



*SALVATORE MAZZAMUTO*  
*Professore emerito – Università Roma Tre*

## **L'EUROPA DEL DIRITTO: QUALI PROSPETTIVE**

1. – Le parole di Umberto Eco del 1995 a proposito del “fascismo eterno” o metaforico, che è cosa diversa dal fascismo storico, sono straordinariamente attuali esse, infatti, si possono ben riferire al mix di autoritarismo, nazionalismo o sovranismo, antieuropeismo e populismo che ha caratterizzato per un certo tempo la nostra temperie politica ma che oggi sembra accennare ad una nuova apertura ai valori della democrazia, dell'unità nazionale, della solidarietà sociale e dell'europeismo.

In sintesi, questi sono secondo Eco i tratti distintivi dell'archetipo: identità aggressiva e purismo etico; rifiuto della modernità e tradizionalismo reazionario; rigetto dei principi dell'89 e dei diritti individuali; irrazionalismo e primato dell'azione sulla riflessione e sulla discussione; decisionismo; culto della forza e “machismo”, anti-parlamentarismo; ostilità nei confronti della libertà di scienza, arte e stampa, sospette portatrici di germi critici; esaltazione dell'uomo medio e del senso comune; concezione del popolo come un tutt'uno indifferenziato; corporativismo; intolleranza nei confronti dei “diversi” e dei “non integrabili”; xenofobia variamente motivata e razzismo; pensiero unico e unanimità; fantasmi di complotti; nazionalismo ripiegato su se stesso contro internazionalismo e, a maggior ragione, cosmopolitismo; complesso di unicità e di superiorità, unito a vittimismo che sfocia in aggressività. Il linguaggio del fascismo eterno o metaforico è un parlare violento e plebeo; che accarezza l'ignoranza e la banalità di massa.

A fronte di tutto ciò ed alla evidente difficoltà dell'attuale opposizione di riorganizzarsi per impedire una vera e propria catastrofe etico-politica perché ripartire dal rapporto tra diritto e democrazia e soprattutto perché convocare ciò che rimane dei c.d. giuristi democratici – potrebbe sembrare un autentico amarcord – invitandoli a darsi una nuova visibilità e proprio a partire dall'università?

Per rispondere al quesito occorre innanzitutto ricordare la polverizzazione dei c.d.

# JUS CIVILE



giuristi democratici che fa da pendant alla singolarizzazione del corpo sociale: un tempo i c.d. giuristi democratici facevano capo ai partiti, specie della sinistra comunista, socialista, laica e cattolica, ai sindacati, all'associazionismo della magistratura, all'accademia che dava vita a nuove scuole non più puramente baronali. Poi c'è stata la corsa al centro o ai movimentismi.

Dell'antico impegno sono rimaste solo macerie e l'odierno buio pesto: ma come ci ricorda la Cabalà occorre toccare il fondo per poter risalire.

Vediamo in dettaglio. Il centro di riforma dello Stato e l'Istituto Gramsci, la Consulta giuridica della Cgil hanno perso funzione e visibilità al traino della crisi della sinistra.

L'associazionismo dei giudici ha perso la sua originaria funzione culturale e si è risserrato in un corporativismo a tenuta stagna e in uno scontro perenne col sistema politico che ha generato soltanto – come dimostra anche l'esperienza odierna – tendenze giustizialiste, da un lato, e tendenze autoritarie volte a minare l'indipendenza della magistratura, dall'altro. Anche qui si affaccia la polverizzazione e molti magistrati vorrebbero che il CSM venga nominato per sorteggio. Sarebbe la fine dell'associazionismo e della sua residua funzione culturale. Un inciso. Perché non ricorrere ad una via di mezzo: sorteggiare soltanto gli eleggibili e poi procedere a regolari consultazioni elettorali tra i giudici rompendo quel collegamento perverso tra governo delle carriere e formazione del CSM che costituisce una delle storture del sistema senza buttare il bambino con l'acqua sporca?

