mentire o ignorare le leggi di natura della termodinamica?

Così rispondeva, poco più di un secolo addietro, il premio Nobel della chimica Frederick Soddy (in *Cartesian Economics: The Bearing of Physical Science upon State Stewardship*, Harvard, 1921):

«i principi e l'etica delle leggi e delle convenzioni umane non devono scontrarsi con quelli della termodinamica».

Detto altrimenti, diritto, politica ed etica dovrebbero rispettare e non violare le leggi della Natura.

Così, invece, non è; e, proprio per questo, il diritto ha iniziato a preoccuparsi di “generazioni future”, in modo da introdurre il “tempo” futuro quale fattore “naturale” condizionante le decisioni politiche e giuridiche di oggi.

Il primo richiamo al tempo naturale è stato introdotto dalla Convenzione Quadro dell'Onu sul cambiamento climatico del 1992 (UNFCCC), specificamente in due disposizioni:

- nel *Preambolo*, dove si legge che gli Stati si impegnano a «*proteggere il sistema climatico*» (ossia la Terra) «*a beneficio della presente e delle future generazioni*»;
- nell'art. 2, con cui gli Stati si impegnano a escludere «*qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico*».

Queste due disposizioni sembrerebbero, da un lato, far propria la prospettiva di Edith Brown Weiss sul dovere di preservare beni e valori (il “proteggere” la Terra) del presente al fine di garantirli intatti a chi verrà dopo di noi, e nel contempo, dall'altro, accogliere l'insegnamento di Frederick Soddy sul non contrastare, con leggi, politiche ed etiche umane, le leggi della termodinamica (il “non interferire” col sistema climatico ovvero, per l'appunto, il sistema termodinamico della Terra).

Purtroppo queste due disposizioni non sono state prese sul serio da nessuno Stato e da nessuna politica nazionale o internazionale, tant'è che, nel 2015, con l'Accordo di Parigi sul clima, il tema delle “generazioni future” è stato disciplinato diversamente.

Infatti, all'art. 2 di quell'Accordo, si legge che, in ragione della «*minaccia*» contemporanea del cambiamento climatico antropogenico, tutti devono agire oggi per «*evitare il peggio*» (in termini di «*perdite*» e di «*danni*») domani.

Per la prima volta nella storia, il diritto e la politica declinano il futuro in una prospettiva “*bad-to-worst*”: di “*male*” (oggi, come “*minaccia*”) “*in peggio*” (domani dove avremo perdite e danni). Non era mai successo prima, sicché la domanda che, d’ora in poi, coinvolgerà chiunque come decisore politico diventa la seguente:

come decidere oggi per evitare il peggio domani?

La risposte a questa domanda viene sintetizzata con la formula *V.I.Ge.*, per significare che bisognerebbe sempre decidere sforzandosi di “*valutare*” oggi (*V*) gli “*impatti negativi*” che domani (*I*) subiranno le “*generazioni future*” (*Ge*).

Ovviamente non lo facciamo o lo facciamo poco e male, sia come singoli che come Stati. Dobbiamo provare a individuare le ragioni di questa nostra perdurante incapacità politica.

Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sul tema dei “costi” del governare, si v.

A.G. Cuzán, *The first two laws of politics: Nannestad and Paldam’s “Cost of Ruling” revisited*, in *Acta Politica*, 57, 2022.

Sul tema delle semplificazioni e sul *Drafting* “populistico”, si v.

G. Buonomo, *Norma polisemica e discorso populista*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019.
R. Scarciglia, *Il “mito di Sisifo” e la semplificazione amministrativa*, in *DPCE online*, 2, 2021

Sul tema della “meritocrazia”, si v.

L. Bruni, *Critica della ragione manageriale (e della consulenza)*, Padova, Messaggero di Sant’Antonio, 2023;
M. Young, *L’avvento della meritocrazia*, trad. it., Milano, Ed. di Comunità, 2014;
E. Mauro, *Contro la società del sorpasso*, Alba, San Paolo, 2023.

Sul tema “*Better Lawmaking*” e “*Better Regulation*”, si v.

L. Trucco, *Better regulation e better lawmaking dell’U.E.*, in R. Zaccaria (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo editore, 2011.

Sui limiti dell’analisi costi-benefici, si v.

B. Harcourt, *The Systems Fallacy: A Genealogy and Critique of Public Policy and Cost-Benefit Analysis*, in *Journal of Legal Studies*, 47, 2018.

Sul tema dei condizionamenti europei nei riguardi delle Costituzioni-limite degli Stati membri, si v.

F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell’ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

Sui *L.E.P.*, si v.

E.A. Ferioli, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e uguaglianza*, in *Le Regioni*, 2-3, 2006.

Sul “*Policy Transfer*”, si v.

D.P. Dolowitz, D. Marsch, *Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making*, in *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, 13(1), 2000.

Sui fenomeni di normazione “simbolica” o “nominale”, si v.

M. Neves, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto*, trad. it., Cavallino, Pensa, 2004.

Sul tema delle generazioni future e delle tecniche *V.I.Ge.*, si v.

L. Bartolucci, *La valutazione di impatto generazionale delle leggi come forma di attuazione degli articoli 9 e 97 della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 4, 2024;
G. Pellegrino, *Il futuro delle persone e il futuro dell’umanità*, in *Lessico di etica pubblica*, 2, 2019;
The Oxford Handbook of Time and Politics, Oxford University Press;
La Rivista *Intergenerational Justice Review*.

Sul cambiamento climatico antropogenico come problema giuridico e politico, si v.

M. Carducci, *Climate Change and Legal Theory*, in G. Pellegrino, M. Di Paola, M. (eds), *Handbook of the Philosophy of Climate Change*, Cham, Springer Nature, 2023.

Sesta conclusione

Il tema dei “costi” e le conseguenti risposte attraverso la “fabbrica” delle decisioni e della partecipazione hanno tentato di arginare gli effetti irrazionali della razionalità politica, ma, nel contempo, hanno comunque aperto nuovi scenari problematici del rapporto tra politica e diritto nel rispetto delle libertà e dei diritti delle persone, soprattutto nei tentativi di rimediare alle singolarità delle deliberazioni rappresentative, attraverso forme e processi di partecipazione delle persone alle decisioni politiche.

Questa complessità è oggi ulteriormente resa impegnativa dal tema del decidere anche nell’interesse delle generazioni future.

PARTE SETTIMA: IL TEMPO DELLE REGOLE E DELLE PAROLE

IL “TEMPO” DELLA POLITICA NELLA STORIA UMANA

Sin dall'alba dell'umanità e fino ad oggi, la politica è stata intesa come “controllo del tempo” (o “*krono-politica*”). Con la “scoperta” del fuoco già i *Neanderthal* (e ancor prima addirittura l'*Homo Erectus*) impararono a “controllare il tempo” della combustione. Dal controllo del fuoco deriva, com'è noto, il mito di Prometeo.

La politica, quindi, si evolve anche come “*krono-politica*” umana.

Del resto, le idee moderne della Costituzione come *Recognitio* (idea angloamericana della continuità del tempo tra passato e futuro, memoria e *Distinguishing*), come *Constitutio* (idea della Francia rivoluzionaria come rottura del tempo passato e “scrittura” del tempo a venire), come *Coniuratio* (idea dell'Italia pre-repubblicana come particolarismo contingente “in attesa di tempi migliori” per la propria unificazione), come *Liberatio* (idea della Rivoluzione di Haiti come emancipazione dal passato schiavista per i neri e segregazionista per le donne) hanno tutte comportato l' “accoppiamento strutturale” di politica e diritto in termini di “controllo umano del tempo” ossia “*krono-politica*” degli individui, della società, dello Stato.

Anche la declinazione lessicale della politica come *Polity* (organizzazione stabile nel tempo), *Politics* (determinazione dei fini nel tempo), *Policy* (azione nel tempo) e *Governance* (gestione degli interessi di ciascuno sui propri tempi), tipica della tradizione angloamericana, al pari della declinazione lessicale della politica come *Das Politikum* tedesco (il decidere nelle incertezze del tempo) o come *Indirizzo politico* italiano – e poi spagnolo e portoghese (“indirizzare” obiettivi nel tempo per le azioni dei tre poteri dello Stato), risulta manifestazione di “*krono-politica*”.

In fin dei conti, pure diritti e libertà altro non sono che autodeterminazioni individuali per la gestione del proprio tempo (infatti, essere liberi significa non solo fare «*che cosa* si vuole» e «*come* si vuole», ma anche «*quando* si vuole»).

IL TEMPO DEL PIANETA TERRA (OSSIA DEL SISTEMA CLIMATICO)

Tuttavia, il tempo del pianeta, ossia del (l'unico) luogo in cui noi possiamo abitare con la nostra “politica” e i nostri “diritti e libertà”, ha un proprio tempo che è la “legge di inerzia” (o primo principio della dinamica) a sua volta associata alla termodinamica del sistema climatico a causa dell'energia ricevuta dal sole (o secondo principio di termodinamica e dell'entropia).

Questo significa che il tempo del pianeta

- a) non dipende dalla volontà dell'essere umano
- b) quindi non coincide né è paragonabile alla “*krono-politica*” umana
- c) sicché la “*krono-politica*” umana dovrebbe tener conto di questo tempo di “inerzia” dinamica e termodinamica del pianeta Terra.

Questo, invece, non è mai successo nella storia umana sino ad oggi.
Perché?

LE RAGIONI DELLA DISSOCIAZIONE FRA “*KRONO-POLITICA*” UMANA E “PRINCIPIO DI INERZIA” DEL PIANETA

Per rispondere alla domanda, si devono riassumere quattro passaggi.

1)

Con la *Verweltlichung* europea, l'essere umano occidentale assume la presunzione di essere il regista del proprio destino

- sia davanti a Dio (la relazione tra "sovranità di Dio" e "responsabilità umana", raccontata nella Bibbia)
- sia davanti agli uomini (*consensus* umano, a base delle Costituzioni moderne)

e, dunque, di poter programmare le proprie azioni sul tempo, controllandolo.

2)

Il tempo diventa appunto un "oggetto" della decisione politica, su cui rispondere sia davanti a Dio (secondo la domanda: «*che uso hai fatto, tu cristiano, del tuo tempo in terra rispetto a Dio dopo la tua morte*»? ... ai fini della tua "redenzione") sia davanti agli uomini (secondo il principio della "responsabilità politica" corrispondente alla seguente domanda: «*che uso hai fatto tu, decisore politico, del tuo tempo in terra per gli altri?*» ... ai fini del *consensus* verso di te).

3)

Per tali ragioni, la politica moderna è definita "contingente" rispetto alla politica antica, che era comunque considerata "escatologica" ossia predefinita da una "missione" imposta da un ordine prestabilito e immutabile nel tempo (da quelli antichi a quello di origine divina rappresentato dalla Chiesa di Roma) invece che dalla semplice "vocazione" di ciascun singolo individuo nel suo tempo.

4)

All'epoca della rottura dell'unità della *Res Publica Christiana* (la rottura produttiva della *Verweltlichung*), il "principio di inerzia" (concettualizzato per primo da Isaac Newton nel 1687) non era ancora noto e dunque la rappresentazione del tempo appariva ancora determinata solo da due fattori: la volontà di Dio e la volontà umana. Ma ancor meno noto era il secondo principio della termodinamica e dell'entropia, che emergerà solo a metà dell'Ottocento (con William Rankine e Rudolf Clausius),

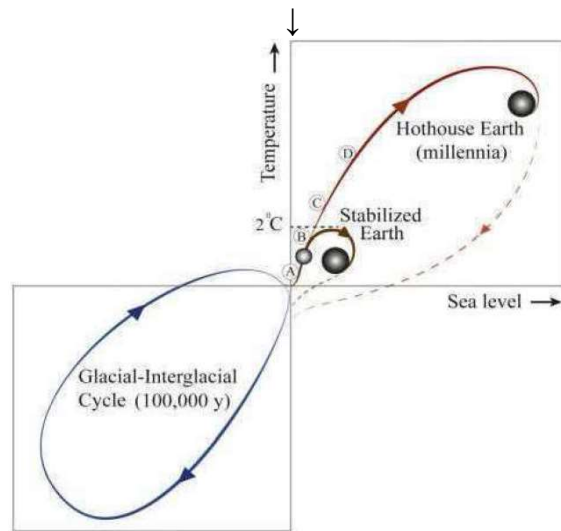
Pertanto, la "*krono-politica*" moderna è figlia di questa dissociazione tra tempi umani (e divini) e tempi (di inerzia ed entropici) del sistema Terra.

L'EMERGENZA CLIMATICA COME PREVALENZA DEL "PRINCIPIO DI INERZIA" DEL SISTEMA TERRA SULLA "*KRONO-POLITICA*" UMANA

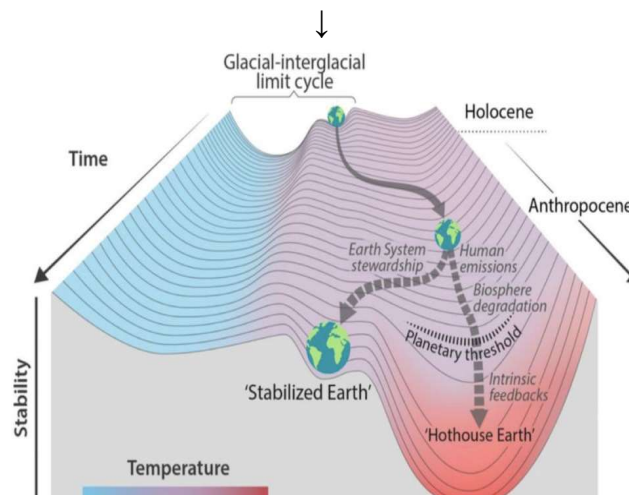
L'emergenza climatica oggi esistente, ovvero l'emersione di una traiettoria irreversibile (rispetto ai tempi della vita umana) di trasformazione dei caratteri termodinamici del sistema Terra, per "principio di inerzia" ed entropia interferiti dall'azione umana degli ultimi 250 anni (prevalentemente a causa dell'uso delle risorse fossili, attivato dalla rivoluzione industriale), pone, per la prima volta nella storia dell'umanità, un problema di prevalenza del "principio di inerzia" del sistema Terra sulla "*krono-politica*" umana.

