

Stato di diritto o stato di giustizia? Osservazioni critiche su un'alternativa troppo rigida

Francesco Biondo

SOMMARIO: 0. *Premessa*. – 1. *La nozione di Stato di diritto e le sue declinazioni*. – 2. *Oltre l'alternativa formale-sostanziale*. – 3. *I problemi di una definizione "minima"*. – 3.1. *Stato di diritto, oligarchie, stato di giustizia*. – 3.2. *Quale catalogo dei diritti per un "ordine politico minimo"?* – 4. *Stato di diritto e giustizia procedurale imperfetta*. – 5. *Osservazioni conclusive*.

0. – *Premessa*

Si può affermare che il dibattito sullo “Stato di diritto” si nutra di due paradossi. In primo luogo più si usa questa nozione meno si è d'accordo sui suoi caratteri e la sua applicabilità a particolari regimi politici, del passato e del presente. In particolare, sembra che il successo del termine sia dato dalla sua vaghezza, dal fatto che differenti dottrine riempiono questo concetto di diversi e conflittuali significati all'interno di particolari teorie dell'obbligazione giuridica¹. In secondo luogo sembra che l'affermarsi del concetto come un elemento centrale nei processi di legittimazione in tutto il mondo sia coincidente con la sua crisi, sia in sede internazionale sia all'interno dei paesi di più lontana tradizione. In un certo senso si ha l'impressione che la nozione di “Stato di diritto” sia come “la nottola di Minerva” che vola al tramonto. La codificazione e l'affermazione del termine sembrano coincidere con la crisi di quelle dottrine e di quelle condizioni sociali e politiche che ne avevano reso possibile l'affermazione. Molteplici paiono gli elementi di tensione. Pensiamo al processo di riduzione delle libertà civili e politiche che da molte parti si lamenta in seguito ad “emergenze”, vere o presunte, come le spinte migratorie, la sicurezza contro la minaccia terroristica, l'emergere di organizzazioni criminali internazionali, ecc. Consideriamo il tramonto delle istituzioni dello Stato sociale – che avevano determinato un formidabile aumento del livello di vita delle classi medie, e, in parte, anche di quelle più povere – e il conseguente aumento della disuguaglianza sociale con la concentrazione della ricchezza e la ridotta effettività dei diritti di cittadinanza. Teniamo presente, inoltre, il processo di passaggio delle funzioni normative dalle autorità politiche nazionali a favore di istituzioni economiche (private o intergovernative) o politico-militari, che caratterizza la c.d. “globalizzazione” e la crisi della “legalità internazionale”.

C'è da domandarsi, quindi, in che termini si possa ancora parlare di “Stato di diritto”, se cioè usando ancora questo termine non si finisca 1) per usare una categoria ormai superata per interpretare gli odierni fenomeni giuridici, 2) per “imporre”, anche con gli strumenti dell'ideologia, una particolare concezione dell'ordinamento giuridico “giusto”. A mettere ordine in questo coacervo di questioni contribuisce un ponderoso volume curato da D. Zolo e P. Costa sulla storia, lo sviluppo e le prospettive di questa forma di Stato². In questo scritto vorrei soffermarmi sul contributo introduttivo di Zolo³,

¹ J. Raz, “Formalism and the Rule of Law”, in R.P. George (ed.) *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 309.

² P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.

in particolare sul suo tentativo di fornire una definizione di Stato di diritto che sia capace da una parte di tenere presente il patrimonio filosofico politico che ha fornito legittimazione a questo concetto, e dall'altra di selezionare le particolari realizzazioni di questa nozione nella storia. In questo modo, argomenta l'autore, si potrebbe approntare uno strumento teorico necessario anche per analizzare lo sviluppo di questa nozione e gli elementi che sono entrati in crisi.

Tuttavia, come cercherò di mostrare in questo contributo, la definizione di Zolo presenta alcuni problemi. In particolare non risolve la questione della precisazione del contenuto di valore proprio di questa nozione, in quanto separa la riflessione sull'istituzione dall'analisi dei principi di giustizia che la legittimano. Tenterò di argomentare come questo compito sia centrale per fornire una definizione di Stato di diritto compatibile con le premesse epistemologiche dell'autore. Infine presenterò una tassonomia di differenti modi di concepire il rapporto tra Stato di diritto e teorie della giustizia.

Prima di analizzare la posizione di Zolo è però necessario introdurre il dibattito sulle differenti interpretazioni di "Stato di diritto". La prospettiva che intendo seguire concerne il rapporto tra definizioni "formali" e definizioni "sostanziali" di questa forma di Stato. Oggetto di questa analisi sarà principalmente il modo in cui differenti nozioni di Stato di diritto concepiscono il contenuto morale di questa nozione, se coincidente, almeno parzialmente, con una teoria della giustizia e dei diritti o meno.

1. – *La nozione di Stato di diritto e le sue declinazioni.*

Nel discutere di "Stato di diritto", i suoi caratteri, le sue condizioni, la sua evoluzione e i suoi limiti, si deve affrontare in primo luogo la questione dei molteplici significati che sono attribuiti a tale termine. È da considerare la grande messe di realizzazioni storiche dell'idea di Stato di diritto, realizzazioni che hanno portato a differenti teorizzazioni. Queste ultime vengono di norma raccolte in due grandi tradizioni, i cui caratteri possono anche intersecarsi: una tradizione anglosassone (*Rule of Law*) e una tradizione continentale (*Rechtsstaat*). C'è da domandarsi quindi per quale motivo ci siano così tante e così diverse concezioni di uno stesso concetto, centrale nella produzione giusfilosofica degli ultimi due secoli. Probabilmente perché si è provveduto, in maniera differente, a realizzare un ideale (forse inattuabile): la regolazione, la previsione e la limitazione dell'uso del potere coercitivo dello Stato nei confronti dei membri della comunità. A tal proposito I. Kant ha parlato, com'è noto, del tentativo di raddrizzare "il legno storto dell'umanità", un tentativo inane, in quanto ogni legge ha bisogno dell'intervento coattivo di un'autorità che è esercitata sempre da un uomo, con i suoi desideri, le sue passioni e la sua brama di potere. Lo stato di diritto, la limitazione del potere tramite un corpo di norme alle quali l'autorità stessa si sottopone, rimane un ideale al quale approssimarsi, ma mai una realizzazione compiuta⁴.

D'altra parte, la riflessione sul controllo e la limitazione del potere è antica quanto la filosofia politica. Aristotele contrappone il governo degli uomini al governo delle leggi, e considera la seconda come la migliore forma di regolazione politica della società. Questa, infatti, permette di porre, attraverso la ragione, un freno alle passioni che dominano le volontà soggettive, sia individuali che collettive; in questo modo, e

³ D. Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto" (d'ora in poi TC), in Costa-Zolo, op. cit.

⁴ I. Kant, "Idea di una storia universale", in idem *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Utet, Torino 1956, p. 130.

soltanto in questo modo, si ottiene un ordinamento sociale stabile, una “costituzione”⁵. Nel pensiero medievale «l’immagine del potere non è separabile dall’idea di un ordine normativo nel quale le singole volizioni si dispongono secondo le naturali gerarchie che costituiscono le strutture portanti del cosmo e della società»⁶. La centralità della questione del governo della legge è, quindi, riconosciuta dalla storiografia filosofica anche per periodi storici, come il medioevo o la prima età moderna, in cui si è ritenuto mancasse una riflessione organica sui limiti all’esercizio del potere. Gli studi storici mostrano, infatti, come l’idea della necessaria limitazione dell’autorità- da parte di un ordine cosmico e cetuale precedente l’instaurarsi del potere politico, o da parte di una serie di diritti naturali imprescrittibili- è presente anche nell’età delle c.d. “monarchie assolute”, al tempo dell’affermarsi degli stati “sovrani”⁷.