L'università dal canto suo sta abbandonando il compito costituzionale di provvedere alla formazione del giurista che rimane preda di prassi burocratiche le quali soffocano la ricerca e il reclutamento e si prestano ad autentiche collusioni con il mondo delle professioni e dell'imprenditoria generando lobbies in veste di autorità indipendenti che distribuiscono patenti di scientificità alle case editrici e agli organi di stampa specializzati. Il reclutamento è ormai in mano ad associazioni d'interesse di dimensioni nazionali che dominano la formazione delle commissioni d'esame e fanno rimpiangere il bel tempo antico dei c.d. baroni: si dimentica che la scienza giuridica non ha a disposizione collaudati sistemi valutativi di rango internazionale come le c.d. scienze esatte ed è quindi assai alto il rischio di contaminare la scelta dei candidati meritevoli con opzioni politiche o clientelari.

Sul piano del metodo, la maggioranza dei giuristi tout court va al traino della giurisprudenza e si accontenta delle pseudo-teorie del diritto liquido e delle fonti liquide o peggio ancora della c.d. postmodernità per giustificare la propria incapacità a fungere da coscienza critica e a perseguire comunque la costruzione del sistema giuridico inteso come sistema aperto ai valori e alle prassi ma restio a un decisionismo caso per caso della giustizia e della politica.

# JUS CIVILE



A fronte di tale inadeguatezza dei giuristi rimane viceversa la centralità del diritto e la funzione imprescindibile della scienza giuridica. Non si tratta solo di difendere i diritti fondamentali e i valori insopprimibili della Costituzione ma occorre anche uno specifico contributo riguardante il caos delle fonti. L'Europa e la globalizzazione richiedono uno sforzo immane per rendere trasparente il rapporto tra le competenze: nel diritto nazionale tra legislazione sempre meno progettuale e frantumata e tendenze dei giudici al diritto libero e nel diritto europeo tra prerogative della Commissione e del Parlamento, da un lato, e decisionismo senza vincoli della Corte europea di giustizia e della Corte europea dei diritti umani, dall'altro.

In poche parole, non v'è certezza delle competenze circa la produzione e l'applicazione del diritto che rimangono affidate a luoghi incontrollabili in sede europea ed internazionale. Non bisogna comunque confondere la certezza delle competenze con la certezza delle regole deputate a disciplinare le relazioni sociali: il primo tipo di certezza è necessaria per la democrazia; il secondo tipo di certezza può essere anche diminuita a favore della giustizia sostanziale del caso per caso tramite principi e clausole generali ma anche qui occorre aver chiaro che la calcolabilità è un requisito necessario per talune zone dell'ordinamento come il diritto penale ove deve prevalere la stretta legalità ma anche del mercato ove risulti utile la pianificazione d'impresa.

La lotta per il diritto è dunque lotta per la democrazia e occorre proprio ripartire dai luoghi della cultura giuridica dall'università dalla magistratura dall'avvocatura.

Di tutto ciò va reso edotto il dibattito politico che ci appare sin troppo autoreferenziale e poco attento ai temi di cui stiamo discorrendo: occorre lavorare ad un fronte ampio di ispirazione europeista nel cui ambito trovino spazio le correnti storiche del nostro pensiero politico: il socialismo democratico, il cattolicesimo democratico, il liberalismo democratico.

È bene anche che si rifletta sul carattere prematuro della morte della forma partito: ciò ha contribuito alla polverizzazione della partecipazione politica, alla perdita di sedi collettive di elaborazione culturale, al prevalere della comunicazione senza partecipazione e dibattito tramite le reti e le televisioni. Si ritorni dunque ai partiti con strutture aperte ma con indirizzi culturali riconoscibili. È tempo di dire basta alla confusione dei progetti e dei valori intorno a personalità magari carismatiche ma prive di capacità di governo. È solo sulla base della rinascita delle identità culturali e politiche che sarà possibile costruire un'alternativa di governo basata su programmi ed analisi affidabili della realtà: a tale alternativa è bene che anche i giuristi diano il loro fondamentale contributo che rimane comunque essenziale al di là dell'odierna contingenza politica.