L'emergenza climatica come emersione della traiettoria irreversibile, rispetto ai tempi umani, può essere rappresentata dalle seguenti tre immagini

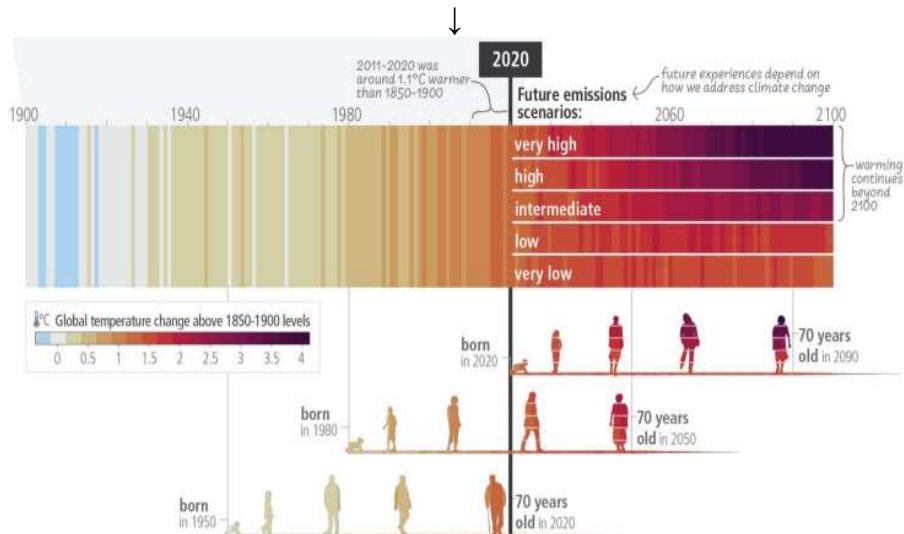
Nuova traiettoria intrapresa dal sistema Terra



Trasformazione delle condizioni termodinamiche del sistema Terra



Incidenza del "principio di inerzia" sui tempi umani di vita (c.d. "Warming-Heating")



Invece, la prevalenza del “principio di inerzia” del sistema Terra sulla “*krono-politica*” umana è raffigurata dalla c.d. “equazione di Lenton”



COME LA POLITICA MODERNA (FIGLIA DELLA *VERWELTLICHUNG*) HA GESTITO IL TEMPO τ ?

La storia moderna e del Novecento ci consegna principalmente tre linee di rappresentazione della “*krono-politica*”, figlie anche dell’influenza di grandi filosofi della politica e dell’economia.

➡ Prima linea di rappresentazione, da Hobbes a Kant e nella “scuola scozzese”, dove società e Stato non sono ancora considerati separati

- ↓
- il tempo dello Stato e il tempo della società coincidono e sono oggetto di libertà umane
 - visione della politica come libertà della società nello Stato
 - modello angloamericano della libertà (*Law-Rights-Freedom*)
 - affermazione del capitalismo liberale e neoliberale

(più società e meno Stato, più mercato e meno Stato o Stato “minimo” e c.d. “*burrasca di Schumpeter*” ovvero l’autonomia del mercato e della società supera qualsiasi “*burrasca*” si presenti nel corso del tempo: c.d. “*distruzione creativa*” del capitalismo).

➡ Seconda linea di rappresentazione, con Hegel secondo cui la società deriva e dipende dallo Stato, sicché lo Stato “pianifica” il tempo

- ↓
- Lo Stato “etico” verso la società
 - Lo Stato “autarchico” sociale e corporativo
 - Lo Stato di “indirizzo” del mercato

Visioni politiche “di destra” del Novecento

➡ Terza linea di rappresentazione, con Marx secondo cui lo Stato è una sovrastruttura della società e soprattutto dei rapporti di produzione sul lavoro all’interno della società, sicché sono i rapporti di produzione a condizionare il tempo dello Stato e della politica, per cui solo cambiando i rapporti di produzione si possono cambiare i tempi dello Stato e della politica

- ↓
- Lo Stato “piano” (come condizione intermedia di un tempo futuro liberato dal capitalismo)
 - Lo Stato “sociale” e “assistenziale” (come pianificazione di un benessere persistente nel tempo)
 - Lo Stato ad “economia mista” (come Stato che indirizza la società e il mercato nelle loro libertà sul tempo: modello costituzionale italiano)
 - Lo Stato ad “economia sociale di mercato” o capitalismo “renano” e “giapponese” (dove lo Stato promuove e incentiva la libertà individuale attraverso politiche sociali sul tempo)
 - “Capitalismo di Stato” e “Socialismo di mercato” (es. Cina) (dove lo Stato è soggetto del mercato e non regolatore del mercato)

Visioni politiche “di sinistra” del Novecento

**OGGI, COME CONCILIARE LA “KRONO-POLITICA” UMANA τ
CON IL TEMPO DI INERZIA T DEL PIANETA TERRA?**



Sembra emergere la figura, almeno in Europa,

- di un “nuovo Stato piano a tempo” (agire urgentemente tra il 2030 e 2050, con la c.d. “legge europea sul clima” – Regolamento UE n. 2021/1119 –, ma, questa volta, come condizione intermedia di un tempo futuro liberato dall’uso dell’energia fossile e dall’estrattivismo capitalista: c.d. transizione ecologica ed energetica per “evitare il peggio”)

- combinato con una “economia sociale di mercato” anch’essa “a tempo” 2030-2050 (ma, questa volta, per dar luogo a un capitalismo c.d. “verde”, responsabile nel non concorrere a produrre il peggio con il c.d. principio *DNSH* ovvero *Do No Significant Harm* delle attività economiche, al fine di essere “sostenibili” con i tempi del pianeta Terra, come indicato dal Regolamento UE n. 2020/852.



Tuttavia, la variabile determinante per il successo o il fallimento di questa combinazione è rappresentata dal tempo di inerzia T del sistema Terra (il sistema climatico) che incide sullo scenario solo “*bad-to-worst*” del futuro.

COME SI CALCOLA QUESTO TEMPO DI INERZIA T DEL SISTEMA TERRA?

Si calcola attraverso il c.d. “*Carbon Budget Residuo*” (*Remaining Carbon Budget* o *RCB*), metodo di calcolo accettato da tutti gli Stati dell’ONU.

Esso consiste nella quantità di gas serra che si può ancora emettere in atmosfera senza superare la soglia massima di +2°C di aumento della temperatura media globale, stabilita dall’art. 2 dell’Accordo di Parigi del 2015, per non andare oltre le oscillazioni di temperatura media globale (intorno sempre ai 2°C) che l’umanità ha sperimentato nella sua storia sulla Terra.

Il “*Carbon Budget Residuo*” è come la provvista di moneta di cui dispongo all’interno di un bancomat:

- se io ho 500 euro di disponibilità da prelevare dal bancomat, evidentemente non posso prelevare di più, quindi le mie decisioni di prelievo sono condizionate da un fattore quantitativo esterno alla mia volontà (diremmo che il “*Carbon Budget Residuo*” condiziona e limita la mia volontà di decisione e quindi la politica);
- inoltre, se ho previsto di poter prelevare quei 500 euro nell’arco di un mese e decido, invece, di procedere al loro prelievo in soli due giorni, non posso poi pretendere di avere ancora quei soli per i giorni restanti, sicché le mie decisioni di prelievo sono condizionate dal tempo di esaurimento di quella provvista finanziaria (diremmo che T del “*Carbon Budget Residuo*” – tempo di esaurimento – prevale su e condiziona τ – ovvero i miei tempi di decisione, una volta che è stata concordata la soglia di sicurezza di non superare i +2°C di aumento della temperatura per il tempo futuro).

Ora, se noi immaginiamo che i 500 euro siano il “*Carbon Budget Residuo*” e che il bancomat sia il pianeta Terra, comprendiamo perché sia importante conteggiarlo.

In pratica, è come fare lo scontrino delle mie rimanenze in banca, prima di prelevare, per verificare quanto dispongo di quei 500 euro residui e per quanto tempo.

In base ai calcoli effettuati dall’IPCC (il Panel Intergovernativo dell’ONU sui Cambiamenti Climatici) con il consenso degli Stati (dunque gli Stati sono a conoscenza e concordano con questo metodo di calcolo e sul suo residuo), il “*Carbon Budget Residuo*” che abbiamo ancora a disposizione consente di prelevare dal bancomat (ossia

di continuare a emettere gas serra nel sistema Terra) una quantità totale, esauribile tra il 2026 e 2030, forbice calcolata a seconda di come si comporteranno i singoli Stati nel “prelevare” gas serra disponibili (per es., con il Presidente USA Donald Trump, il quale uscirà dall’Accordo di Parigi per continuare a emettere senza limiti, evidentemente quel “*Carbon Budget Residuo*” sicuramente si esaurirà molto prima e molto probabilmente tra il 2026 e il 2030, perché è come se Trump, nella nostra metafora del bancomat, decidesse di ignorare i 500 euro disponibili per tutti e prelevare a suo piacimento soldi all’infinito, a danno di tutti gli altri).

PERCHÉ È IMPORTANTE CALCOLARE IL “*CARBON BUDGET RESIDUO*”?

La ragione è molto semplice ed è comprensibile se si ricorre ancora una volta alla metafora del bancomat:

- sapere previamente quanti euro posso prelevare dal bancomat, mi consente di decidere bene sui miei tempi di libertà e di soddisfacimento dei miei bisogni senza danneggiare nessuno;
- al contrario, decidere e agire senza fare questo conteggio previo significa procedere irresponsabilmente senza sapere se mi troverò in futuro senza soldi e quindi produrrò o subirò conseguenze negative per non poter fare quello che volevo.

Questo ragionamento così banale e semplice non è mai stato fatto da quando è insorta l’emergenza climatica, ossia dal 2018 quando tutti gli Stati hanno lanciato l’allarme sulle degenerazioni del sistema Terra (con il c.d. “*Special Report 1,5°C*” dell’IPCC dell’ottobre 2018), a causa dell’inerzia interferita dalle azioni umane, proiettata a superare la soglia di sicurezza dei +2°C.

Soltanto il 9 aprile 2024, per la prima volta nella storia, un Giudice, la Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo, nella sentenza che ha risolto il caso “*Verein KlimaSeniorinnen*”, ha fissato due criteri di limitazione della politica, mai esistiti prima. Infatti, la Corte di Strasburgo ha detto che

- la politica degli Stati non è libera di decidere su tempi e modi delle proprie emissioni di gas serra, senza prima calcolare il proprio “*Carbon Budget Residuo*” nazionale rispetto al “*Carbon Budget Residuo*” mondiale;
- di conseguenza, continuare a decidere e ad agire senza aver fatto questo calcolo previo è illegittimo perché viola l’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti Umani, ovvero il diritto delle persone a vivere la loro vita, privata e familiare, senza subire effetti negativi o danni, prodotti dalle decisioni negligenti dello Stato, ed è del tutto evidente che una decisione adottata dallo Stato senza aver prima calcolato il “*Carbon Budget Residuo*” nazionale è negligente ed è destinata inesorabilmente, in ragione del “principio di inerzia”, a produrre effetti negativi o danni alle persone che vivono in quello Stato.

Lo Stato italiano, paradossalmente per ammissione dello stesso MASE (Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica) e dell’ISPRA (l’Istituto Superiore per la Protezione e Ricerca Ambientale, deputato per legge a detenere le informazioni ufficiali dello Stato italiano sull’ambiente), non ha mai calcolato, almeno sino ad oggi, il proprio “*Carbon Budget Residuo*” nazionale.

In pratica, dal 9 aprile 2024 l’Italia, come tantissimi altri Stati appartenenti al Consiglio d’Europa, versa in una situazione di violazione dell’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Tra l’altro, è appena il caso di ricordare che violare l’art. 8 della Convenzione europea è pure incostituzionale, in ragione dell’art. 117 comma 1 della Costituzione, che impone alle leggi, statali e regionali, di rispettare gli obblighi internazionali, quale è appunto l’art. 8 citato.

MA CHE COSA SUCCUDE SE NON SI CALCOLA IL “CARBON BUDGET RESIDUO”**NAZIONALE NONCHÉ UNA VOLTA CHE ESSO SARÀ ESAURITO (TRA IL 2026 E IL 2035)?**

Come ha spiegato la Corte Europea dei Diritti Umani nel caso “*Verein KlimaSeniorinnen*”, se non si calcola, l’azione politica diventa illegittima (e incostituzionale) per negligenza e in violazione dell’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, perché costringe i suoi abitanti a subire ingiustamente gli effetti negativi dell’aumento della temperatura e di tutti gli effetti peggiorativi prodotti dall’inerzia (si pensi al “*Warming-Heating*”, raffigurato in una delle precedenti immagini).

Inoltre, una volta che sarà esaurito a livello globale il “*Carbon Budget Residuo*”, si entrerà in uno scenario di vita del pianeta sconosciuto perché mai sperimentato prima dalla specie umana nella sua esistenza sulla Terra, dato che ci si proietterà su un aumento delle temperature oltre la soglia massima di pericolo di +2°C, dentro scenari irreversibili (i c.d. “*Tipping Points*” indicati in un precedente grafico) sicuramente peggiori della condizione attuale di abitabilità del pianeta (per questo “*bad-to-worst*”), in termini sia ambientali che sociali per aumento ulteriore del riscaldamento globale, degli eventi estremi, della desertificazione, delle siccità perduranti, della perdita di biodiversità, dell’acidificazione degli oceani, dell’innalzamento dei mari con tutto quello che ne consegue in termini sociali (danni e perdite irrecuperabili, migrazioni, sfollamenti, conflitti territoriali ecc...): tutto questo è sintetizzato con la formula dell’“effetto cascata” o “effetto domino”.

Più precisamente le prospettive sono state così scandite:

- temperature medie superiori a +2°C, scenario di “effetto domino” pericoloso;
- superiori tra +2°C e +3°C, scenario di “effetto domino” catastrofico;
- superiori tra +4°C e +5°C, scenario di “effetto domino” inimmaginabile.

Non ci sarà la “fine del mondo”, ma ci sarà la fine della qualità della vita come faticosamente costruita nel secondo Novecento, con l’aumento di nuove povertà, nuove ingiustizie, nuove malattie, nuovi conflitti sociali, nuovi problemi, nuove crisi, nuove migrazioni, nuove disuguaglianze, iniquità intergenerazionale ecc...

“CURVA DI TAINTER”, “PRINCIPIO DI INERZIA”, “ONE HEALTH-PLANETARY HEALTH”

Questi scenari “negativi” non sono nuovi all’esperienza politica umana. Quello che è nuovo consiste in due elementi inediti:

- l’ingresso del “principio di inerzia” del sistema Terra quale variabile ormai ineludibile e determinante per i tempi della politica;
- la portata planetaria, e non solo locale, degli “effetti domino” attivati dal “principio di inerzia”.