È con la riflessione ottocentesca, infine, che si distinguono compiutamente le due tradizioni, anglosassone e continentale, dello Stato di diritto. La prima, com’è noto, vede il governo delle leggi come un sistema di controllo e di separazione dei poteri. I consociati sono “formalmente” uguali davanti alla legge e il parlamento ha sovranità legislativa. Le leggi, tuttavia, sono applicate, o disapplicate, alla luce di un insieme di principi giuridici (in primo luogo l’*Habeas Corpus*) iscritti nella tradizione di common law, rivendicati in sede giudiziale, e tutelati dal potere giudiziario⁸. La seconda perfeziona l’ideologia codicistica affermando la sottomissione dell’amministrazione alle leggi ordinarie, tramite l’istituzione di un controllo giurisdizionale dell’attività amministrativa. I diritti individuali esistono, sono esigibili, soltanto nella misura in cui sono codificati, sono attribuiti dal sovrano, da chi ricopre l’autorità legislativa, ai soggetti dell’ordinamento⁹.

Vediamo, quindi, come ad uno stesso lemma corrispondano due “itinerari” teorici distinti cui si collegano due tradizioni spesso conflittuali: da una parte la civiltà di common law, dall’altra la codificazione continentale. Ci troviamo di fronte, quindi, a due declinazioni differenti dello stesso ideale del “governo della legge”. Quest’ideale è portatore di suggestioni e ideologie diverse (pensiamo al modo di intendere il rapporto tra legge e diritti nell’esperienza continentale e in quella anglosassone, o il modo di concepire il sistema delle fonti) che concorrono a realizzare istituzioni differenti. Non è un caso, quindi, che l’esperienza storica offra molteplici tentativi di attribuire l’etichetta “Stato di diritto” ad istituzioni politiche con opposte caratteristiche. Basti pensare al lungo dibattito, svoltosi prima in Italia e poi in Germania, circa la natura di “Stato di diritto” del regime fascista e nazista. Diversi autori, infatti, ritenevano che fosse possibile collegare le nuove esperienze costituzionali con la tradizione giuspubblicistica ottocentesca. Secondo questi studiosi, il potere, anche in un regime dittatoriale, era comunque regolato dal diritto in modo da garantire certezza e prevedibilità delle conseguenze giuridiche di ogni azione. Il diritto, però, non era frutto di compromessi raggiunti nelle aule parlamentari, compromessi che rendevano l’ordinamento instabile,

⁵ Aristotele, *Politica*, III, 16, 1287 a 5-34, e Ivi, 4 1292a 5-39, trad. it. R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari 1973.

⁶ P. Costa, “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, in P. Costa-D. Zolo, cit. p. 93.

⁷ Ivi pp. 93-94 e, più diffusamente, idem *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa. I. Dalla civiltà comunale al settecento*, Laterza, Roma-Bari 1999. Vedi anche M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, I: Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino 1991, cap. I.

⁸ Vd. pp. E. Santoro, “Rule of law e «libertà degli inglesi». L’interpretazione di Albert Venn Dicey”, in Costa-Zolo, cit., pp. 173-223.

⁹ G. Gozzi, “Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca”, in Costa Zolo, cit. pp. 260-283; A. Laquière, “*État de droit* e sovranità nazionale in Francia”, ivi, pp. 284-316.

preda degli appetiti egoistici delle classi in lotta. Le norme giuridiche erano il risultato delle deliberazioni del duce o del Führer, deliberazioni che erano prese in nome del popolo. Certamente si poteva mantenere, almeno formalmente, l'indipendenza dei giudici, così come la gerarchia delle fonti e la forma generale ed astratta della legge. Tuttavia, per difendere gli interessi della nazione o, nel caso del nazismo, l'unità del popolo e della sua identità razziale, si potevano, d'altra parte, eliminare, temporaneamente o permanentemente, gli istituti propri dello Stato di diritto, al fine di affermare un momento superiore nell'evoluzione dello Stato: lo Stato "etico" o Stato "di giustizia"¹⁰. Non è questa la sede per affrontare argomenti di così vasto respiro. Importante è però tenere presente che un termine come Stato di diritto per la sua lunga tradizione e per il suo contenuto valutativo (strumento per la limitazione e il controllo del potere al fine di evitare un suo uso arbitrario) è stato utilizzato in modo strumentale per assicurare i ceti più legati alla tradizione circa la permanenza dello stesso ordinamento giuridico, come una garanzia di stabilità dell'ordine sociale tramite il diritto¹¹.

La nozione di Stato di diritto ha quindi svolto un ruolo non scientifico, ma piuttosto "ideologico", un "pass-partout" concettuale utile ad attribuire legittimazione a regimi politici con caratteristiche anche opposte. Da questo punto di vista, la questione di un uso "improprio" del termine si presenta non soltanto per l'analisi storiografica, ma anche per quella comparatistica. In che senso si possono considerare "stati di diritto" regimi politici con istituzioni differenti, con sistemi politici monopartitici, con discriminazioni religiose, etniche o sessuali, o con oligarchie economiche saldamente al potere?

Un uso ideologico del lemma è inoltre ormai diffuso nell'ambito delle relazioni internazionali, basti pensare alla retorica dell'intervento umanitario, o dell'esportazione delle istituzioni democratiche in aree del pianeta sotto il giogo di "Stati canaglia". La questione della sicurezza internazionale è poi spesso presentata, anche a sproposito, nel dibattito mediatico, come inscindibile dalla costituzione di regimi politici liberal-democratici.

È necessaria, quindi, al fine di depurare il dibattito da argomentazioni ideologiche, una nozione univoca di Stato di diritto che possa, con ragionevole precisione, distinguere tra regimi autocratici, dittatoriali, in cui la volontà del sovrano esaurisce l'intero ordinamento, e regimi in cui l'autorità politica è sottoposta alla legge. Tuttavia, è ancora oggi difficile accordarsi su un'interpretazione univoca del termine.

Si può affermare che il dibattito, con la sua miriade di posizioni, riflette la contraddittorietà dei caratteri istituzionali propri dei regimi che si autodefiniscono "Stati di diritto". A tal proposito, è da citare lo scetticismo di H. Kelsen al riguardo dell'utilità

¹⁰ G. Fassò, "Stato di diritto e stato di giustizia", in R. Orecchia (a cura di), *Atti del VI Congresso nazionale di filosofia del diritto. Pisa, 30 maggio-2 giugno 1963*, Giuffrè, Milano 1963, poi ristampato in G. Fassò, *Scritti di filosofia del diritto II* (a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini), Giuffrè, Milano 1982, pp. 669-709.

¹¹ Per un'agile introduzione storica al dibattito in Italia e in Germania negli anni venti e trenta rimando a Costa "Stato di diritto...", cit. pp. 143-150. Il problema della natura di Stato di diritto del regime e nazista è ancora oggi aperto. Una posizione negativa al riguardo è fornita da P. Caldwell, *National Socialism and Constitutional Law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter and the Debate over the Nature of Nazi State 1933-1937*, in "Cardozo Law Review", 16, 1994, pp. 399-427. Per M. Fioravanti, invece, si può parlare del fascismo e del nazismo come delle realizzazioni dell'ideale della "costituzione ordine" ai danni della nozione di "costituzione garanzia". M. Fioravanti, *Costituzione e stato di diritto*, in "Filosofia politica", a. V, n. 2, 1991, poi ristampato in idem *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 206-213. Una posizione scettica, infine, che ritiene che lo Stato di diritto non coincida con nessun assetto politico costituzionale, è offerta da Costa, "Stato di diritto...", cit. p. 157 segg.

di tale nozione. Egli, infatti, ritiene che ogni ordinamento giuridico, ogni forma di regolazione della forza tramite norme giuridiche, è, di per sé, una forma di Stato di diritto. In questo senso qualunque regime politico, anche il più autocratico, può rientrare in questa forma di Stato, non importa se nessun diritto soggettivo è attribuito ai sudditi dall'ordinamento e se ogni potere giuridico è concentrato nelle mani di una sola autorità¹². Una posizione simile non è però diffusa in dottrina. Al contrario è ancora molto vivo il dibattito su che cosa si debba intendere con questa forma di Stato, e quindi, implicitamente, si accetta l'utilità del termine.