2. – Andiamo ora più in particolare all'Europa del diritto. Le due parole fatidiche «sovranoismo» e «populismo» si sono imposte nella scena europea ma le definizioni dei relativi concetti appaiono assai poco nitide: il sovranismo sembra stabilmente avviato a rappresentare l'alternativa all'europeismo o al globalismo anche se i suoi interpreti non perdono occasione di precisare che «il problema non è l'Europa, ma *questa* Europa»; il populismo viene spesso riportato in chiave oppositiva a concetti eterogenei: i sostenitori ritengono che agli antipodi del populismo c'è l'elitarismo o la tecnocrazia, laddove i detrattori collocano all'altro corno dell'alternativa la democrazia *tout court*. Tutti gli schieramenti in campo sembrano comunque convergere nella descrizione del contesto storico nel quale i concetti in esame stanno prendendo forma; in tale descrizione campeggia la parola “crisi” variamente declinata: crisi dell'Europa, crisi dello Stato, crisi della legge, crisi della democrazia e crisi del sapere tecnico.

La tecnica giuridica, consegnata dall'illuminismo al diritto moderno, nasce come garanzia delle prerogative del cittadino di fronte alle indebite interferenze del potere statale e si organizza secondo regole generali e astratte che obbediscono al principio di uguaglianza formale sintetizzato nel teoria del soggetto della tradizione settecentesca. Il sistema imperniato sul soggetto astratto di diritto trova compiuta elaborazione nelle codificazioni ottocentesche debitrice del modello dello Stato Nazione di cui il diritto è, dunque, espressione.

Il binomio sovranoismo-diritto appare storicamente un dato inconfutabile, eppure le linee ispiratrici dei codici civili tra l'otto e il novecento manifestano anche un'attenzione alla extra-statalità che relativizza il rapporto tra diritto e Stato e consegna al primo una dimensione marcatamente tecnica: una tecnica che si farà poi portatrice di istanze sociali sulla scia del disegno costituzionale.

Una tale trasformazione della tecnica non sarebbe potuta avvenire senza la mediazione politica dei partiti ed anche oggi, d'altronde, non sembra si possa farne a meno ma un tassello importante dello schema è venuto meno: un tasso di fiducia dei cittadini attorno al 3% testimonia la cosiddetta “crisi dei partiti” che è in ultima istanza crisi della democrazia nella forma sin qui sperimentata. L'ordito giuridico che fino a oggi ha strutturato il tradizionale assetto istituzionale entra in crisi di conseguenza.

Il populismo si inserisce in questa frattura tra popolo e tecnica giuridica proponendo la magica soluzione della “disintermediazione” politica e giuridica in favore di una rete informale che, da un lato, esalta l'individualità dell'«uno vale uno», ma, dall'altro, consegna le individualità al mare indistinguibile della massa anonima dove «nessuno conta niente». La democrazia si trasforma allora in demagogia, con l'esaltazione del ruolo di

# JUS CIVILE



guida affidato ad un capo che vede nella tecnica un ostacolo al rapporto simbiotico che intrattiene con “il suo popolo”.

Se «sovrana è la massa, non la legge» la tecnica giuridica capitola in particolare dinanzi ad un pangiudizialismo emozionale che di tecnico ha poco o niente; un pangiudizialismo che farebbe volentieri a meno della Corte costituzionale (custode di una tecnica, prima che di un potere) come più in generale farebbe a meno del sapere tecnico del singolo giudice, oggi selezionato tramite un concorso pubblico che ne certifica il sapere, per l'appunto, tecnico, ma un domani chissà, forse eletto direttamente da quel popolo che nei tecnicismi del diritto sembra vedere solo inspiegabili ostacoli alla legittima soddisfazione delle proprie pulsioni di giustizia.