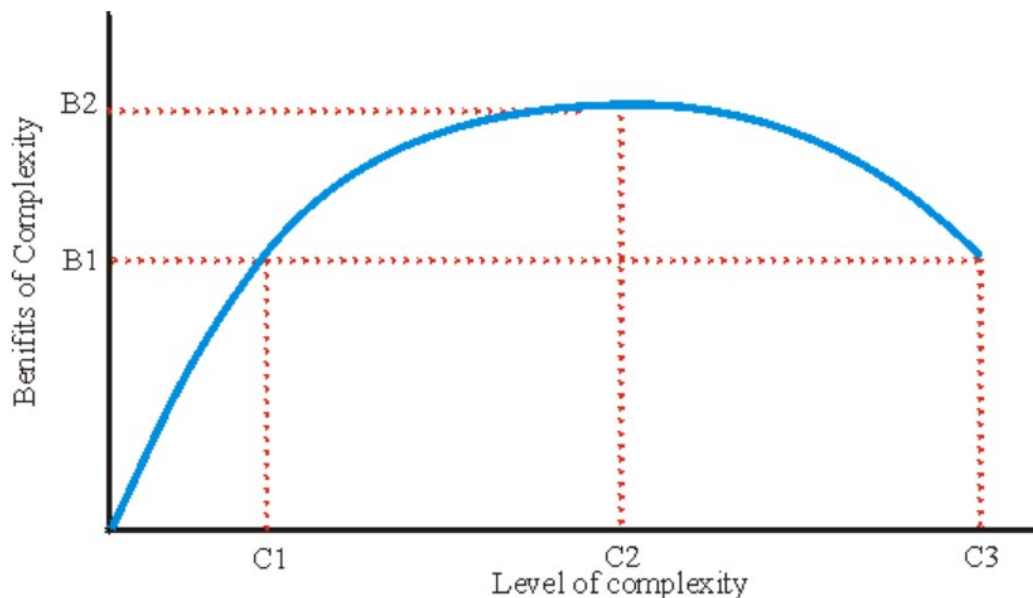
In effetti, deversi sistemi e modelli di convivenza politica sono crollati nel corso della storia: dai Sumeri all’Unione Sovietica. Ma in tutti i “crolli” precedenti, il tempo restava pur sempre nella esclusiva disponibilità della “*krono-politica*” umana e l’“effetto domino” è stato sempre e solo locale (da ultimo, per esempio, il “crollo” dell’Unione Sovietica non ha inciso sulla stabilità dei sistemi politici occidentali e i suoi effetti planetari sono stati solo sul fronte intellettuale (il totale abbandono dell’utopia comunista dell’estinzione dello Stato).

Oggi e domani non sarà più così, proprio per il “principio di inerzia”.

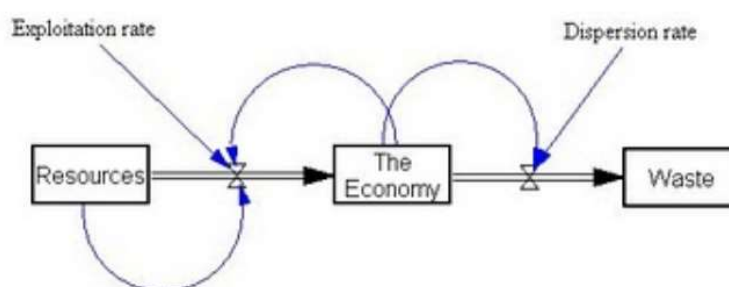
Lo storico e antropologo Joseph Tainter ha proposto un’utile interpretazione del crollo delle civiltà umane nel suo libro intitolato “*The Collapse of Complex Societies*” del 1988. La sua tesi è che le strutture politico-sociali molto complesse e con alti consumi di risorse energetiche, sia naturali che umane (come, per esempio, i grandi imperi del passato),

generino rendimenti negativi una volta che questa complessità diventa produttiva di danni e di difficoltà incapaci di garantire per sempre i benefici precedentemente realizzati, generando così delusione e conflitto.

Il grafico che segue configura la parabola della crescita di complessità, produttiva di benefici, e del suo successivo e progressivo crollo.



Inoltre, dall'osservazione della storia delle grandi civiltà umane precedenti, Tainter ha dedotto che un sistema complesso di convivenza entra in crisi a seguito anche dell'intreccio di diverse "concause" che alimentano tensioni e accrescono problemi; dall'esaurimento delle risorse ai disastri ambientali, dalle migrazioni ai conflitti sociali. Lo scienziato italiano Ugo Bardi, nel suo libro *"The Seneca Effect"* e in *"La legge di Tainter: dov'è la fisica?"*, ha utilizzato il modello di Tainter per spiegare gli scenari problematici cui stiamo andando incontro nel non tener conto del "principio di inerzia" del sistema climatico, e ha riformulato il grafico di Tainter nel seguente modo.



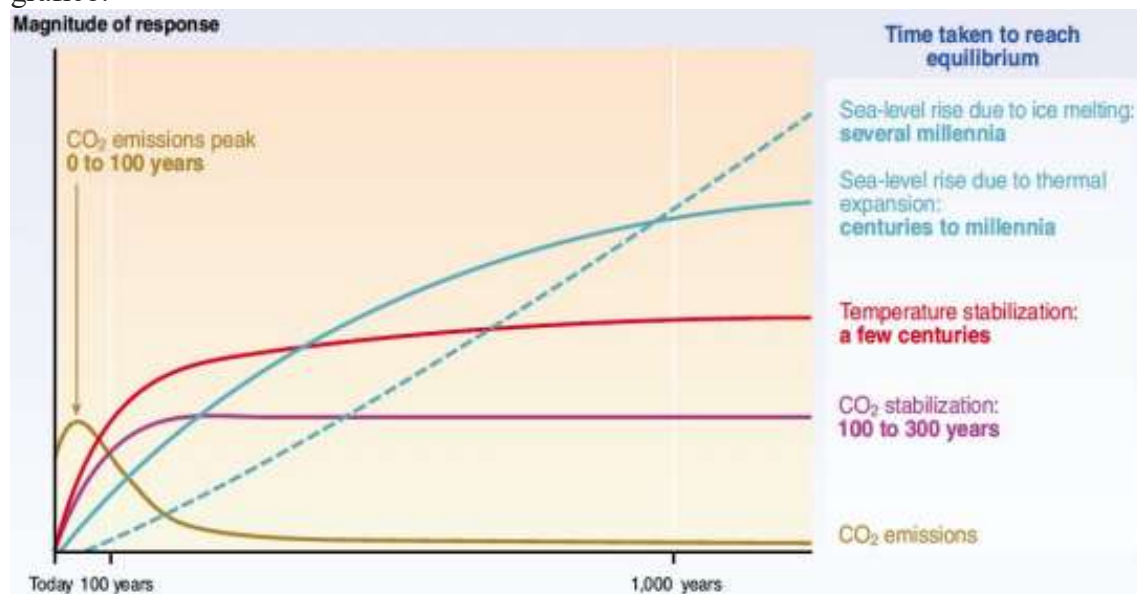
La casella a sinistra contiene le "Resources", attualmente rappresentate in prevalenza da combustibili fossili che sostengono il nostro benessere, mentre il riquadro a destra contiene i gas serra e tutti i rifiuti tossici ("Waste") prodotti dall'uso di quelle risorse. La casella centrale ("Economy") contiene tutte le cose di cui è fatta l'attuale economia del benessere, che sorreggere tutti noi esseri umani e garantita dalla disponibilità di energia proveniente dai combustibili fossili: dall'uso dell'elettricità nelle case e negli uffici ai trasporti, dalle auto private ai macchinari, dalle proprie abitazioni agli Stati, dai telefonini alle infrastrutture ecc...

Lo “sviluppo” e la “crescita” degli Stati sono stati contrassegnati da un incessante aumento dello sfruttamento delle risorse fossili per la produzione e il consumo energetico di “famiglie e imprese” (quindi la “*Economy*”), misurati attraverso il P.I.L. Ma la stessa “*Economy*”, in “sviluppo” e “crescita”, ha prodotto crescente “*Waste*”.

Ma i “*Waste*”, in un sistema chiuso come la Terra, non sono totalmente assorbibili o riciclabili e, per tale motivo, essi tendono comunque ad aumentare e a far aumentare i loro effetti negativi per “principio di inerzia”.

Dunque questa sequenza lineare “*Resources*”-“*Economy*”-“*Waste*” è irreversibile per il “principio di inerzia”, dato che proviene dai fossili che incidono sulla termodinamica del pianeta.

Inoltre, l’inerzia delle componenti del sistema Terra moltiplica la complessità dei problemi prodotti dal cambiamento climatico e amplifica lo sfasamento temporale azioni politiche, problemi prodotti e risposte per risolverli, come è semplificato dal sottostante grafico.



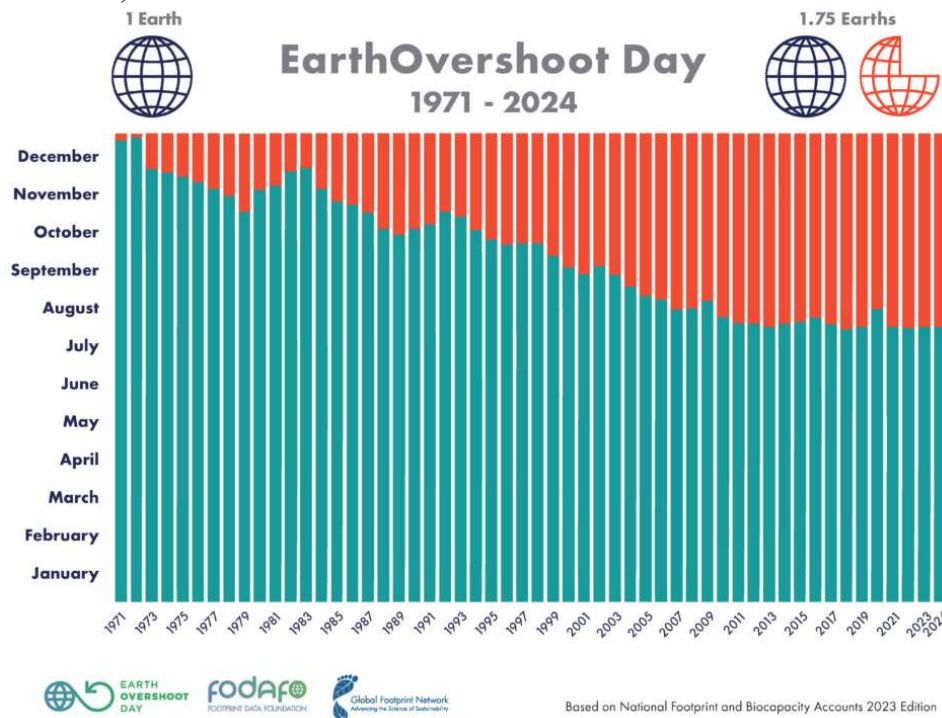
Si comprende, allora, che è la “*Economy*” – quindi la dimensione di crescita e benessere di una comunità umana e della sua politica – a determinare la complessità delle conseguenze future, dato che quella comunità, per godere del proprio benessere, delle proprie libertà, dello svago, delle vacanze, delle tutele, delle comodità, dei bisogni, dei diritti, dei servizi, dei consumi ecc..., avrà bisogno di crescenti risorse ed energia che, però, attivano l’inerzia degli effetti negativi (“*Waste*”) sul sistema.

Quindi, anche la complessità si profila “*bad-to-worst*”. Pertanto, nel tempo, si registra inevitabilmente questa sequenza:

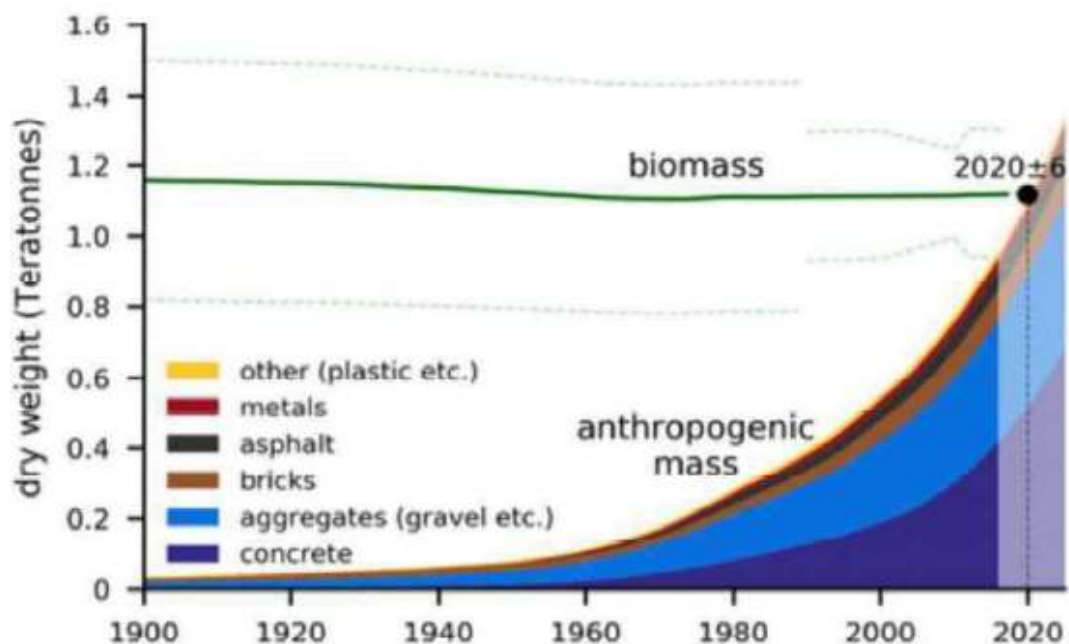
- la “*Economy*” cresce con crescente fabbisogno di energia dentro il sistema chiuso del pianeta
 - la crescita della “*Economy*” produce complessità (servizi, diritti, burocrazia, infrastrutture ecc...)
 - questa complessità energivora incrementa l’inerzia del sistema Terra
 - la stessa complessità produce “*Waste*” che incidono sull’inerzia
 - gli effetti dell’inerzia ricadono su pianeta e persone, creando problemi
 - l’aumento dei problemi alimenta tensioni e conflitti
 - tensioni e conflitti indeboliscono l’ “*Economy*”
 - la complessità del sistema va in crisi (collassa)
 - si aprono scenari trasformativi
 - si riparte in prospettiva comunque “*bad-to-worst*”