Le teorie sullo Stato di diritto possono essere poste su un continuum: concezioni (più o meno) formali e concezioni (più o meno) sostanziali. L'elemento dirimente è dato dall'interpretazione del rapporto tra diritto e giustizia. Lo stato di diritto realizza l'idea di Stato "giusto"?

Secondo le posizioni "formali", no: lo Stato di diritto è un limite all'uso arbitrario del potere, ma questo può essere sempre usato ingiustamente, in modo da violare i diritti morali dei cittadini, al fine di rendere i ricchi sempre più ricchi e i poveri sempre più poveri. In altre parole, lo Stato di diritto deve essere distinto sia dalla democrazia sia dall'idea di giustizia sociale, in modo da non confondere l'analisi concettuale dalla giustificazione dell'istituzione¹³. Esso può essere un utile mezzo per realizzare questi ideali, ma da solo costituisce soltanto uno strumento per limitare, tramite la legge e una magistratura indipendente, il potere esecutivo. Lo stato di diritto è di per sé un "negative value", non implica un particolare catalogo di diritti o una certa idea di società giusta, ma è compatibile con le più gravi discriminazioni e con massicce violazioni di diritti morali¹⁴.

Questa posizione è però rifiutata da molte teorie, che possono essere poste in luoghi differenti del nostro continuum. Si può, infatti, argomentare che seppur la nozione di Stato di diritto non coincide con la nozione di giustizia, essa, tuttavia, presuppone una particolare, ma parziale, giustificazione delle norme giuridiche. Il punto è messo in luce da J. Waldron:

«Few of us would regard a state as subject to the rule of law simply because officials selected for torture and detention only those whom they had been commanded by their superiors to select. According to many positivists, a rule may be a law though it is kept secret from the citizens; but again we are unlikely to say that a state is subject to the rule of law if none of the citizens knows the principles by which administrative action is controlled»¹⁵.

Le leggi che limitano il potere esecutivo, quindi, devono avere anche delle caratteristiche di contenuto: devono essere pubbliche e tutelare, almeno in parte, i diritti dei consociati.

¹² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952, p. 147. In *I fondamenti della democrazia* (1955-56), trad. it. di A.M. Castronuovo, in id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 359-360 Kelsen precisa che il *rule of law* è compatibile con l'autocrazia, l'unica differenza è data dal fatto che nell'autocrazia il mutamento delle leggi, che limitano il potere coattivo, sarà più repentino in quanto vi è un'unica autorità che produce diritto e lo applica.

¹³ J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 212-214.

¹⁴ Ivi pp. 224-225.

¹⁵ J. Waldron, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in "Ratio Juris", vol. 2, n. 1, 1989, pp. 80-81.

«Legality captures part of what is needed if individual autonomy is to be respected, and it may be that a *complete* theory of respect for autonomy in a social context just *is* a theory of justice.... The rule of law requires us to prefigure in our means some of the main features of the just society we are striving towards»¹⁶.

La teoria di Waldron, quindi, si pone in un punto mediano, in quanto, seguendo la lezione di Raz, fa propria la tesi che lo Stato di diritto non realizzi compiutamente l'idea di giustizia propria di una comunità politica. Egli, tuttavia, afferma decisamente che dietro quest'organizzazione del potere si ritrova una particolare, ma parziale, idea della giustizia, basata sul rispetto dell'autonomia dei consociati. Lo Stato di diritto, quindi, non è soltanto uno strumento per evitare un danno, ma è un mezzo istituzionale per affermare un valore¹⁷.

Esponente della lettura “sostanzialista” della nozione di Stato di diritto è, come noto, R. Dworkin. Egli distingue tra una concezione formale dello stato di diritto (*Rule-book conception of the rule of law*) e una concezione sostanziale, cioè “basata sui diritti” (*Rights conception*). La prima esaurisce il nucleo valutativo della nozione, l'idea che il potere coattivo deve essere regolato esclusivamente dal diritto, con l'obbligo del rispetto della lettera della legge, non importa il suo contenuto. Tale concezione, quindi, distingue, separa la legalità di un atto prodotto dal potere pubblico dalla sua giustizia sostanziale. In questo caso, è garantito il principio della sottomissione di ogni potere alla legge ed è tutelato il valore della certezza del diritto, ma ciò non elimina il rischio di leggi ingiuste che violano diritti. Il controllo di legalità di un atto, infatti, non assicura il rispetto dei diritti. I diritti, invece, costituiscono il nucleo di giustificazione degli atti del potere pubblico. È necessario quindi arricchire la nozione di Stato di diritto integrando tra i suoi valori la tutela dei diritti, al fine di realizzare non soltanto un esercizio legale del potere, ma anche un giusto rapporto tra cittadini e autorità¹⁸. L'idea di Stato di diritto non fornisce semplicemente un assetto istituzionale che limita l'uso arbitrario del potere, ma costituisce il nucleo di giustificazione delle norme giuridiche. «The rule of law...enriches democracy by adding an independent forum of principle... because the forum confirms that justice is in the end a matter of individual right»¹⁹.

È chiaro che cosa si guadagna e che cosa si perda condividendo una posizione formale o una sostanziale. Abbracciando la prima, si rischia di considerare come Stati di diritto regimi che possono violare qualunque diritto individuale e accettare qualunque discriminazione, anche se disposta in base alla legge e nonostante il controllo di una magistratura indipendente e professionale. In questo caso, la nozione si applica a diversissimi regimi: da una democrazia costituzionale liberale, ad un regime monopartitico, o a regimi di “apartheid”²⁰.

¹⁶ Ivi, p. 94.

¹⁷ La stessa tesi è esposta da P. Craig con riferimento all'istituto della *judicial review*. P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in “Public Law”, 1997, p. 486.

¹⁸ R. Dworkin, *A Matter of Principles*, Cambridge Mass. Harvard University Press, 1985 pp. 11-16.

¹⁹ Ivi p. 32.

²⁰ Non penso rientri nella classe dello Stato di diritto anche un regime di “socialismo reale”. Nel caso dell'URSS, infatti, i poteri erano esercitati tutti dai soviet (di regione, di repubblica, e soviet supremo). In questo senso anche la magistratura inquirente e giudicante era dipendente dal potere politico, poiché i soviet, a vari livelli, nominavano i giudici (di regione e delle corti supreme) e i procuratori (distrettuali, di regione, di repubblica e il procuratore generale). P. Biscaretti di Ruffia, G. Crespi Reghizzi, *La*

D'altra parte, abbracciare una posizione sostanziale à la Dworkin significa, giocoforza, accettare la sua filosofia politica, confondendo l'analisi concettuale con la sua giustificazione. Il problema non è semplicemente logico (confondere la domanda "che cos'è", con la domanda "che cosa deve essere"), ma anche concettuale e pragmatico: rendere ciascuna interpretazione del termine utilizzabile soltanto all'interno di una particolare dottrina della giustizia. Se la nozione di Stato di diritto diventa un'appendice della teoria dello "stato ideale", allora particolari declinazioni del termine risulteranno inutilizzabili da parte di coloro che interpretano questo termine in modo differente a partire da diverse concezioni della giustizia. In altre parole, se il dibattito circa la definizione di Stato di diritto diventa parte delle discussioni di filosofia politica normativa, allora si rischia di presentare diverse ed incommensurabili concezioni del termine in questione.