Gli inviti volti a riconsiderare quella particolare tecnica che articola materialmente il “garantismo penale” sono emblematici di tale vicenda. La pulsione e l'emozione di una collettività sembra incompatibile con il riconoscimento del dubbio, e con il rischio dell'arbitrio, e le garanzie riconosciute all'imputato divengono inspiegabili orpelli burocratici in grado di acuire e testimoniare la frattura tra “popolo” e legge; una frattura che, come si è detto, il populismo ambisce a ricomporre de-tecnicizzando il diritto e ponendolo il più possibile a ridosso del sentimento collettivo. Ancorato chissà ancora per quanto al suo principio di stretta legalità, il diritto penale corre il rischio di venire rappresentato come un sistema simbolico di soddisfazione collettiva incentrato sulla vendetta contro classi di soggetti. È l'emozione del popolo fagocitata e fatta propria dal capo di turno che porta ad un diritto penale strumentalizzato a fini elettorali, non filtrato dalla tecnica, e dunque emergenziale, e specchio fedele della parte di società che intende rappresentare. Gli anticorpi – tecnici – che, in ipotesi, impedirebbero ad una maggioranza razzista e violenta di produrre un diritto penale a sua immagine, magari configurando pene diversificate a seconda del gruppo etnico di appartenenza oppure trasformando la legittima difesa in vendetta, sono messi in discussione a più livelli dell'architettura istituzionale.

Sul fronte del diritto civile, più lontana dal clamore mediatico e, dunque, ai margini del dibattito di politica del diritto, la questione appare diversa nelle forme ma uguale nella linea di tendenza che esprime. Diversa nelle forme perché proprio questo scarso interesse pubblico ostacola l'affermazione di un “diritto civile elettorale”. Uguale nella linea di tendenza perché svincolato dalla legge per il tramite di alcuni concetti chiave, nati nobili e poi banalizzati in una indistinta equità – “interpretazione creatrice”; “lettura costituzionalmente orientata”; “giustizia contrattuale”; “ordine pubblico internazionale”; “effettività della tutela” e quant'altro – il nucleo tecnico del diritto civile appare da tempo eclissato a favore di un analogo “diritto emozionale”.

# JUS CIVILE



La proliferazione dei diritti soggettivi dal sapore vagamente consolatorio, ma intimamente individualistici e privi di un supporto sociale o di classe con una buona eccezione nel caso dei beni comuni è un'altra caratteristica del tempo presente.

Il reticolo dei nuovi diritti soggettivi urge sovente dal basso e si indirizza preferibilmente al giudice ancor più che al legislatore, sicché la tecnica, quando è accampata, al più è strumentale all'emersione di ciò che alcune sentenze chiamano candidamente "senso comune" o "coscienza sociale".

Il senso comune a ben vedere è l'opposto del sapere tecnico: il giudice, liberato dal formalismo della morsa tecnica, difatti coltiva in realtà l'ambizione di entrare in presa diretta con la gente; il sapere tecnico, però, e qui la vicenda si consegna nitida all'osservatore, non è fine a se stesso, ma rappresenta una soluzione a problemi che tendiamo a dimenticare.

Il primo problema che il diritto moderno era chiamato a risolvere, come si è detto, è quello di garantire l'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge. Un diritto consegnato all'abilità del singolo giudice di interpretare il cangiante e oscuro "umore della gente" è un diritto che si condanna alla soggettivizzazione di una, dunque incalcolabile, decisione. Il riflesso di tutto ciò è paradossale perché il giudice dà torto o ragione e, quindi, nel singolo caso vi sarà sempre la prevalenza di una visione del mondo a discapito dell'altra e si dovrà allora attendere il consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali e la chiarificazione in sede nomofilattica per conseguire una pacificazione dai contorni chiari e di portata generale. E sarà comunque una pacificazione percepita come un prodotto predisposto da un gruppo di sapienti e non già come il frutto di un processo di condivisione. Il discorso torna così al punto di partenza ossia al congegno istituzionalmente deputato alla decifrazione del senso comune qual è la democrazia rappresentativa: quella stessa crisi della democrazia sperimentata che porta al populismo legislativo appare come il motore del populismo giudiziale. Il giudice e il capo politico reinterpretano la loro funzione colmando il vuoto lasciato dalla partecipazione politica disegnata dalla Costituzione.

Queste brevi riflessioni vogliono costituire un punto di partenza per un dibattito aperto che si proponga di comprendere le cause che hanno determinato l'attuale stato di cose, ma soprattutto di avviare una riflessione sul ruolo del sapere giuridico e sulla fonte della sua legittimazione, con la consapevolezza che, quando la politica assedia il sapere tecnico, la sua difesa diventa anch'essa una questione politico-istituzionale di primaria importanza.