Esistono prove che dimostrano e confermano l'ineluttabilità di questa traiettoria?
Purtroppo sì e sono date:

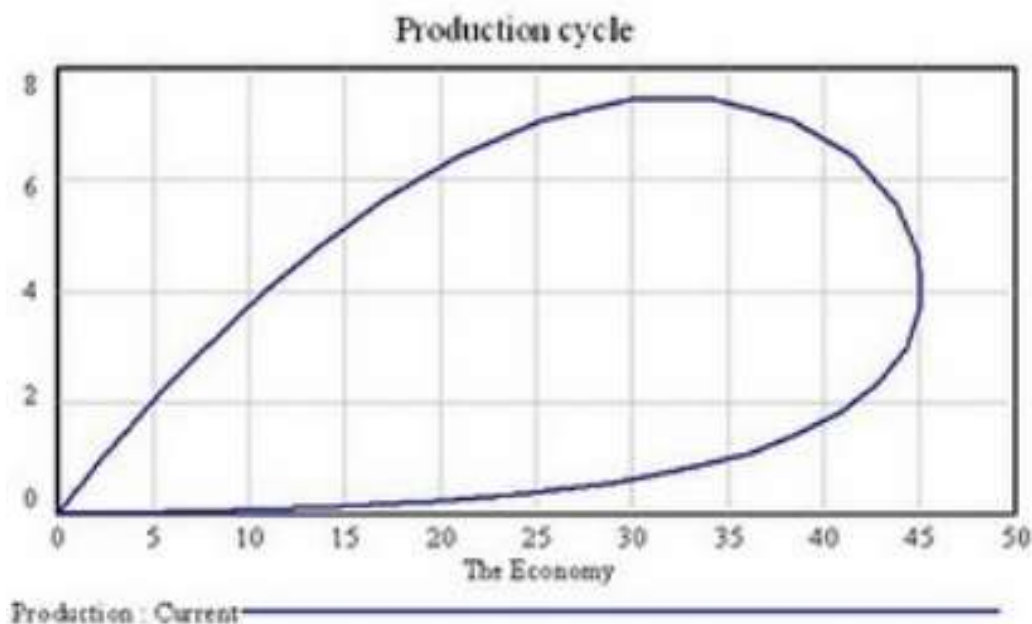
- sia dal c.d. "deficit ecologico annuale" del pianeta Terra (determinato dal fatto che il consumo umano annuale di risorse naturali, richiesto dalla nostra *Economy*, è superiore alla quantità prodotta nel medesimo anno dai cicli naturali di rigenerazione di quelle stesse risorse)



- sia dal superamento dell'antropomassa sulla biomassa, verificatosi, per la prima volta nella storia, nel 2020 (ossia il superamento di oggetti artificiali, da noi prodotti per gli scambi della nostra *Economy*, rispetto ai prodotti naturali che servono al nostro nutrimento).



Proprio in ragione dello scenario “*bad-to-worst*” dell’inerzia del sistema Terra, questa sequenza potrebbe diventare ciclica per qualsiasi “*Economy*” si andrà a sperimentare, come rappresentabile dal seguente schema, sempre proposto da Ugo Bardi.



Il futuro, pertanto, potrebbe essere contrassegnato da ricorrenti cicli di crisi peggiorative, al cui interno la esposizione umana alle conseguenze sarà anch’essa prevalentemente negativa.

La tesi della c.d. “*burrasca di Schumpeter*”, ovvero l’autonoma capacità del mercato e della società di superare qualsiasi “*burrasca*” si presenti nel corso del tempo, base anche della presunzione della “distruzione creativa” del capitalismo (secondo cui il capitalismo è descritto come causa e soluzione di tutti i problemi della modernità), deve ormai fare i conti con lo scenario planetario “*bad-to-worst*” del sistema Terra, in forza appunto del “principio di inerzia”: principio che né il capitalismo, come qualsiasi altro sistema di produzione energivoro, né la politica, in qualsiasi declinazione novecentesca la si voglia impostare, possono ignorare o addirittura presumere di controllare.

Piaccia o meno, siamo tutti sottoposti al “principio di inerzia”. È un fatto naturale, come l’invecchiamento. E se questa inerzia ci proietta verso una trasformazione planetaria “*bad-to-worst*”, purtroppo anche la condizione di vita di ciascuno di noi sarà segnata dal “*bad-to-worst*”.

Più precisamente il “*bad-to-worst*” personale è descritto come “incrocio” tra

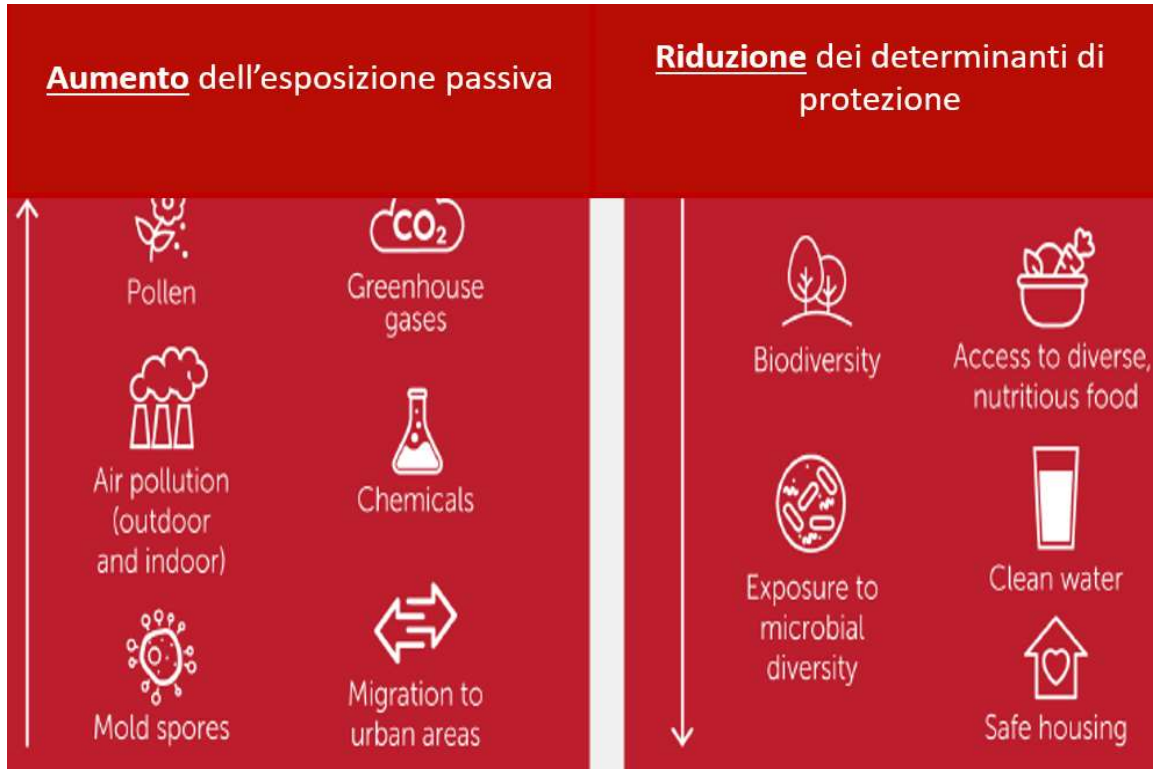
- aumento della nostra esposizione passiva a situazioni fattuali negative (dagli eventi estremi all’accesso all’acqua potabile – come inverosimilmente si è già verificato in diverse parti del mondo e persino in Sicilia – alla vulnerabilità della nostra salute ecc...)
- e diminuzione delle condizioni naturali di protezione verso quelle situazioni fattuali.

Questo “incrocio” personale *bad-to-worst* è stato ufficialmente riconosciuto dalle Istituzioni internazionali, a partire dall’OMS, con l’espressione “*One Health-Planetary Health*”: esiste una sola “salute” (“*One Health*”) umana, animale, vegetale, individuale, collettiva, che dipende solo ed esclusivamente dalla “salute” del pianeta Terra (“*Planetary*”).

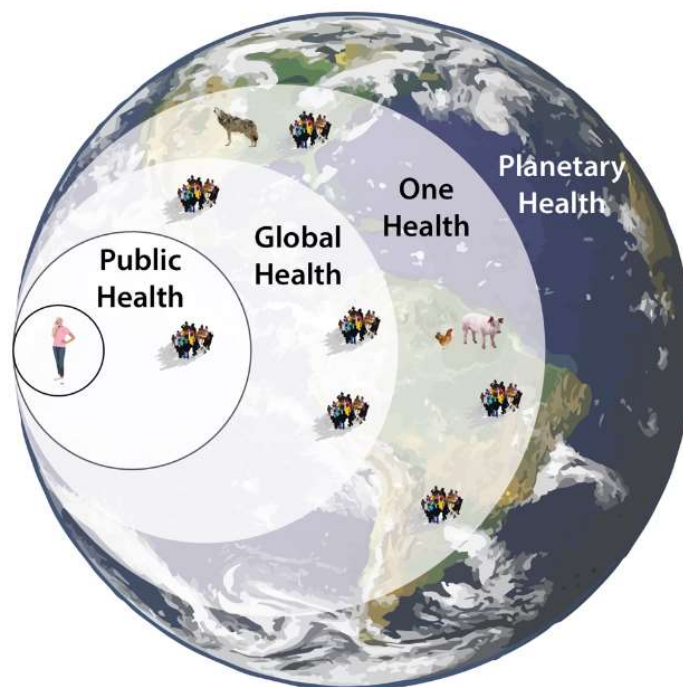
Health”), quindi dalla sua termodinamica e dal “principio di inerzia”, che condiziona i tempi di tutte le relazioni di vita.

Le due immagini che seguono rendono conto dell’ “incrocio” personale *bad-to-worst* e del quadro “*One Health-Planetary Health*”.

L’ “incrocio” umano *bad-to-worst*



Il quadro “*One Health-Planetary Health*”



Tutto questo conferma perché le azioni umane di oggi avranno impatti ed effetti soprattutto nel futuro dell'intero pianeta e perché le azioni immediate attuali siano necessarie e improrogabili, per evitare perdite e danni futuri e cambiamenti irreversibili (i *Tipping Points*).

Tutto questo conferma anche la necessità di regolare la politica e il diritto in base al tempo T (di inerzia) del sistema climatico e non invece in base al nostro presuntuoso autonomo tempo τ , come chiarito una volta per tutte dalla Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo, il 9 aprile 2024.

**“RASOIO DI OCCAM”, TEORIE DELLE “ESTERNALITÀ NEGATIVE”
E “TEOREMA DELL’INTRANSITIVITÀ”**

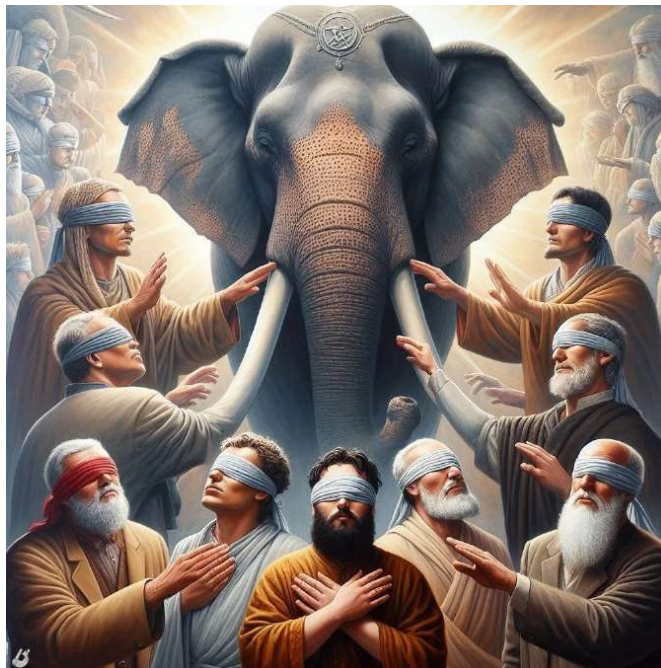
Ma perché noi non decidiamo e agiamo nel rispetto dei tempi del sistema terrestre?

La domanda investe, in particolare, la tradizione giuridica occidentale, la quale, emancipatasi dalla “missione escatologica”, ha progressivamente edificato politica e diritto moderni, come si è visto, in termini di “contingenza”, quindi in funzione dell’oggi piuttosto che dell’eternità (il c.d. “presentismo” della convivenza umana).

Nel contempo, questa riduzione temporale ha favorito anche il riduzionismo cognitivo ossia la nostra propensione a osservare solo il presente, al fine di decidere e agire. Fintantoché il riduzionismo ha operato dentro un quadro di “credenze” condivise, come predicava il c.d. “*rasoio di Occam*”, la questione della conoscenza del tempo del pianeta poteva risultare influente, dato che la comune fede cristiana affidata a Dio e alla Chiesa il destino del futuro.

Ma quando, dopo la *Verweltlichung*, questa corrispondenza fra “*Ordo Idearum*” e “*Ordo Rerum*” è venuto progressivamente meno, il riduzionismo ha alimentato l’incapacità di comprendere il mondo comun sistema unitario dotato di proprie leggi e di propri tempi (con il suo “principio di inerzia”).

Si è prodotta una sorta di “cecità” verso il sistema Terra nella sua unitaria complessità, comprensibile forse attraverso l’immagine dei ciechi di fronte all’elefante, appartenente alla mitologia buddhista.



Il mito racconta di come un gruppo di ciechi cercò di conoscere e comprendere che cosa fosse un elefante. Quello che toccò la proboscide pensò che fosse un serpente. Quello che toccò una zampa pensò a un tronco d'albero. Altri pensarono che fosse un bastone, una lancia, un ventaglio, un muro, una foglia. Ognuno ritenne di conoscere sulla base di una singola parte dell'intero elefante, dimostrandosi un "credulone" piuttosto che un "conoscitore" della realtà. Nessuno, infatti, provò a chiedersi se quanto, da loro toccato, fosse non un singolo e separato "oggetto", bensì un "iperoggetto", ossia la parte di un sistema di tanti elementi che solo unitariamente osservati rivelano la realtà.

Ecco: il sistema climatico è un "iper-oggetto", mentre il riduzionismo induce a restare ciechi, arrestandosi alle sue singole parti.