2. – *Oltre l'alternativa formale-sostanziale*

Il saggio di D. Zolo, nel volume da lui curato, può essere considerato un tentativo di superare l'impasse determinata dal conflitto tra definizioni formali e definizioni sostanziali di Stato di diritto.

Secondo l'autore, le prime devono essere rifiutate in quanto perdono di vista il contenuto etico-politico che storicamente ha fornito la giustificazione al processo di sviluppo dello Stato di diritto. In questo senso, un'interpretazione formalistica potrà pure arrivare ad una definizione "avalutativa" del termine, purificandolo da opzioni di valore e da ideologie. Tuttavia, un simile approccio rende il termine inutile al fine di distinguere tra regimi politici: anche una legislazione razzista, sempre se sia chiara, coerente e non retroattiva, può essere considerata congruente con i dettami di uno Stato di diritto. Il problema consiste nel fatto che «queste interpretazioni sembrano ignorare...che nella teoria dello Stato di diritto istituzioni e procedure formali non sono autoreferenziali e autofondanti, ma perseguono l'obiettivo della tutela dei diritti soggettivi, cui lo stesso legislatore è tenuto»²¹. Tuttavia, allorquando si vuole definire lo Stato di diritto bisogna evitare che questo progetto istituzionale coincida con l'ideale dell'"ottima repubblica". Lo Stato di diritto non è un mezzo per la realizzazione della società giusta, così come sembra essere implicito nel caso di definizioni estremamente sostanziali del termine, ma al contrario è compatibile con enormi disuguaglianze sociali che possono condurre anche a regimi oligarchici²². Il nucleo valoriale che costituisce il contenuto normativo, sostanziale e non formale, di una definizione di Stato di diritto è da cercare in un catalogo di diritti fondamentali garantiti anche contro la volontà del legislatore. È chiaro che in questo modo si evita il rischio di considerare come istanziazioni dell'ideale dello Stato di diritto anche alcuni regimi fascisti e razzisti, rendendo più chiara l'applicazione di questo termine all'analisi storica, comparatistica o politologica²³.

Quali diritti devono essere considerati come condizione necessaria e sufficiente perché si possa parlare di Stato di diritto? Attribuendo un catalogo immutabile o

costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS, Giuffrè, Milano 1979 pp. 122-124, 221-237, e 265-276.

²¹ Ivi p. 46.

²² Ivi p. 47.

²³ Ivi pp. 20-21.

troppo esteso di diritti, infatti, si rischia di ripresentare una teoria della giustizia sotto le spoglie di una teoria dello Stato di diritto. Il problema non è però soltanto teorico, ma anche politico.

In primo luogo perché identificando il nucleo dello Stato di diritto con un insieme immodificabile di diritti, si correrebbe il rischio di rendere le corti costituzionali come il vero “sovrano” delle democrazie liberali. È, infatti, illusorio ritenere che in società pluraliste si possa essere tutti d'accordo su una serie di valori codificati in costituzione. Ogni costituzione è il risultato della volontà di una maggioranza costituente, e la codificazione di un numero eccessivo di diritti e principi rischia di sottrarre al gioco delle maggioranze una serie di questioni che comunque di fatto sono contestate (aborto, eutanasia, status giuridico delle famiglie, ecc.)²⁴.

In secondo luogo, la proliferazione dei diritti determina una perdita di certezza circa il catalogo di pretese che uno Stato di diritto deve garantire. È chiaro, infatti, che il catalogo dei diritti è costituito da pretese che possono essere in contrasto tra loro. Pensiamo all'annosa questione del conflitto tra diritti di libertà, in particolare i diritti di proprietà e di libera iniziativa economica, e i diritti sociali. Anche nel campo dei diritti, quindi, si riverbera lo scontro tra il valore dell'autonomia individuale e quello dell'eguaglianza²⁵. I diritti, poi, possono moltiplicarsi e possono nascere nuove pretese che fanno capo a nuovi soggetti, per esempio l'embrione. Per queste ragioni, al momento «non esiste una “tavola” dei diritti soggettivi che sia teoricamente definita e generalmente condivisa neppure in Occidente. E questo vale tanto più per le implicazioni normative e le applicazioni pratiche dei singoli diritti»²⁶.

È necessario, quindi, che il catalogo dei diritti che fa da contenuto valoriale delle istituzioni di Stato di diritto sia rigoroso e univoco al fine di evitare il rischio di enunciare una serie di pretese che non possono essere soddisfatte, come per esempio alcuni diritti sociali²⁷. Questi, infatti, rispetto ai diritti politici e ancor di più rispetto ai diritti civili, sono soggetti ad una “effettività” decrescente. Da questo punto di vista, i moderni *Welfare States* soffrono di una forma di “ipocrisia istituzionale” che spaccia per diritti fondamentali (la salute, il lavoro, l'istruzione) ciò che non è altro che una “opportunità condizionale” rispetto alle limitate capacità di spesa. In altre parole, i diritti sociali sono delle pretese riconosciute soltanto nella misura in cui riescono ad essere funzionali al mercato politico, perché diventano un oggetto di scambio elettorale, o perché costituiscono una parziale garanzia contro il disordine sociale²⁸.

Quest'operazione di chiarimento e di riduzione del catalogo dei diritti propri dell'istituzione “Stato di diritto” è infine utile per un corretto dialogo tra le culture giuridiche, soprattutto non occidentali. La mancanza di chiarezza circa un catalogo di

²⁴ Ivi pp. 51-52.

²⁵ Si può dire che quest'affermazione non sia affatto condivisa in dottrina. In generale uno dei *desiderata* delle teorie dei diritti è quella di fornire una soluzione al conflitto tra i diritti. Per L. Ferrajoli, per esempio, non vi sono conflitti tra diritti fondamentali di libertà e diritti fondamentali “sociali”. Il rapporto di contraddizione sorge soltanto per diritti esclusivi e alienabili, come il diritto di proprietà, che non sono fondamentali, e diritti inalienabili e universali, che sono diritti propriamente “fondamentali”. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001.

²⁶ TC, p. 53.

²⁷ Ivi p. 54.

²⁸ Ivi pp. 63-64. Per un'interpretazione dei diritti come strumento della pace sociale cfr. l'articolo di A. J. Menendez su questo numero di “Diritto e Questioni Pubbliche”.

pretese fondamentali, infatti, «favorisce lo snaturamento propagandistico della dottrina dei “diritti dell’uomo” nei termini di un aggressivo universalismo “coloniale”»²⁹.

Abbiamo visto quindi i problemi ai quali le definizioni formalistiche e sostanzialistiche vanno incontro. Per evitare i dilemmi qui esposti, Zolo ritiene necessario approntare una definizione “convenzionale” e “minima” del termine “Stato di diritto”. Tale definizione è frutto di un’epistemologia “pragmatica” e “convenzionalista”, che non mira a realizzare gli ideali dell’univocità semantica o della neutralità ideologica. Abbiamo visto, infatti, che un simile approccio porterebbe a definizioni eccessivamente formali del termine. Secondo Zolo, invece, bisogna approntare interpretazioni coerenti del termine, interpretazioni che possano «individuare i riferimenti di valore, le modalità normative e le forme istituzionali che accomunano le diverse esperienze che si sono richiamate...alla nozione di “Stato di diritto”»³⁰. In questo modo si ottiene una definizione che è certamente sostanziale, in quanto considera come fondamentale la garanzia di particolari diritti anche contro la volontà del legislatore, ma nello stesso tempo “minima”, poiché costituisce una base d’accordo per diverse posizioni politiche che devono arrivare ad una comune concezione di “Stato di diritto”.