Del resto, altri miti di origine occidentale, come quello della "verità caduta nel pozzo" e quello della "caverna di Platone", raccontano lo stesso esito dei nostri riduzionismi cognitivi e concettuali.

Questo riduzionismo ha sorretto anche la politica e il diritto sul fronte della considerazione del tempo umano rispetto ai tempi del sistema Terra.

Un esempio è offerto dalle discussioni sulle "irrazionalità" delle decisioni razionali e sul problema delle c.d. "esternalità negative", così come affrontato da Pigou e Coase.

In ragione del "principio di inerzia", le "esternalità negative" sono in realtà traslazioni sul tempo del pianeta che producono, appunto nel tempo, trasformazioni irreversibili delle sue componenti.

D'altra parte, continuare a decidere secondo i tempi solo umani non fa altro che alimentare queste traslazioni-trasformazioni.

In natura, le "decisioni" di qualsiasi essere vivente sono gerarchiche e "transitive" in funzione proprio del tempo del sistema climatico. Significa che, nella dinamica naturale, la soluzione migliore di decisione (in termini, per esempio, di sopravvivenza di una specie) è quella che si adatta non ai tempi propri bensì a quelli del sistema.

Riprendendo l'equazione di Lenton, di cui si è già parlato, questa caratteristica delle "decisioni" naturali nel sistema climatico è così di seguito rappresentabile:

τ (tempi decisi dall'essere vivente) devono essere sempre \leq (inferiori o uguali a) T (tempi del sistema climatico)

Questa subordinazione dei tempi degli esseri viventi ai tempi del sistema climatico è alla base della c.d. "resilienza adattiva complessa" delle forme di vita dentro appunto il pianeta Terra.

Al contrario, nel diritto e nella politica, le decisioni sono tendenzialmente bilanciate (di compromesso) in nome delle libertà e degli interessi di ciascuno; libertà e interessi che dispongono – appunto liberamente – del proprio tempo τ .

Ne deriva che, nella convivenza politica umana, difficilmente τ (tempi decisi dall'individuo umano per sue libertà e interessi) sarà uguale o inferiore a T (tempi del sistema climatico).

Anzi: tendenzialmente le decisioni politiche e giuridiche umane operano per tempi umani che prescindono dai tempi del sistema climatico, per cui

$$\tau > T$$

Esse, pertanto, risultano "intransitive", nel senso che la soluzione migliore che prevale non è quella che antepone il tempo del sistema climatico ai tempi umani.

Del resto, questa condizione della deliberazione politica umana è stata dimostrata dal c.d. “*paradosso di Arrow della intransitività*”.

Se T è il tempo del sistema climatico e τ sono i tempi che ciascun individuo decide liberamente per sé, come si fa a deliberare nel modo migliore? L’unica risposta condivisibile non può che essere quella di tener conto di tutti i tempi coinvolti dalla decisione. Tale risposta, però, non produce la gerarchia dei tempi che, invece, in natura si produce. Infatti.

Preferenza temporale	Scelta 1	Scelta 2	Scelta 3
Tempi T del sistema climatico (prevalgono sempre sui tempi umani)	$T > \tau_y$	$T > \tau_z$	$T > \tau_y$ e τ_z
Tempo τ dell’individuo y (prevale sugli altri tempi umani e prescinde da quelli del sistema climatico)	$\tau_y > \tau_z$	$\tau_z > T$	$\tau_y > T$
Tempo τ dell’individuo z (prevale sugli altri tempi umani e prescinde da quelli del sistema climatico)	$\tau_z > T$	$\tau_y > T$	$\tau_z > T$

T è il tempo della “*resilienza adattiva complessa*” per garantire la stabilità del sistema climatico.

Tuttavia, nel compromesso deliberativo plurimo, la somma delle preferenze umane sui liberi tempi τ degli individui y e z (es. tempi dettati da interessi economici, libertà di consumo, principi giuridici ritenuti irrinunciabili ecc...) prevale con le preferenze

$$\tau_z \text{ a } T (\tau_z > T) \text{ e } \tau_y \text{ a } T (\tau_y > T)$$

quindi contro ogni logica gerarchica naturale.

Il “bene” del compromesso umano non corrisponde al “meglio” dei tempi del pianeta. Del resto, non a caso, nel linguaggio comune si dice che «*in politica il meglio è nemico del bene*», proprio per spiegare che la “perfezione”, nelle decisioni politiche, non esiste. Se poi, come succede nella realtà politica e giuridica, il “bene” delle nostre decisioni è misurato e valutato col denaro, ecco che diventiamo “ciechi” di fronte alla necessità di ragionare secondo la “*resilienza adattiva complessa*” del sistema climatico.

Non a caso, come spiegò molto bene Niklas Luhmann, il denaro è l’ostacolo più “resistente” all’adattamento “resiliente” del sistema sociale (in tutte le sue manifestazioni giuridiche, economiche e morali) al sistema naturale ovvero al sistema climatico e ai suoi tempi scanditi dal “principio di inerzia”.

Il problema di oggi, però, è che conosciamo bene come funziona l’intero sistema terrestre. Ignorarlo diventa un atto di deliberata irresponsabilità, prima ancora che di persistente ignoranza o cecità. Di conseguenza, dovremmo comprendere una volta per tutte che siamo noi esseri umani a risultare “imperfetti” rispetto al sistema, non viceversa; sicché

toccherebbe a noi imparare a edificare una politica e un diritto in termini di “resilienza adattiva complessa”, e non invece continuare a pretendere l’inverso.

Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sulla “krono-politica” dell’essere umano nella tradizione occidentale, si v.

R. Broxton Onians, *Le origini del pensiero europeo. Intorno al corpo, la mente, l’anima, il mondo, il tempo, il destino*, trad. it., Milano, Adelphi, 2006;
F. Hartog, *Regimi di storicità. Presentismo ed esperienze del tempo*, trad. it., Palermo, Sellerio, 2007;
M. Kaiser, *Reactions to the future: the chronopolitics of prevention and preemption*, in *Nanoethics*, 9, 2015.

Sulla “curva di Tainter” e l’ “effetto Seneca”, si v.

U. Bardi, *The Seneca Effect*, Cham, Springer, 2018;
J.A. Tainter, *Complessità, risoluzione dei problemi e società sostenibili*, trad. it., in www.aspoitalia.it, 1996.

Su “One Health-Planetary Health”, si v.

H. Lerner, C. Berg, *A Comparison of Three Holistic Approaches to Health: One Health, EcoHealth, and Planetary Health*, in *Frontiers*, 4, 2017.

Sull’emergenza climatica come tempo determinato del “principio di inerzia”, si v.

T.M. Lenton, J. Rockström, O. Gafney, S. Rahmstorf *et al.*, *Climate tipping points — too risky to bet against*, in *Nature*, 575, 2019.

Sulla “resilienza adattiva complessa” e la degenerazione delle “esternalità negative” in trasformazioni irreversibili per “principio di inerzia”, si v.

S. Keen, *L’economia nuova. Moneta, ambiente, complessità. Pensare l’alternativa al collasso ecologico e sociale*, trad. it., Milano, Meltemi, 2023;
J. Rifkin, *L’età della resilienza. Ripensare l’esistenza in una terra che si rinaturalizza*, trad. it., Milano, Mondadori, 2022;
A. Tartaglia, *Growth and inequalities in a physicist's view*, in *Biophysical Economics and Resource Quality*, 5(2), 2020;
L. Testot L., *Cataclismi. Storia ambientale dell’umanità*, trad. it., Bologna, Odoya, 2021.

Sul denaro come ostacolo per ricongiungere l’azione umana alla “resilienza”, si v.

S. Eich, *Teoria politica del denaro. Da Aristotele a Keynes*, trad. it., Roma, Istituto Enciclopedia Italiana, 2023;
N. Luhmann, *Comunicazione ecologica. Può la società moderna affrontare le minacce ecologiche?*, trad. it., Milano, Franco Angeli ed., 2021;
R. Patel, *Il valore delle cose e le illusioni del capitalismo*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2022;
R. Patel, J.W. Moore, *A buon mercato. Una storia del mondo*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2018.

Sulla necessità del decidere a “lungo-termine” (o “Cathedral Thinking”), si v.

F. Garcia-Gonzalez, W.J. Ripple, A.F. Malo, *Scientists’ warning to humanity for long-term planetary thinking on biodiversity and humankind preservation*, in *BioScience*, 74(2), 2024.

Settima conclusione

Il tempo della politica umana, emancipatosi, nella tradizione giuridica occidentale, dalla dimensione escatologica della sua “missione”, ha seguito “vocazioni” individuali e contingenti di libertà, che hanno accentuato la sua divaricazione dal tempo del sistema Terra (il sistema climatico), scandito, quest’ultimo, dal “principio di inerzia”. Questa asimmetria è alla base della destabilizzazione del sistema climatico: destabilizzazione neutralizzabile solo coniugando i tempi della politica, del diritto, dell’economia e della morale ai tempi del sistema Terra, non viceversa, come richiesto ora dalle indicazioni sul “Carbon Budget Residuo” (per scongiurare le irreversibilità degenerative del riscaldamento globale), e come dimostrato dai tempi delle altre forme di vita, declinati sulla “resilienza adattiva complessa”, senza la quale qualsiasi convivenza plurima è destinata al declino della “curva di Tainter”.

PARTE OTTAVA: SOPRAVVIVERE CON REGOLE E PAROLE

LA «LEGGE DI HUME» E IL «BUSINESS AS USUAL» NELLE DECISIONI POLITICHE E GIURIDICHE

Il tempo presente, dunque, impone di mettere in discussione la continuità degli approcci al diritto e alla politica, scandagliati nelle precedenti analisi.

Questi approcci, infatti, sottovalutano costantemente l'importanza della conoscenza e della comprensione della complessità del mondo contemporaneo, continuano a riconoscersi esclusivamente sul primato delle opinioni e delle "credenze" umane e occultano una verità inconfutabile: il dato che la complessità del mondo non è solo sociale, ma anche e soprattutto biofisica, riguardante, cioè, la relazione tra specie umana e pianeta.

Si profila, pertanto, la necessità di un cambiamento radicale nelle discussioni su politica e diritto: l'apertura e subordinazione delle scienze sociali al rigore della conoscenza della fisica del mondo, dato che solo da "quella fisica", non dal sociale, dipendono i nostri destini.

Non ha più senso continuare a discutere di politica e diritto nel "gap" di conoscenze sul funzionamento del sistema terrestre. Certo, quel "gap" è di antica genesi e risulta costitutivo della tradizione giuridica occidentale. Le sue radici, infatti, risalgono all'aristotelica distinzione tra *Nomos* particolare (*idios*) e *Nomos* naturale (*koinos*) per poi consolidarsi definitivamente nella cosiddetta "legge di Hume", snodo nevralgico del diritto moderno e contemporaneo, in Europa e altrove.

Tale "legge", com'è risaputo, ha sostanziato tre postulati, che hanno poi nutrito teoria e pratica del diritto e della politica:

- l'impossibilità di derivare il dover essere dall'essere;
- la distinzione e separazione tra "valori" (umani) e questioni di fatto (naturali);
- la conseguente rivendicazione della c.d. "fallacia della definizione naturalistica", in forza della quale la descrizione e conoscenza della realtà fisica del mondo non abilita né a un medesimo vocabolario di comunicazione sociale sul sistema terrestre né, ancor meno, a imperativi di condotta umana derivanti dalle (e conformi alle) leggi della fisica.

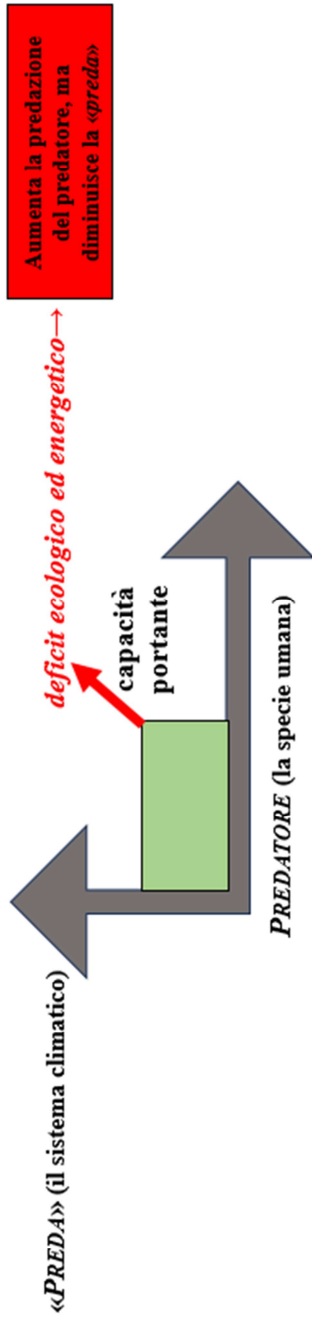
Oggi, però, il ricorso alla "legge di Hume" non è più sufficiente a risolvere i problemi inediti, che l'umanità ha di fronte a sé; anzi costituisce parte del problema, dato che quella "legge" ha "ghigliottinato" – com'è stato efficacemente detto – la sfera terrestre in due artificiosi semicerchi: quello dei mezzi umani *sul* mondo, da una parte (oggetto del diritto e della politica secondo opinioni e "credenze"); e quello delle funzioni naturali *del* mondo, dall'altra (oggetto della conoscenza e comprensione della fisica). In altri termini la "ghigliottina" ha separato l'essere umano dalla natura, abituandoci a ragionare di diritto e politica come realtà separate dalla fisica terrestre, alimentate da un approccio ai problemi del mondo, qualificato "*Business As Usual*" (*BAU*), ossia "abituale", immutabile, ripetitivo. Per questo oggi pericoloso, perché causativo dei problemi di vivibilità e abitabilità del pianeta, che dobbiamo affrontare.

Gli schemi che seguono sintetizzano la parabola storica che ha prodotto e alimentato la "ghigliottina" della "legge di Hume" nella stanca ripetizione del "*Business As Usual*".