«Il modello dello Stato di diritto non sembra avere alternative in Occidente, né sul piano teorico, né su quello politico. Proprio la crisi delle grandi ideologie...sembra raccomandare lo Stato di diritto come struttura garante di un “ordine politico minimo”: capace cioè di assicurare un ordine politico stabile e, assieme, un livello accettabile di tutela dei diritti soggettivi, in particolare dei diritti civili»³¹.

Il fatto che si arrivi ad una definizione minima di Stato di diritto non implica un’interpretazione “statica” di questo “ordine politico minimo”. In altre parole, secondo Zolo, la nozione di Stato di diritto si modifica nel tempo grazie ai conflitti che si producono all’interno delle comunità politiche e che mirano al riconoscimento di nuovi diritti e di nuove istanze. Protagonisti del processo di allargamento del catalogo dei diritti non sono i giudici, così come ritengono autori “liberali” come Dworkin, ma i movimenti sociali. Una definizione minima, quindi, può essere letta anche alla luce di una teoria realistica della società, in cui i diritti sono il risultato di una lotta incessante per l’affermazione, anche tramite la forza, di nuovi rapporti sociali. Lo Stato di diritto, quindi, può evolversi oltre l’ordine politico minimo entro il quale nasce³².

3. – *I problemi di una definizione “minima”*

Abbiamo visto lo sviluppo dell’argomentazione di Zolo. Si può affermare che la sua definizione è il risultato di un “equilibrio riflessivo” tra una “precomprensione” del termine- precomprensione dettata da un’epistemologia convenzionalista e pragmatica-, lo studio critico delle teorie sullo Stato di diritto e, infine, l’analisi dei caratteri dei

²⁹ TC, p. 64.

³⁰ Ivi p. 20.

³¹ Ivi p. 67. Nello stesso tempo, l’autore chiarisce che anche una simile definizione dello Stato di diritto assume come punto di partenza una chiara ideologia individualista e anti-comunitaria. Da questo punto di vista, niente vieta che una simile istituzione possa risultare intollerante e oppressiva nei confronti di culture politiche organicistiche e comunitarie. Ivi p. 68.

³² Ivi pp. 71-73.

regimi che a tale modello si rifanno. Il risultato è la definizione dello Stato di diritto come “ordine politico minimo”, frutto di una filosofia individualistica che ritiene possibile la limitazione del potere coattivo attraverso norme giuridiche. All'interno di questa forma di governo, ai consociati giuridici sono riconosciuti poteri e facoltà da far valere in sede giudiziale contro il potere esecutivo. Questo processo di “diffusione del potere” si concreta tramite l'attribuzione di un insieme di diritti, in primo luogo quelli civili, la garanzia dell'eguaglianza davanti alla legge e la certezza del diritto, intesa come divieto di leggi retroattive, oscure, incoerenti. Nello stesso tempo l'autorità giuridica è “differenziata” sia in senso esterno, in quanto il sistema giuridico si rende autonomo da quello religioso, morale o economico, sia in senso interno, grazie al processo di divisione dei poteri (indipendenza della magistratura, sottomissione dell'esecutivo alla legge, giurisdizione dei tribunali amministrativi, ecc.)³³.

La definizione apportata indica un *quid* comune ai vari regimi politici che all'idea di Stato di diritto si sono rifatti, non perde di vista il contenuto valoriale e le opzioni ideologiche di sfondo e identifica gli strumenti istituzionali caratteristici per la tutela dei diritti. L'individuazione di un “ordine politico minimo” costituisce quindi un risultato degno di rilievo, utile a rispondere alla *vexata quaestio* circa i caratteri comuni di un ideale politico realizzato in modalità così differenti nella storia.

Ritengo, però, che ci siano dei limiti alla soluzione approntata da Zolo.

In primo luogo, mi sembra che l'autore lasci aperta la possibilità di interpretare anche la sua idea di “ordine politico minimo” come un'istanziamento di uno “stato di giustizia”, come la realizzazione di un tipo particolare di “ottima repubblica”, almeno per una determinata ideologia politica. In altre parole, ben lungi dal presentare una base d'accordo minima, l'idea di Stato di diritto fornita dall'autore può essere considerata una realizzazione “sostanziale” della comunità politica perfetta secondo un'ideologia liberista o utilitarista.

In secondo luogo, ritengo si possa riscontrare un'assunzione teorica dietro la nozione di ordine politico minimo: che i diritti possano essere considerati secondo classi distinte, in modo tale da tutelare alcuni di questi e non altri. Se questo non è il caso, così come tenterò di argomentare, allora si dovrà rivedere l'idea che lo Stato di diritto tuteli alcune tipologie di diritti e non altri, così come si dovrà precisare l'assunto che il catalogo dei diritti in un simile regime sia “espandibile” e non fissato una volta per tutte.

3.1. – *Stato di diritto, oligarchie, stato di giustizia*

Coerentemente con il suo impegno a distinguere tra Stato di diritto e Stato di giustizia, o Stato che realizza compiutamente dei principi di giustizia, Zolo afferma

«lo Stato di diritto...non si contrappone in linea di principio a regimi oligarchici o tecnocratici, eventualmente caratterizzati da una spoliticizzazione di massa e da grandi differenze economico-sociali. ...Nella prospettiva dello Stato di diritto la minaccia delle libertà individuali sembra venire esclusivamente dall'uso arbitrario del potere da parte d'organi statali, non anche dalla prevaricazione di altri poteri e di altri soggetti della vita sociale ed economica».³⁴

³³ Ivi pp. 33-44.

³⁴ Ivi pp. 47-48.

Si può affermare che a tal proposito Zolo segue la lezione prima di H.L. Hart poi di Raz secondo i quali lo Stato di diritto, allorché si riduce all'imparziale applicazione di leggi generali ed astratte, è compatibile con gravi disuguaglianze, anche di carattere razziale³⁵. Secondo Zolo, l'attribuzione di uguali diritti civili, infatti, può comportare il mantenimento, o anche l'affermazione, di regimi "oligarchici".

Che cosa bisogna intendere per "oligarchia"? Dipende dal nucleo dei diritti che si ritiene vincolante per uno Stato di diritto³⁶. È infatti chiaro che possiamo avere un regime che tutela i diritti civili, ma non riconosce uguali diritti politici. Questo è il caso del suffragio censitario, istituzione che, com'è noto, è caratteristica della nozione di Stato di diritto nell'ottocento³⁷. In questo caso un regime oligarchico è quello che condiziona il diritto politico all'appartenenza ad una classe sociale. Se lo Stato di diritto è compatibile con un regime oligarchico, allora una simile forma di governo tutelerà esclusivamente i diritti civili e non anche quelli politici.

Possiamo, tuttavia, avere un regime oligarchico che riconosce i diritti politici, ma nei fatti non li garantisce, lascia che rimangano *law in the books*. Quest'eventualità rientra nel fenomeno della "efficacia decrescente" dei diritti: al riconoscimento di un catalogo di pretese non corrisponde la possibilità del loro esercizio, si tratta cioè di pretese "non giustiziabili"³⁸. Il problema è dato dal fatto che il diritto non riesce a regolare sistemi sociali come l'economia, la politica, o lo sviluppo tecnico-scientifico rendendo impossibile l'esercizio dei diritti di partecipazione al governo. Esempi di tale difficoltà sono molteplici. Pensiamo alla monopolizzazione dell'attività politica da parte di organizzazioni autoreferenziali come i partiti, o il controllo dell'agenda politica tramite il possesso, anche privato, dei mezzi di comunicazione, o infine la risoluzione di problemi politici da parte di élites tecniche non legittimate da alcuna investitura democratica.