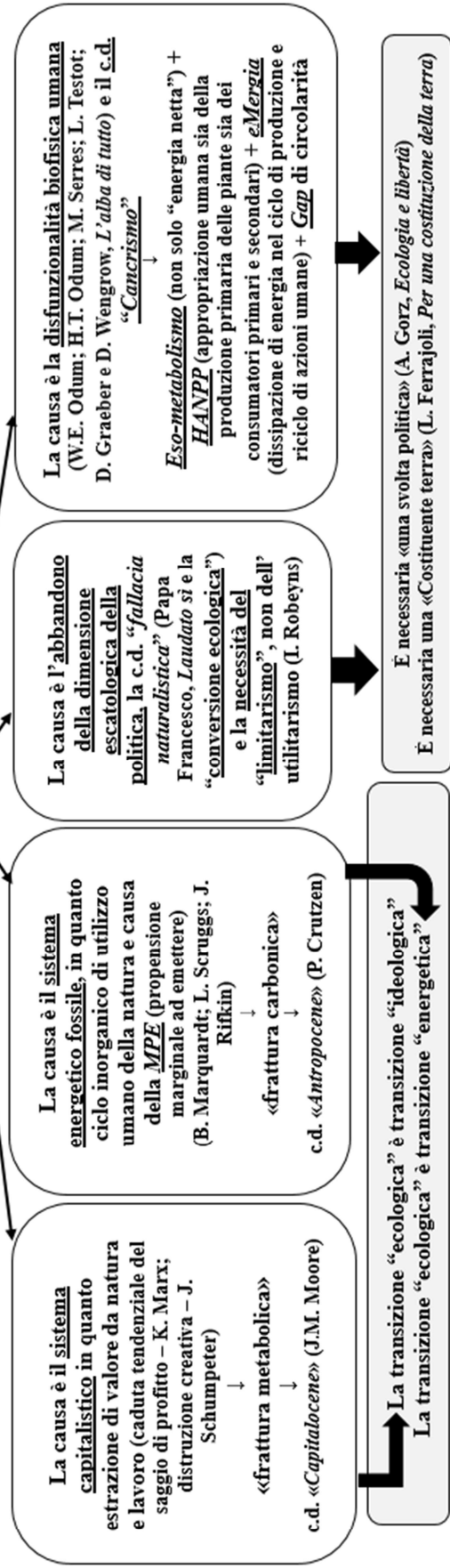
Ma le constatazioni successive, in tema di emergenza climatica, ci rendono edotti della pericolosa partita che stiamo giocando col pianeta, continuando a ignorare le conoscenze della fisica terrestre e persistendo nel fidarci solo delle nostre opinioni e "credenze".

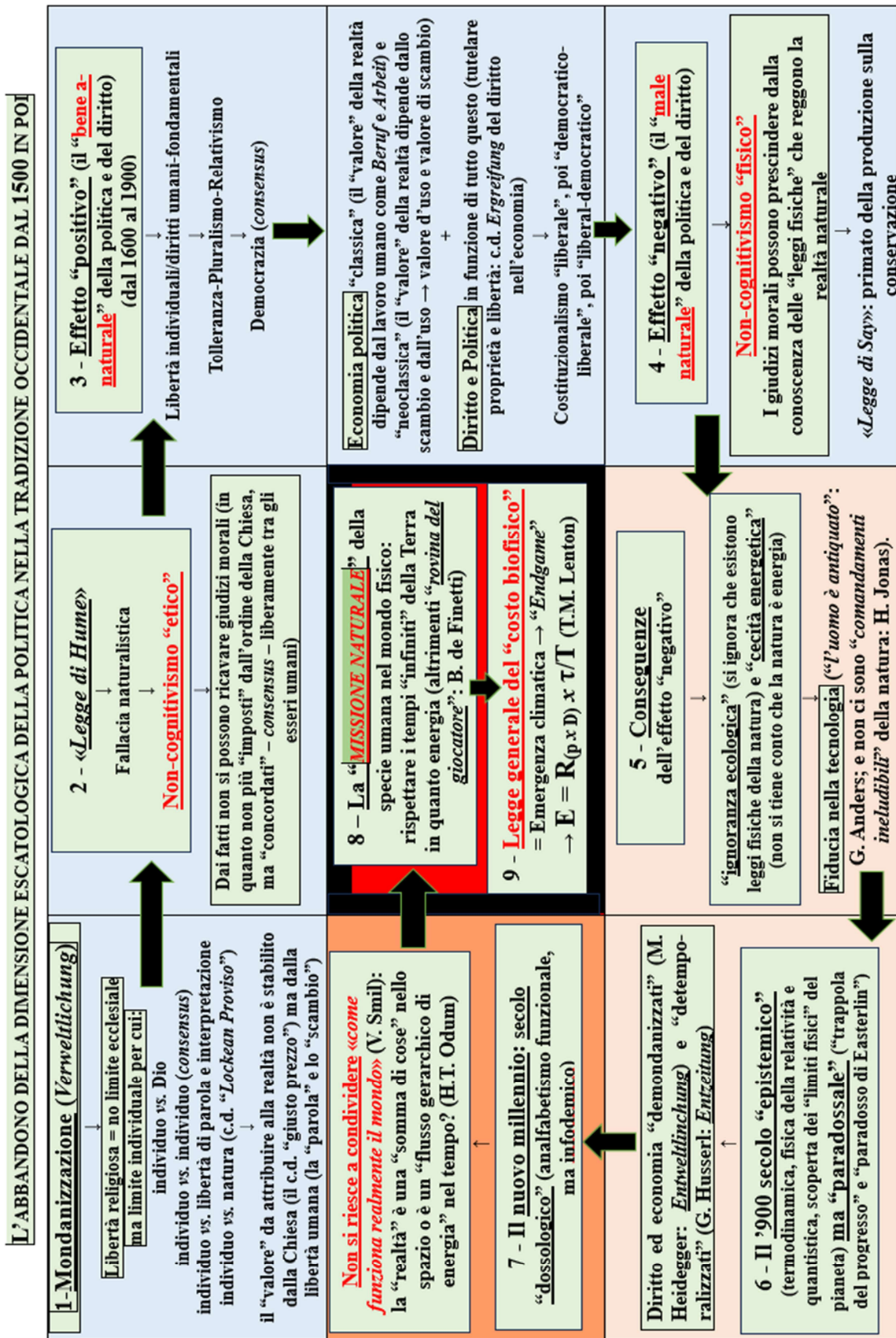
IL CIRCOLO RELIGIONE ↔ MORALE ↔ CONOSCENZA ↔ NATURA (DAL 1500 A OGGI) NELLA POLITICA E NEL DIRITTO (E NELL'ECONOMIA), DOPO LA ROTTURA DELL'UNITÀ DELLA RES PUBLICA CRISTIANA (RIFORMA PROTESTANTE = NON PIÙ ORDO RERUM ↔ ORDO IDEARUM) "MISSIONE" (FISSATA DA DIO) → "VOCAZIONE" (ELABORATA DALL'INDIVIDUO) → "MISSIONE" (FISSATA DALLA NATURA)

L'umanità è in "deficit" energetico con il Pianeta = è stata superata la «capacità portante» del sistema climatico (in tutte le sue cinque sfere) da parte della specie umana (c.d. «equazione preda-predatore»)



La «capacità portante» è una legge di natura (l'estinzione di una specie dipende dal superamento della «capacità portante» delle sue prede. Es. se il leone preda tutte le zebre, si estingue pure il leone predatore). L'umanità viola questa legge di natura. Qual è la «causa» di questa violazione? Quali sono le «soluzioni»?





LA DISFUNZIONALITÀ BIOFISICA UMANA

Disconnessione biofisica spaziale

Il commercio e le migrazioni definitive (differenza da semi e migrazioni stagionali)

Squilibri ecologici nei luoghi di arrivo (virus, malattie, batteri, incroci)

Squilibri ecologici nei luoghi di partenza (virus, desertificazione, estinzioni)

Diritti, libertà e benessere spazialmente diseguali (es. ISU)

c.d. "frattura" metabolica (*Metabolic Rift*)

Dall' antichità ad oggi

Disconnessione biofisica temporale

estrazione delle risorse fossili

squilibrio temporale tra la sedimentazione di milioni di anni della natura fossile, i benefici immediati di estrazione e consumo e gli effetti negativi futuri per migliaia di anni nelle concentrazioni di gas serra in atmosfera e nella destabilizzazione del sistema climatico

Diritti, libertà e benessere tossici e intergenerazionalmente diseguali

c.d. "frattura" carbonica (*Carbon Rift*)

Dalla rivoluzione industriale in poi

SCAMBIO ECOLOGICO DISEGUALE TRA CHI COMMERCIA ED ESTRAE FOSSILE E CHI È IMPOVERITO DAGLI SQUILIBRI ECOLOGICI SPAZIALI DEL COMMERCIO E DANNEGGIATO DAGLI EFFETTI TEMPORALI DELLE EMISSIONI FOSSILI (LA C.D. «IRRESPONSABILITÀ ORGANIZZATA» MODERNA: U. BECK)

“CANCERISMO” DEL METABOLISMO INDIVIDUALE E SOCIALE UMANO

ANIMALI – PIANTE – BATTERI

(METABOLISMO SOLO ENDOSOMATICO → ENERGIA NETTA)

Animali e piante non si appropriano della produzione primaria naturale (la trasformazione dell'inorganico in organico), ma semplicemente si cibano dell'organico per recuperare energia. Il metabolismo è circolare.

Soddisfacimento di bisogni solo per via di sostanze organiche (uguali all'organismo) (mangiare, bere, riprodursi, ripararsi, giocare)

ESSERE UMANO

(METABOLISMO ANCHE ESOSOMATICO → ENERGIA DISSIPATA)

Gli esseri umani si appropriano dell'organico e inorganico (HANPP), non solo per recuperare energia, ma anche per produrre energia e sfruttare energia (eMergia). Il metabolismo produce Gap di circolarità.

Soddisfacimento di bisogni non solo naturali e anche per mezzo di sostanze inorganiche (estranee all'organismo) (attrezzi metallici, monili, armi, moda, tecnologie, manipolazioni genetiche, uso del fossile)

L'EMERGENZA CLIMATICA COME «ABORTION POLITICS» O «TORNADO POLITICS»

Oggi, il quadro della “*Legge di Hume*” e del “*Business As Usual*” è messo in discussione dall'emergenza climatica. Il che ridimensiona anche la “credenza” nello “sviluppo sostenibile”, mito costitutivo del secondo Novecento, verosimile – come scrisse l'economista John Kenneth Galbraith – quanto «*le previsioni di un astrologo*».

Per comprenderlo, bisogna procedere per ordine.

La storia culturale del clima ha studiato il rapporto tra clima e organizzazione umana della società, con particolare riferimento alle rappresentazioni intellettuali dei fenomeni atmosferici.

Invece, la teoria legale e politica ha considerato la relazione storica tra clima, risorse naturali, cambiamento climatico e diritto all'interno di quattro differenti linee di ricerca: l'influenza del clima sui regimi politici; la dipendenza delle forme di organizzazione e regolazione sociale dal tipo di energia utilizzata; l'emersione del tema della sostenibilità ambientale come conseguenza delle forme di sfruttamento della natura; il condizionamento dei sistemi di produzione energetica sulla qualificazione dello spazio e delle categorie giuridiche.

Particolarmente interessanti sono le due ultime prospettive.

Gli studi di Bernd Marquardt e Rolf Peter Sieferle consentono di suddividere la storia del diritto in ere energetiche. Ognuna di queste ere è stata contraddistinta da modalità differenti di interazione tra luoghi-relazioni giuridiche-funzioni ecosistemiche-flussi di materia ed energia. Da esse sono dipesi i modi di produzione e distribuzione dei beni come anche i contenuti delle libertà e i relativi regimi legali.

L'uso umano dell'energia, quindi, non ha semplicemente interagito con il sistema climatico. Ha anche modificato nel tempo l'ecodipendenza dell'azione umana dalla natura e ha alterato il ritorno energetico delle libertà, ossia il rapporto tra energia necessaria all'esercizio concreto delle libertà e le fonti disponibili per mantenerla.

Nell'era del diritto “*paleolitico*”, l'umanità, vivendo prevalentemente di raccolta e caccia per sopravvivere, asseconda i cicli naturali di beni, risorse e servizi ecosistemiche, adattandosi ad essi (si pensi alla disciplina del lavoro e del riposo, rispetto al giorno e alla notte per la caccia, oppure al nomadismo). Di conseguenza, il soggetto umano, in quella fase storica, opera come semplice “*consumatore ecosistemico*” subordinato alla natura.

Nell'era del diritto “*bio-chimico*”, l'umanità impara a praticare l'agricoltura e la pastorizia e quindi può riprodurre e trasformare risorse e beni naturali. Il soggetto umano si trasforma in “*produttore ecosistemico*”, non più solo “consumatore”. Tuttavia, i beni agricoli e gli allevamenti sono beni deperibili, da curare e preservare. Di conseguenza, la funzione umana resta ancora subordinata alla natura.

Nell'era “*fossile*”, invece, l'umanità scopre nuove risorse naturali (la c.d. “foresta sotterranea” del carbon fossile e successivamente del petrolio e del gas), che non servono per sopravvivere, in quanto non si possono né mangiare né bere, ma consentono processi inediti di trasformazione energetica. Il soggetto umano si evolve in “*manipolatore ecosistemico*” della natura. Si emancipa definitivamente dalla natura biochimica e produce beni di diretta o indiretta derivazione fossile, con un valore d'uso e di scambio superiore persino ai beni primari di sussistenza.

In questo modo, l'energia fossile ha dissociato l'essere umano in due dimensioni asimmetriche:

- quella materiale di consumo
- e quella naturale di sopravvivenza,

dentro una crescente differenziazione tra bisogni umani si base che permangono eco-dipendenti – mangiare, bere, respirare e riprodursi come *Homo climaticus* – e bisogni artificiali di scambio e consumo – come *Homo consumens*.

Quest'ultima dimensione, nel corso del Novecento, ha inciso sui contenuti dei diritti e delle libertà, trasformate da questa dissociazione in contenuti prevalentemente e crescentemente materiali (il diritto di “avere” prima ancora che il diritto di “sopravvivere”). Su questa crescita materiale è stato edificato anche il *Welfare State*.

In altre parole, il benessere sociale (da mantenere o da promuovere, a seconda di contesti) è stato fondato sul “carbonio” (CO₂, CH₄ e altri gas serra) e sul loro “inquinamento”, come spiegano Timoty Mitchell, Andreas Malm, Jeremy Rifkin, Michel Serres nei loro studi.

In altri termini, è stato realizzato attraverso un inedito esperimento geofisico-costituzionale che contemporaneamente ha consumato, nel giro di poche generazioni, risorse accumulate nel sottosuolo nei precedenti milioni di anni (i gas serra), per poi rilasciarne nell'atmosfera quantità crescenti sotto forma di inquinamento, riscaldamento globale e conseguente cambiamento climatico, che destabilizza l'intero sistema climatico, ossia l'intero pianeta Terra in tutte le sfere che lo compongono (litosfera, atmosfera, criosfera, idrosfera e biosfera).

Le ricerche sul “metabolismo sociale” e sulla “bio-economia” hanno comprovato questo scenario: l'energia fossile ha promosso sempre le libertà come opportunità “materiali” (in termini di “progresso”, “sviluppo”, “crescita”, “emancipazione”, “coesione sociale”), ma, dall'altro, ha causato crescente entropia nel sistema Terra, in quanto le risorse fossili sono sì esauribili ma enormemente e negativamente impattanti sul sistema Terra.

Numerosi studi ne hanno dato riscontro. Se ne citano quattro, molto recenti:

- quello sulla c.d. “equazione dell'Antropocene”;
- il richiamo alla natura “*consumptagenic*” (ossia di consumo materiale, non necessario alla sopravvivenza biochimica degli esseri umani) del soggetto sociale contemporaneo;
- la ricostruzione dei consumi di energia necessari al benessere sociale degli ultimi decenni;
- la prevalenza dell'antropomassa (ossia i beni materiali di produzione umana) sulla biomassa (ossia i beni naturali, prodotto naturalmente dal sistema Terra), di cui si è già fatto cenno.

L' “equazione dell'Antropocene” ha permesso di misurare la pressione della crescita e del mantenimento del benessere umano sui cicli fisici e chimici della Terra, dimostrando come quel benessere sia diventato, nell'arco di meno di un secolo, quantitativamente prevalente e totalmente dominante su qualsiasi processo naturale, a causa delle risorse fossili.

Il secondo osserva come l'autonomia materiale di accesso a diritti e libertà abbia condizionato la convivenza civile, convogliandola verso stili di vita fondati sulla crescita dei consumi materiali, per tale ragione denominabili “*consumptagenic*”, sempre più predominanti rispetto ai bisogni naturali di sopravvivenza.

Il terzo mostra che, negli ultimi settant'anni, le attività umane hanno superato il consumo di energia degli 11.700 anni precedenti, in gran parte grazie al ricorso ai combustibili fossili.

Infine, il quarto verifica il peso della produzione di beni materiali, necessari ai consumi umani, sulla biomassa dell'intero pianeta Terra.

Soltanto le recenti Costituzioni andine del "*Buen Vivir*" (non a caso di matrice indigena, quindi pre-fossile) esprimono un tentativo di superamento di questo circolo vizioso, abbandonando il mito del *Welfare State* in funzione di tentativi di legittimazione del "*Caring State*" e del cosiddetto "*post-sviluppo*".

Tuttavia, i fenomeni di inquinamento e di emissioni antropogeniche di gas serra hanno reso evidente un'altra caratteristica problematica dell'era fossile del diritto: la qualificazione dello spazio e dei soggetti giuridici in funzione dei sistemi di produzione energetica.

L'evoluzione del diritto è una storia di appropriazione umana di spazi.

In questa prospettiva, il potere costituzionale non è stato altro che un potere "ecologico" ossia di delimitazione dello spazio per l'appropriazione delle risorse naturali, prima ancora che dei soggetti. Questo potere "ecologico" ha contraddistinto soprattutto la tradizione giuridica occidentale, producendo un ordine dello spazio, strutturato su due differenti relazioni:

- luogo di oggetti fisici, in relazione con l'essere umano (si pensi al diritto di proprietà),
- e luogo di relazioni esclusivamente umane, distinte dalla realtà fisica (si pensi al contratto come strumento di acquisto e di consumo di beni).

La distinzione ha quindi creato una separazione tra ordine delle cose naturali e ordine delle relazioni sociali, tra sistema costituzionale e sistema climatico.

Essa, inoltre, ha generato ulteriori conseguenze di separazione: basti pensare alla divisione fra diritto privato (come ordine di relazioni tra esseri umani e cose) e diritto pubblico (come ordine di relazioni tra esseri umani, nella dialettica di libertà e potere); a quelle tra suolo e sottosuolo nella disciplina dei diritti di proprietà e tra libertà politiche e libertà economiche; alla classificazione hobbesiana dei "beni pubblici" (ossia dei poteri umani verso altri umani e verso le cose in termini di sicurezza, giustizia, pace, guerra, proprietà ecc.).

Il funzionamento del sistema Terra, e più in generale della Natura, risulta l'eterno assente delle categorie giuridiche e politiche della tradizione giuridica occidentale, e assenza ha alimentato una costruzione del diritto e della politica totalmente ignoranti e cieche verso le leggi della termodinamica terrestre: leggi che pur nel corso degli ultimi secoli, dal Seicento in poi, sono state progressivamente conosciute e comprese.

Ancora una volta, su questa condizione di cecità ha influito comunque la *Verweltlichung* europea. L'individuo, emancipato dal giogo della Chiesa romana, si rapporta al mondo come realtà su cui costruire la propria libertà nel dominio e nell'appropriazione delle cose naturali: avere significa essere, per l'essere umano liberato dal potere escatologico. E avere significa anche esercitare libertà materiali ossia conseguire quello che l'illuminismo settecentesco denominerà "diritto alla felicità", una "felicità" non immaginaria né escatologica, perché appunto mondana, qui e ora.

Tuttavia, con l'utilizzo dell'energia fossile, gli effetti di queste libertà materiali si sono estesi all'atmosfera, individuandola come nuovo "territorio di conquista" del potere "ecologico" del diritto occidentale attraverso le emissioni antropogeniche di gas serra. Ancora una volta, tale percorso non è stato seguito dalle altre tradizioni giuridiche, da quella islamica a quella indigena.

Per questo motivo, esso ha alimentato anche il cosiddetto "estrattivismo epistemico", ossia l'imposizione del potere "ecologico" occidentale su altri modi di convivenza umana con la natura all'interno del sistema Terra (modi di vita che oggi chiameremmo "ecologici", ma che fino al recente passato venivano rubricati "sottosviluppati" o "primitivi", proprio perché privi di quella dimensione materiale e consumistica del "benessere" umano, acquisita solo dalla tradizione occidentale).

L'enunciazione formale di questo "estrattivismo epistemico" si può leggere nell'art. 22 del "Covenant" della Società delle Nazioni del 28 giugno 1919, il quale così disponeva, in merito alla concezione materiale e consumistica del "benessere" e dello "sviluppo":

«I principi seguenti si applicano alle colonie e territori che, in seguito alla guerra, hanno cessato di essere sotto la sovranità degli Stati che li governavano precedentemente e che sono abitati da popoli non ancora capaci di reggersi da sé nelle condizioni particolarmente difficili del mondo moderno. Il benessere e lo sviluppo di questi popoli formano una missione sacra di civiltà, e conviene incorporare nel presente Patto delle garanzie per il compimento di tale missione. Il miglior metodo per realizzare praticamente questo principio è di affidare la tutela di questi popoli alle nazioni progredite che, in ragione delle loro risorse, della loro esperienza o della loro posizione geografica, sono meglio in grado di assumere questa responsabilità e che consentono ad accettarla».

Nel corso del Novecento, le numerose teorie economiche e istituzionali sul cosiddetto sottosviluppo, sulla dipendenza, sulla sovranità delle risorse naturali e sullo sviluppo sostenibile sono state elaborate in continuità con questa originaria matrice del diritto occidentale.

Oggi, però, l'attuale situazione di emergenza climatica pone sfide inedite a questo contesto.

Per comprenderlo, è necessario riflettere nuovamente su che cosa sia l'emergenza climatica.

Come già ricordato, essa è resa con la seguente formula:

$$E = R_{(p \times D)} \times U_{(\tau/T)}$$

ossia l'emergenza consiste in

un aumento di rischi ambientali, ecosistemici, umani ecc. [$R_{(p \times D)}$], dipendenti dall'urgenza del poco tempo a disposizione per eliminarli o prevenirli e scongiurarli [$U_{(\tau/T)}$], considerato che il tempo del sistema climatico [T], nelle sue dinamiche di destabilizzazione e degenerazione, corre più velocemente del tempo umano di decisione [τ] su di esso.

Pertanto, in estrema sintesi, l'emergenza climatica non è uno "stato di eccezione" o una "parentesi" all'interno di una condizione "normale" di funzionamento di un sistema.

Questa idea di emergenza appartiene solo alla dimensione sociale della vita umana, riguarda, cioè, solo i sistemi sociali (con la politica e il diritto che li regolano).

Al contrario, l'emergenza climatica riguarda l'intero sistema climatico con tutte le sfere che lo compongono; in pratica, esso riguarda il sistema Terra, al cui interno operano i sistemi sociali con le loro politiche, il loro diritto e i loro tempi.

Solo che, come già constatato, sono i tempi umani a dipendere dai tempi del sistema climatico, non viceversa.

Ecco allora che l'emergenza climatica identifica – per la prima volta nella storia dell'umanità – la disfunzionalità tra tempi umani dei sistemi sociali e tempi bio-geofisici del sistema climatico.

Questa disfunzionalità mette in discussione propri i processi deliberativi improntati alla rappresentanza e alla partecipazione, fondati sulle opinioni e le “credenze” degli individui sui loro tempi umani.

Le ragioni di questa difficoltà sono appunto di natura temporale, ma anche spaziale e possono essere sintetizzate in due elementi.

La *ragione temporale* deriva dal fatto che il cambiamento climatico è un processo ad andamento esponenziale, per accumulo e per inerzia: gli effetti a cui stiamo assistendo oggi derivano dalle emissioni del passato, mentre gli effetti delle emissioni di oggi saranno sperimentati nel futuro. Un processo del genere è difficilmente governabile dalle democrazie rappresentative, che prendono decisioni nel breve periodo in funzione del consenso elettorale contingente, senza tener conto del passato e senza poter rappresentare, come si è visto, il consenso delle generazioni future. Questo significa che le deliberazioni democratiche sono strutturalmente irresponsabili su due fronti temporali: verso il passato, poiché non possono rispondere del consenso e degli errori che hanno prodotto i problemi climatici di oggi; verso il futuro, in quanto separano coloro che decidono oggi da coloro che subiranno in futuro le conseguenze delle decisioni di oggi.

La *ragione spaziale* dipende dalla constatazione che il legame tra emissioni antropogeniche e reazioni climatiche è di tipo ecosistemico e planetario. Tale legame attribuisce rilevanza ad alcuni luoghi o ambienti del pianeta, in ragione della loro funzione di equilibrio climatico globale (si pensi alla funzione ecosistemica dell'Amazzonia). Questi luoghi, però, rientrano nella giurisdizione sovrana dei singoli Stati e questi Stati non necessariamente sono democratici. Si assiste, pertanto, a un'asimmetria di regimi politici rispetto all'importanza comune di alcune funzioni ecosistemiche, con conseguente difficoltà a costruire metodi condivisi di discussione e decisione sulle sfide climatiche globali.

Non è un caso che i dibattiti sulla “*Governance*” del cambiamento climatico evidenzino questa contraddizione, mentre gli approcci partecipativi, come quelli richiamati in precedenza, operano su dimensioni spaziali e quantitative troppo piccole, di fronte alla condizione planetaria dell'emergenza climatico.

Insomma, per la prima volta nella storia del rapporto tra politica e diritto, ci accorgiamo che non esiste alcuna corrispondenza tra tempo e sfere della deliberazione politica (sia statale che locale, sia rappresentativa che partecipativa) e tempi e luoghi dei problemi climatici.

Del resto, alcuni Studiosi hanno ritenuto che la disfunzionalità della democrazia, resa oggi evidente dall'emergenza climatica, appartenga alla stessa natura della democrazia.

In questa prospettiva, possono essere ricordate quattro tesi:

- quella di Michel Foucault sulle democrazie rappresentative come forma di separazione tra specie umana e “pubblico”, in quanto fondate sul primato del voto

individuale e quindi della libertà di opinione sul destino del mondo rispetto alla funzione ecosistemica di qualsiasi attività umana;

- quella di Timothy Mitchell sulla natura “fossile” della rappresentanza politica moderna, incapace di liberarsi dai condizionamenti negativi del sistema energetico che ha contribuito a legittimare;

- quella di Chien-Yi Lu sulla incompatibilità tra “ordine spontaneo” del mercato globale, promosso e garantito dalle democrazie liberali, e “ordine necessario” del sistema climatico planetario;

- quella di Boaventura de Sousa Santos sulla identità “estrattivistica” della democrazia occidentale, fondata cioè sul valore di scambio di tutte le azioni umane invece che sul loro valore d’uso rispetto ai bisogni di sopravvivenza della specie umana.

In effetti, sappiamo bene che la rappresentanza democratica liberale riconosce e promuove la libertà di opinione e il pluralismo degli interessi (politici, economici, culturali).

Queste condizioni non necessariamente favoriscono soluzioni ottimali intorno alle questioni climatiche. Mancanza di competenza scientifica nei decisori, ignoranza degli elettori, giochi di veto tra interessi contrapposti, ruolo contestato degli esperti, persino il negazionismo e il complottismo (che sull’ignoranza altrui fonda la propria credibilità) sono tutte possibilità concrete che una democrazia liberale non può sopprimere, se non negando la libertà di opinione e di interessi, su cui essa stessa si fonda.

Alla fine, sembra che sia proprio lo statuto costituzionale del soggetto umano, legalmente costruito come individuo “politico” o “*stakeholder*”, invece che come soggetto “biosferico”, ad alimentare questo cortocircuito.

Di fronte all’emergenza climatica, le nostre libertà e i nostri diritti, nutriti di opinioni e “credenze”, ci mettono in difficoltà nel rintracciare una soluzione.

Tutti dovremmo esercitare il dovere di conoscere e comprendere l’emergenza climatica. Ma nessuno ci può obbligare a farlo.

Come si è visto, non esiste un “obbligo” di studiare e conoscere il sistema climatico, ancorché dal sistema climatico dipenda la nostra vita e soprattutto il futuro della vita di chi verrà dopo di noi.

Questo paradosso è stato spiegato molto bene dallo scienziato Roger Pielke, con la sua proposta di contrapposizione tra “*tornado politics*” e “*abortion politics*” nell’uso delle conoscenze scientifiche da parte dei decisori politici.

Pielke utilizza questa metafora, per spiegare il rapporto tra percezione pubblica del pericolo, tempi di decisione politica e utilizzo della scienza.