Quale nozione di oligarchia ha in mente Zolo? Probabilmente non la prima, in quanto si esporrebbe alla facile critica di presentare una concezione minima di Stato di diritto che però è storicamente datata. Tuttavia anche la seconda nozione presenta un problema: in che termini possiamo accettare un'istituzione che riconosce dei diritti, ma nello stesso tempo non è in grado di tutelarli?

Consideriamo una situazione simile. In un paese la ricchezza prodotta è detenuta per l'ottanta per cento nelle mani del dieci per cento della popolazione. La forma di governo è democratica; tuttavia i mezzi di comunicazione sono soltanto privati, le terre coltivabili sono di proprietà di un cartello di compagnie, così come le industrie. Questo ritengo possa essere considerato il caso tipico di un'oligarchia economica che diventa, per il controllo del sistema economico e per quello delle comunicazioni, anche

³⁵ H.L. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, p. 160 e 206. Raz, *op. cit.*, pp. 216-217. La discriminazione razziale non dovrebbe essere accettabile, nella definizione di Zolo, all'interno di uno Stato di diritto, in quanto riporterebbe in auge forme di comunitarismo e organicismo. Non è un caso che l'autore non fa rientrare nelle esperienze costituzionali i regimi che hanno promulgato legislazioni razziali. TC p. 21

³⁶ Sul termine "oligarchia" rimando a N. Bobbio, "Voce *Oligarchia*", in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di) *Dizionario di Politica*, TEA, Milano 1990, seconda ed.

³⁷ Secondo alcuni autori, il nucleo originario, ottocentesco, del liberalismo è essenzialmente "antidemocratico" in quanto si riteneva che soltanto un suffragio censitario permettesse la tutela dei diritti, in primis quello di proprietà. Cfr. D. Losurdo, *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Bollati Boringhieri, Milano 1993.

³⁸ Il tema della non giustiziabilità dei diritti, l'impossibilità di potere agire in giudizio per la tutela di alcune pretese, è stato affrontato da Zolo in "La strategia della cittadinanza", in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp.32-35.

oligarchia “politica”. C'è una differenza con i regimi censitari? Certamente, in quanto in quel caso i diritti di partecipazione politica sono attribuiti *per diritto* soltanto ad una particolare classe. In questo caso, invece, si tratta di un'incapacità del sistema giuridico di rendere effettivo il godimento di alcune pretese.

Un'argomentazione simile lascia però aperto un duplice dubbio circa la natura della definizione di Stato di diritto approntata da Zolo.

Se l'oligarchia è compatibile con un “ordine politico minimo”, allora la definizione di Zolo sembra essere frutto di una definizione normativista, contraddittoria con l'approccio realista dell'autore. Sembra, infatti, che l'unica cosa da tenere in considerazione sia la circostanza che i diritti siano “scritti”, non che siano “goduti”. Questo mi sembra contraddittorio con le considerazioni finali dell'autore. In queste pagine, Zolo afferma che ciò che rende un regime uno Stato di diritto è la concreta tutela dei diritti, non la loro retorica enunciazione. Inoltre, egli mette in guardia contro l'ottimismo normativo proprio di certe teorie giuridiche che ritengono che sia possibile ridurre sempre l'arbitrio, il governo degli uomini, tramite il diritto. Le norme, infatti, sono interpretate da particolari giudici, poliziotti, amministratori, con le loro ideologie, i loro valori, le loro aspettative. Pretendere che sia possibile governare tramite diritto tutti i loro atti significa nutrire un'illusione³⁹.

Tra oligarchia e Stato di diritto c'è quindi compatibilità, almeno di principio, ma soltanto a patto di accettare che tra i diritti da garantire non rientrano anche i diritti politici. In questo caso, lo Stato di diritto sembra essere un regime con un catalogo dei diritti a “contenuto variabile”. È quindi un regime in cui la codificazione di un diritto non coincide con la sua tutela, in cui si moltiplicano le figure soggettive di vantaggio senza che però queste possano essere effettivamente godute.

Questo dubbio, però, potrebbe essere considerato di scarsa importanza. Alla fine si può rispondere che il contenuto minimo dei diritti da tutelare in un regime di Stato di diritto concerne esclusivamente i diritti civili, in particolare quelli riguardanti l'autonomia privata e la proprietà. Queste pretese esauriscono il nucleo di valore individualistico e liberale dello Stato di diritto, non importa se la concentrazione della ricchezza rende ineffettivo il godimento di altri diritti, come quelli di partecipazione politica, o quelli sociali.

Questa posizione è sicuramente coerente con una lettura “originalista” circa il nucleo dei diritti da garantire in uno Stato di diritto, ma può risultare fonte di imbarazzo teorico.

Come sappiamo la definizione di Stato di diritto proposta dall'autore non coincide con l'idea di “stato di giustizia”. Le istituzioni, le procedure, il catalogo dei diritti, non realizzano di per sé, non esauriscono, il contenuto valoriale dello “stato perfetto”, della giustizia politica. Questo però non è il caso della versione di Stato di diritto compatibile con un'oligarchia, e ancor di più con una “tecnocrazia”. In questo caso, infatti, gli assunti di valore, che giustificano il mancato godimento dei diritti politici, coincidono con due particolari ideologie e concezioni del mondo (anche se opposte tra loro): il liberismo e l'utilitarismo “manageriale”. Per entrambi le istituzioni dello Stato di diritto, allorquando sono compatibili con la permanenza al potere di oligarchie economiche o tecnocratiche, sono funzionali e rendono possibile la società giusta, quella che realizza i

³⁹ Ivi pp. 69-70. Devo precisare che possiamo avere autori che usano definizioni normativiste, ma che hanno approcci realisti, o scettici, circa la teoria dell'interpretazione. Il caso tipico è quello di Kelsen, che appunto mette in guardia dall'illusione di controllare e prevedere in pieno l'attività degli operatori giuridici, di realizzare compiutamente l'ideale del governo delle leggi eliminando ogni forma di discrezionalità. Kelsen, “I fondamenti...” cit. pp. 358-359.

valori di riferimento. Per il liberismo il valore di riferimento sarà la mancata interferenza con lo sviluppo spontaneo della società attraverso le leggi del mercato, per l'utilitarismo "manageriale" si tratterà di ottenere la somma più alta d'utilità individuali. L'oligarchia economica è un risultato non necessario, ma in ogni caso ineliminabile, dello sviluppo spontaneo della società, l'oligarchia tecnocratica, invece, è uno strumento per ottenere la più alta somma d'utilità. In questo senso, l'ordine politico minimo compatibile con oligarchie economiche o con tecnocrazie sembra coincidere con particolari ideologie e con la loro nozione di "stato di giustizia".

L'attribuzione del carattere di "Stato di diritto" a regimi oligarchici, sia in senso economico che tecnocratico, è possibile, quindi, a patto di considerare un simile regime come una realizzazione di un modello organico di società. Questo è chiaro per chi rifiuta una società oligarchica. Le assunzioni di valore sono così esigenti da rendere difficile per i non liberisti accettare quei regimi che realizzano tali valori (come la tutela incondizionata dei diritti di autonomia negoziale o di proprietà privata). In altre parole, il fatto che si considerino le differenze sociali come di nessuna importanza al fine di stabilire l'equilibrio e la limitazione del potere è per un non liberista un assunto semplicemente falso, ideologicamente orientato e contraddittorio⁴⁰. Del pari, un liberale à la Dworkin o à la Rawls riterrà inaccettabile la nozione di Stato di diritto propria di un utilitarista che ritiene giusta la società governata da un gruppo di tecnocrati. In questo senso, se ciò che bisogna fornire è una definizione di Stato di diritto che non realizzi una particolare concezione della giustizia, e che possa essere accettata da altre ideologie che pure si rifanno all'individualismo liberale, allora l'idea di un "ordine minimo" presentato da Zolo mi sembra non riuscire nell'intento. È sempre possibile che un non liberista, o un non utilitarista, consideri un'oligarchia non uno Stato di diritto, ma uno "stato di giustizia".