Quando le persone sanno che un *tornado* può colpire la loro città, esse tendono a cooperare e ad agire rapidamente, per proteggere la vita e i beni, propri e altrui. In queste situazioni, poi, i politici sono indotti ad assumere scelte più coraggiose, persino impopolari, e ad enfatizzare il primato degli interessi pubblici della salvezza comune, piuttosto che la pressione degli interessi particolari, soprattutto di carattere economico. Infine, la paura del pericolo imminente induce a far aumentare la fiducia pubblica verso i saperi esperti e il dialogo con la scienza. Esigenze di salvezza comune e utilizzo delle conoscenze scientifiche diventano prioritari e gerarchicamente superiori a qualsiasi altra valutazione dell’azione politica. La “*tornado politics*” descrive questo scenario.

Quando, viceversa, l'imminenza del pericolo non è visibile, l'effetto "*tornado politics*" non si produce e la politica continua a operare come se nulla fosse, sia sul fronte dei tempi di risposta sia su quello del dialogo con la scienza, in un contesto di opinione pubblica non particolarmente allarmata ed esigente, e in quadro di prevalenza delle opinioni e delle "credenze" sulle conoscenze. A queste condizioni, permane una logica di compromesso e regolazione di tutti gli interessi in gioco, senza alcuna gerarchia, secondo la prospettiva decisionale del *bilanciamento* o, al massimo, del *Nudging*, in continuità con una logica decisionale e argomentativa che, si è visto, essere definita "*Business As Usual*" (BAU). Situazione differente è quella che sempre Pielke denomina "*abortion politics*", dove le scelte assumono contorni conflittuali e tragici dal punto di vista morale (si pensi alle analizzate "scelte tragiche" che impediscono il *bilanciamento*), giacché mettono in discussione non fatti di pericolo imminente, come il *tornado*, bensì visioni della vita e dimensioni valoriali dell'essere umano nel mondo. In tale seconda ipotesi, non solo insorgono conflitti e tensioni irrisolvibili, inevitabilmente incidenti sulle decisioni pubbliche e sulla cooperazione, ma soprattutto diventa conflittuale il dialogo stesso con la scienza, le cui acquisizioni possono aprire scenari non sempre accettabili dal punto di vista morale. Di conseguenza, anche nell' "*abortion politics*" è difficile decidere, ma non perché non si riesce a dare priorità gerarchica agli interessi pubblici di salvezza comune, bensì perché il conflitto morale non è mai bilanciabile e la scienza non può sostituirsi agli interrogativi morali dei singoli individui (soprattutto in ragione dell'incidenza che ha avuto, nella tradizione occidentale, la richiamata "*legge di Hume*").

Ora, il riscaldamento globale, il cambiamento climatico e l'emergenza climatica come si collocano all'interno di questa dicotomia?

Producono "*tornado politics*" oppure "*abortion politics*"?

Purtroppo, i due fenomeni, sintetizzabili nella constatazione empirica dell'emergenza climatica, sono simili sia al "*tornado*" che all' "*aborto*".

In che senso?

Sono simili al "*tornado*", perché identificano un pericolo reale e già esistente, come un *tornado*, ma purtroppo non immediatamente "visibile" (a differenza del *tornado*). Questa distorsione "ottica" dello spazio-tempo rende le discussioni e decisioni sull'emergenza climatica più simili a quelle dell' "*abortion politics*", in quanto, non essendo appunto immediatamente "visibili" i pericoli come nel *tornado*, gli attori politici e sociali alimentano valutazioni morali soggettive, prima ancora che fondate sulla conoscenza e il dialogo con la scienza, con connessa scarsa cooperazione pubblica e azioni proiettate al compromesso di breve periodo, invece che al perseguimento dell'interesse pubblico di comune salvezza sul presente e sul futuro.

A sua volta, però, il compromesso contingente risulta comunque insoddisfacente per chiunque: sia per chi coltiva considerazioni morali (si pensi alla contrapposizione fra movimenti per la giustizia climatica e coloro che affermano la centralità morale dell'economia sulla natura) sia per chi conosce, attraverso la scienza, i contenuti effettivi di "*tornado*" dell'emergenza climatica (si pensi alle critiche degli scienziati nei confronti dell'inefficienza e inerzia dei decisori politici).

I DIRITTI DELLA NATURA COME SFIDA ALLO STATUTO COSTITUZIONALE DEL SOGGETTO

Ma come poter superare questa sorta di *impasse*?

La comparazione offre uno scenario di risposte, strutturato su tre esperienze:

- il ricorso alle c.d. “*climate change litigations strategies*”;
- le proposte di riconoscimento dei diritti della natura nelle Costituzioni o in altre fonti legali;
- i tentativi di costruzione di infrastrutture giuridiche transnazionali coerenti con la logica planetaria dei fenomeni climatici.

Queste pratiche convergono su tre presupposti di analisi dei problemi legali relativi all'emergenza climatica.

Il primo presupposto riguarda lo spazio delle decisioni legali e considera la natura anarchica della società internazionale, ovvero la mancanza di un apparato sovraordinato gerarchicamente agli Stati, capace di produrre reazioni planetarie unitarie all'emergenza climatica. Gli Stati restano i soggetti deputati all'attuazione del diritto, anche di quello internazionale. Tuttavia, le norme internazionali entrano negli ordinamenti statali generalmente attraverso strumenti di ratifica, e così divengono anch'esse parte del sistema legale nazionale. In definitiva, l'unico spazio effettivo di decisione sull'emergenza climatica è quello dei singoli Stati. Ma come agiscono gli Stati all'interno di questo spazio?

Su questo fronte, entra in gioco il secondo presupposto di analisi, riferito alla differenza fra tempi dell'emergenza climatica e tempi delle decisioni legali statali, che si è visto rappresentare il grande problema contemporaneo della disfunzionalità dell'emergenza climatica rispetto alle pratiche del diritto e della politica, sino ad oggi sperimentare.

Il terzo presupposto riguarda i contenuti delle decisioni legali statali, condizionati dalla logica della globalizzazione economica. Questa logica “cattura” lo Stato imponendo la priorità degli interessi economici e finanziari sulle ragioni della stabilità termodinamica del pianeta Terra.

Su quest'ultimo fronte, una formalizzazione legale di questo scenario di cattura economica della politica e del diritto è offerta dall' “*Energy Charter Treaty*” (<https://www.energycharter.org/>), una fonte di diritto internazionale che realizza una sorta di “Costituzione energetica”, in base alla quale le decisioni sovrane degli Stati non possono prevalere sugli interessi di investimento delle grandi multinazionali. Alcuni contenuti del documento rendono esplicita questa logica. L'art 18 stabilisce che «*The Contracting Parties recognise state sovereignty and sovereign rights over energy resources. They reaffirm that these must be exercised in accordance with and subject to the rules of international law*», Tuttavia, l'interpretazione ufficiale dichiarata dagli Stati è che «*Article 18(2) shall not be construed to allow the circumvention of the application of the other provisions of the Treaty*». La conseguenza pratica è che qualsiasi altra fonte di diritto internazionale, comprese quelle climatiche, non può prevalere sulla “Carta dell'Energia” e, in particolare, sull'art. 47, secondo il quale «*The provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party's withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date*».

Le citate tre pratiche legali convergono nell'obiettivo di contrastare o neutralizzare le conseguenze negative di questi tre presupposti.

Le “*climate change litigation strategies*” sono utilizzate in tutto il mondo per conseguire gli obiettivi di mitigazione dei cambiamenti climatici da parte di Stati o aziende, attraverso sentenze dei giudici. Esse enfatizzano l’uso della scienza nei tribunali e la prevalenza delle argomentazioni “consequenzialiste” rispetto a quelle “utilitariste” (ossia rivendicando la responsabilità dei decisori per le “conseguenze” delle loro azioni sul futuro, e non invece per le loro “utilità “sul presente). Pertanto, il loro scopo è quello di superare l’*impasse* tra “*tornado*” e “*abortion politics*”.

Le proposte di costituzionalizzazione o legalizzazione dei diritti della natura prendono spunto principalmente dalla Costituzione dell’Ecuador del 2008, la prima al mondo a riconoscere la natura come soggetto legale. Esse sono discusse anche in Europa e mirano a promuovere e legittimare una logica giuridica biocentrica ed ecosistemica, in modo da neutralizzare le forme di “cattura” dello Stati da parte degli interessi economici e finanziari globali, affermando che gli elementi naturali (dagli animali alle piante, agli ecosistemi, ai biomi, ai flussi di materia ed energia) limitano la politica e il diritto al pari dei diritti e delle libertà umane.

Infine, le ipotesi di infrastrutture giuridiche transnazionali sperimentano nuovi metodi legali per porre fine all’anarchia internazionale che indebolisce gli Stati nella lotta al cambiamento climatico (si consideri, in merito, la rete [Earth System Governance](#)).

Bisogna anche dire, però, che il quadro di queste pratiche non è soddisfacente.

Come ha scritto Tim Ingold «*knowledge is formed along paths of movement in the weather-world*». Questo vale anche per il diritto.

Con l’emergenza climatica, il “*weather-world*” mette in discussione l’ordine delle cose e delle parole della conoscenza legale e dell’agire politico.

Le suddivisioni legali secondo categorie separate tra sfera della natura e della cultura risultano ormai inadeguate a risolvere efficacemente tutti i problemi del sistema climatico nella sua dimensione planetaria. E la consapevolezza di questa inadeguatezza rende i nostri tempi estremamente differenti da qualunque altra epoca precedente dell’umanità. Il diritto, da strumento di controllo e cambiamento della realtà, si sta trasformando in elemento dipendente dal sistema climatico. La stessa cosa, di riflesso, investe la politica.

La comunità umana, creatrice dell’energia del carbonio e di regole che hanno legittimato la liberazione delle proprie azioni dai limiti della natura nel primato della “*legge di Hume*”, non è più il vero soggetto del cambiamento.

Al contrario, è divenuta l’ostacolo del cambiamento, per la sua intrinseca contraddizione che Dipesh Chakrabarty sintetizza così: «*a collectivity whose commitment to fossil-fuel based, energy-consuming civilization is now a threat to that civilization itself*».

Bisogna allora affidarsi al clima e al tempo atmosferico come riferimenti ineludibili delle nostre decisioni.

È un terremoto concettuale che non possiamo più evitare.

Ciò che abbiamo reso oggetto ben regolato dal diritto, la natura-sistema climatico, si ripresenta come soggetto che impone relazioni a tutti noi. Siamo ormai interconnessi al sistema climatico proprio per la necessità di ridurre, fino a sostituire completamente, le emissioni antropogeniche di gas a effetto serra.

In definitiva, l'umanità ha trasformato la Terra in una grande “*Common-sfera*”; “*Common*”, però, che presenta una serie di “mali comuni”: “*Common bad*” (riscaldamento globale, inquinamento, perdita di biodiversità ecc...). Questo “*Common*”, tuttavia, è orfano di sistemi legali adeguati.

Ecco perché il “bene comune”, che la “*legge di Hume*” immaginava di perseguire attraverso una morale esclusivamente umana e antropocentrica, si è tramutato in un “*male comune*” (la “*preoccupazione comune dell'umanità*”, di cui parlano le fonti e i documenti sull'emergenza climatica, a partire dall'UNFCCC del 1992), che ci costringe a condividere la minaccia, nel paradosso di non trovare soluzioni unitarie a livello planetario.

Scopriamo così che la legge umana non è conforme alla “*prima legge dell'ecologia*”, enunciata non da oggi da Barry Commoner: ogni cosa è connessa con qualsiasi altra.

Quindi anche il diritto e la politica sono connessi tra di loro e con il sistema climatico.

Questa duplice tensione, tra leggi umane (e “*legge di Hume*”) e “*prima legge dell'ecologia*” – da un lato – e tra tempi del sistema climatico e tempi umani – dall'altro – identifica la sfida epocale del diritto e della politica di oggi e di domani: quella che ci imporrebbe – se solo provassimo a conoscere la fisica del pianeta, invece di continuare a fidarci solo delle nostre opinioni e “credenze” – di abbandonare il “*Business As Usual*”.

Consigli bibliografici sugli argomenti affrontati

Sul tema della “*legge di Hume*”, si v.

P. Sgreccia, *Legge di Hume e fallacia naturalistica*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, vol. VII, Napoli, ESI, 2014.

Sulle singolarità dell'individualismo umano e delle sue libertà materiali, si v.

Y.N. Harari, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Milano, Bompiani, 2017.

Sulle “ere energetiche” del diritto e della politica, si v.

R.P. Sieferle, B. Marquardt, *La Revolución Industrial en Europa y América Latina. Interpretaciones ecohistóricas desde la Perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo Social*, Bogotá, Univ. Nacional Colombia, 2009;

R.P. Sieferle, *The Subterranean Forest. Energy Systems and the Industrial Revolution*, Cambridge, The White Horse Press, 2001;

V. Smil, *Come funziona davvero il mondo. Energia, cibo, ambiente, materia prima*, trad. it., Torino, Einaudi, 2022.

Sulla formula dell'emergenza climatica, si v.

T.M. Lenton, J. Rockström, O. Gafney, S. Rahmstorf *et al.*, *Climate tipping points — too risky to bet against*, in *Nature*, 575, 2019.

Sulle inadeguatezze della democrazia

H.H. Hoppe, *Democrazia. Il Dio che ha fallito*, trad. it., Macerata, LiberiLibri, 2001.

Su “*tornado politics*” e “*abortion politics*”, si v.

R. Pielke jr., *The Honest Broker: Making Sense of Science in Policy and Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Sulle sfide dell'emergenza climatica al diritto e alla politica, si v.

P. Bargués, D. Chandler, S. Schindler *et al.*, *Hope after 'the end of the world': rethinking critique in the Anthropocene*, in *Contemporary Political Theory*, 23, 2024;

Ottava conclusione

Di fronte alla sfida dell'emergenza climatica, la funzione delle regole giuridiche e della politica non può più essere limitata alla riduzione dell'impatto umano sull'ambiente. Non può continuare a trincerarsi dietro la "legge di Hume" e a praticare il "Business As Usual". È necessaria una trasformazione teleologica dei sistemi legali, in cui l'assenza di interferenza umana sulla stabilità climatica del pianeta diventi la *ratio* di ogni regola e azione politica.

Ulteriore bibliografia su tutti i temi trattati

è scaricabile o consultabile dai due siti di ricerca del Corso:

www.cedeaum.it

www.analisielogicadeldiritto.it