3.2. – *Quale catalogo dei diritti per un "ordine politico minimo"?*

Un'altra questione che l'idea di "ordine politico minimo" fa sorgere riguarda la natura del "catalogo dei diritti" che costituisce il nucleo di giustificazione per questo assetto istituzionale.

Le oligarchie o le tecnocrazie tutelano i diritti civili, ma, in virtù della legge dell'effettività decrescente, non garantiscono il godimento dei diritti politici e sociali. In che senso allora un regime oligarchico e tecnocratico è compatibile, sempre in linea di principio, con la definizione di Stato di diritto? In altre parole, perché il catalogo dei diritti da tutelare si riduce esclusivamente a quelli civili?

Vi possono essere varie risposte a tal proposito, come abbiamo visto. In primo luogo si può sostenere che lo Stato di diritto concerne esclusivamente i diritti civili, e non anche quelli politici e sociali, perché la storia di questa istituzione ha conosciuto prima la tutela dei primi e soltanto dopo, in seguito ai movimenti sociali di lotta, ha visto l'affermarsi dei secondi. In secondo luogo si può affermare che i diritti civili hanno un'effettività maggiore di quelli politici e sociali, quindi costituiscono il nucleo fondamentale di pretese che l'ordine politico minimo delineato da Zolo deve garantire, a meno che non si voglia fornire una definizione "ideale", "non realistica" di Stato di diritto, una versione che consideri sullo

⁴⁰ M. C. Pievatolo, "Rule of law e ordine spontaneo. La critica dello Stato di diritto eurocontinentale in Bruno Leoni e Friedrich von Hayek", in Costa-Zolo, cit., pp. 476-477.

stesso piano le pretese riconosciute dall'ordinamento, non importa la loro "giustiziabilità", il loro essere godute dai consociati.

È chiaro che la prima replica non è sufficiente, e del resto non si tratta neppure della risposta che si può ragionevolmente trarre dall'ampia analisi del tema fornita da Zolo. Egli, infatti, non si limita a riprendere gli elementi comuni delle varie teorie, ma, come abbiamo visto, mira a selezionare tali elementi al fine di arrivare ad una definizione pragmaticamente "utile", anche a costo di mettere da parte realizzazioni storiche particolari, come i regimi fascisti. Non è nella storia dottrinale, quindi, che dobbiamo trovare le ragioni per un catalogo dei diritti che includa i diritti civili ma non i diritti politici e sociali.

Sembra che la risposta debba cercarsi nella capacità dei sistemi giuridici di rendere effettive delle pretese individuali. Da questo punto di vista, i diritti civili sono più facilmente tutelabili, tenuto conto delle esigenze degli altri sistemi sociali, in particolare il sistema economico e quello politico.

Questa posizione, però, non è così pacifica come può sembrare. Ritengo al contrario che in società con disuguaglianze economiche estreme l'idea dello stato di diritto approntata da Zolo possa entrare in crisi. In altre parole, l'influenza dei sistemi sociali, in particolare la distribuzione dei titoli di proprietà, non concerne soltanto l'efficacia delle norme che conferiscono diritti politici e sociali, ma può determinare l'ineffettività *anche* dei diritti civili che invece sembrano *condicio sine qua non* per l'esistenza dello Stato di diritto.

Pensiamo alla tutela di diritti civili come la libertà di informazione, la libertà di stampa, o anche la stessa la libertà di espressione in società molto segmentate, in cui la ricchezza è detenuta nelle mani di un'élite al potere. Queste pretese concernono, analiticamente, una relazione a quattro termini tra 1) un soggetto, 2) un'azione, 3) un bene o uno spazio necessari perché l'azione si svolga, 4) altri soggetti che devono astenersi dall'impedire che l'azione si svolga o che devono assicurare che il bene o lo spazio siano disponibili. Nel caso della libertà d'informazione o della libertà di stampa, l'esercizio di queste pretese è condizionato dalle decisioni di chi gode della proprietà di alcuni beni, la carta, i macchinari tipografici, e di alcuni spazi, i locali in cui stampare o le emittenti dalle quali trasmettere. Anche la libertà d'espressione si svolge all'interno di uno spazio, che talvolta può essere di proprietà privata, come all'interno di un luogo di lavoro; uno spazio che, quindi, è soggetto alla volontà del titolare del diritto reale.

È chiaro che in una società oligarchica le possibilità di godimento *anche* dei diritti civili sono molto ridotte, in quanto coloro che vorranno esercitare tali pretese dovranno farlo entro gli spazi e con quei beni a loro disposizione, beni e spazi che sono, come abbiamo assunto, quasi esclusivamente di proprietà delle élite economiche. Un soggetto, infatti, può godere di diritti ma soltanto nel caso in cui egli può decidere di esercitare (o non esercitare) questi diritti a suo piacimento, senza incontrare ostacoli. A tal fine, gli spazi e i beni necessari all'esercizio dei diritti devono essere sufficientemente ampi e numerosi da consentire il godimento dello stesso diritto da parte di individui diversi nello stesso momento e nello stesso luogo. In questo caso, si dirà che le azioni, che costituiscono il contenuto di un medesimo diritto, sono "compossibili"⁴¹. Quest'eventualità è però limitata dall'esercizio dei titoli di proprietà sui beni e spazi necessari al godimento di un diritto. I diritti di proprietà su beni e spazi, infatti, sono "esclusivi", rendono condizionale dalla volontà del titolare del diritto l'uso di questi da parte di terzi. Il diritto di libertà, quindi,

⁴¹ La tesi della compossibilità dei diritti è presentata da H. Steiner, *A Theory of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994 pp. 201-202.

ha come contenuto la disponibilità di certe risorse; se queste sono oggetto del diritto di proprietà di un altro individuo, allora il contenuto del diritto di libertà non è “compossibile” con i contenuti di altri diritti e non può essere goduto⁴².

È chiaro, quindi, che lo Stato di diritto è in un rapporto di tensione, anche in linea di principio, con un regime oligarchico, allorché si riconosce che un diritto esiste nel momento in cui sono disponibili i beni e gli spazi necessari al suo godimento. In questo caso, è probabile che l’enorme disuguaglianza sociale porti ad un aumento del conflitto, e questa eventualità è anche tenuta in considerazione da Zolo. Egli, infatti, ritiene che il catalogo dei diritti si espanda tramite il conflitto sociale. La rivendicazione della concreta, effettiva tutela dei diritti (politici ma anche sociali) passa per i movimenti di protesta che mirano a denunciare e modificare le strutture di potere che mantengono un certo assetto giuridico. In questo caso, c’è da domandarsi quanto un sistema giuridico e politico possa mantenere il suo carattere di Stato di diritto in una situazione simile. In altre parole, se anche fossero disponibili spazi e beni sufficienti a rendere possibile per alcuni l’esercizio del diritto “libertà di stampa”, “libertà di manifestazione del pensiero” o “libertà d’informazione”, perché l’élite al potere dovrebbe continuare a tutelare anche questi diritti civili? Perché non dovrebbe appellarsi a motivazioni di ordine pubblico e chiudere alcune testate o ridurre la libertà di movimento e di manifestazione dei suoi cittadini?

Si potrebbe replicare che l’esempio è mal posto, in quanto lo Stato di diritto presenta una valvola di sfogo determinata dall’esercizio dei diritti politici. Tuttavia, questa non ritengo possa essere una risposta risolutiva, in quanto tali diritti sono “oggetto” del conflitto politico. È denunciata, infatti, dai manifestanti la sostanziale ineffettività del diritto politico, allorché buona parte della popolazione è analfabeta o dipendente economicamente dalle decisioni dell’élite economica, o quando gli organi di informazione sono nelle mani della classe più ricca. In questo caso, è probabile che il conflitto politico possa radicalizzarsi senza che si trovi uno sbocco democratico e “legale”. Se il conflitto sociale presenta una simile evoluzione, ritengo che anche l’idea di un ordine politico minimo che tutela almeno i diritti civili, ma non anche quelli politici e sociali, è messa in pericolo. In questo caso, infatti, bisogna assumere un’ipotesi molto esigente: che l’élite al potere rispetti, tuteli i diritti civili, anche quando questi sono usati per mettere in crisi la struttura del potere sociale. Ancora una volta, l’idea di un ordine politico minimo, compatibile con enormi disuguaglianze sociali, risulta di difficile realizzazione pratica. Il dubbio che sorge è se la definizione di Zolo sia plausibile allorché vuole affiancare ad una definizione minima, con un catalogo ristretto dei diritti, una nozione “conflittualista” delle dinamiche sociali e giuridiche. Se il conflitto esplode, tenuto conto del fatto che il conflitto sui diritti ha per oggetto *sempre* la disponibilità di beni e spazi, perché deve essere risolto tramite le procedure proprie dello Stato di diritto e non attraverso un’involuzione autoritaria⁴³? In altre

⁴² E. Diciotti, “Libertà, proprietà e contratti: un’indagine sui diritti”, in S. Pozzolo (a cura di) *La legge e i diritti*, Giappichelli ed., Torino 2002 pp. 125-174; idem *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in “Ragion Pratica” vol. 20, 2003. Il rapporto tra libertà e disponibilità di risorse è un tema ormai centrale non più soltanto nel campo della filosofia politica, ma anche negli studi di filosofia del diritto. Cfr. a titolo di esempio: J. Waldron, “Liberal Rights: Two sides of the coin”, in idem *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, pp. 1-35; L. A. Jacobs, *Rights and Deprivation*, Clarendon Press, Oxford 1993; S. Holmes, C. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la nostra libertà dipende dalle tasse* (1999), trad. it. E. Cagliero, ed. it. a cura di C. Fusaro, ed. il Mulino, Bologna 2000.

⁴³ Secondo alcuni studiosi l’odierna enfasi sulla sicurezza pubblica, il controllo dell’immigrazione e la riduzione dei diritti di cittadinanza, compresi i diritti di *welfare*, sono un sintomo di una crisi “illiberale”

parole, i regimi oligarchici, in quanto regimi che mantengono estreme disuguaglianze sociali, sono regimi “instabili”, poiché non possono contare su un patrimonio di legittimazione costituito da meccanismi redistributivi o di tutela di condizioni minime di vita attraverso il riconoscimento di garanzie sociali⁴⁴.

Si potrebbe rispondere che questo punto è riconosciuto da Zolo stesso, allorché egli considera i fattori di crisi dello Stato di diritto. In particolare egli denuncia come fattore di crisi della “legalità internazionale” il ruolo sempre più ampio che i mercati, o meglio le multinazionali che li dominano, svolgono nel dirimere le controversie tra stati o anche nel determinare la tutela dei diritti, soprattutto sociali, all’interno di un paese. La crisi di effettività dello Stato nazionale, stretto tra gli imperativi del mercato internazionale di merci e capitali e l’ideologia dell’intervento “umanitario”, si riverbera sulla struttura del potere giuridico.

«Gli schemi della diffusione e della differenziazione del potere, propri dello Stato di diritto, appaiono funzionalmente e «spazialmente» sfasati e la teoria dei diritti soggettivi si vede costretta a misurarsi con problemi che vanno molto oltre l’ambito dello Stato nazionale e a tentare di internazionalizzarsi»⁴⁵.

La concentrazione della ricchezza, dei capitali, del sapere tecnico nelle mani di pochi soggetti, privati o pubblici, provoca il trasferimento dell’effettiva autorità giuridica. Il potere di ridurre o di espandere i diritti, di tutelare o di non garantire alcune pretese, passa dai singoli Stati nazionali a istituzioni internazionali, come l’Organizzazione Mondiale del Commercio o il Fondo Monetario Internazionale che rappresentano gli interessi dei paesi più industrializzati e delle loro compagnie. Queste “istituzioni della globalizzazione” trasformano la mappa del potere pubblico, imponendo una modalità di governo della società: la determinazione delle scelte politiche a partire dalle esigenze del mercato internazionale⁴⁶.

Accettando la ricostruzione di Zolo del processo di “crisi della legalità internazionale”, ci si può domandare se la stessa dinamica non si presenti anche *all’interno* degli Stati nazionali. In altre parole, ci si può chiedere se da un punto di vista sociologico ed empirico, e non più esclusivamente concettuale e teorico- la concentrazione della ricchezza e del sapere tecnico non costituisca una minaccia per il mantenimento delle istituzioni di Stato di diritto, in particolare per quanto riguarda il principio di diffusione e differenziazione del potere. Per quanto riguarda il primo c’è da domandarsi quanto il principio dell’eguaglianza davanti alla legge possa risultare applicato in presenza di élites al potere che possono influenzare il funzionamento della magistratura e dirigere la produzione giuridica a proprio vantaggio tramite il controllo

delle istituzioni dello Stato di diritto. C. Margiotta *Quale stato di diritto?* in “Teoria Politica”, XVII, n.2, 2001, pp. 17-41.

⁴⁴ Devo precisare che l’autore parla del problema della riduzione delle garanzie sociali inserendolo nel più generale “deficit di sicurezza” proprio delle società contemporanee. In questo senso, la riduzione dei meccanismi di sicurezza sociale non è considerata da Zolo come una questione estranea alla fisiologia dello Stato di diritto. TC p. 68. Risulta allora difficile accettare l’esclusione dei diritti sociali dal catalogo delle pretese riconosciute da uno Stato di diritto.

⁴⁵ Ivi p. 65.

⁴⁶ Una lettura del processo di globalizzazione come progressivo esautoramento delle autorità politiche a vantaggio dei poteri economici e delle istituzioni burocratiche a controllo dei mercati è offerta in Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000.

dell'agenda politica, controllo favorito dalla proprietà dei mezzi di comunicazione di massa. Per quanto concerne il secondo, come abbiamo visto, nulla, nella teoria di Zolo, sembra escludere l'eventualità che il sistema economico già determini il funzionamento e lo sviluppo del sistema giuridico, almeno in sede di relazioni internazionali⁴⁷.

La definizione di Stato di diritto- come ordine politico minimo nel quale il potere coattivo è diffuso e differenziato in modo da tutelare alcuni diritti, in primo luogo quelli civili e poi, eventualmente, quelli politici e sociali- sembra non essere compatibile con un regime oligarchico. Sono gli stessi strumenti teorici approntati da Zolo a determinare, a mio giudizio, un simile risultato. La considerazione del catalogo dei diritti come "espandibile" tramite il conflitto sociale e il riconoscimento della progressiva riduzione dell'autonomia del sistema giuridico rendono, infatti, piuttosto incerta la compatibilità di un regime oligarchico con le istituzioni dello Stato di diritto. Non è chiaro, infatti, per quale ragione le élite dovrebbero tutelare alcuni diritti civili, se è messa in discussione la struttura politica e sociale che gli permette di rimanere al potere. Allo stesso modo, il principio dell'eguaglianza formale di fronte alla legge è certamente difficile da garantire in presenza di un controllo massiccio da parte di una classe dell'agenda politica e dei mezzi di comunicazione di massa. Infine, non si capisce perché il processo di riduzione dell'autonomia del sistema giuridico, a favore del funzionamento del sistema economico, possa essere visto come un elemento di crisi della legalità internazionale, e non anche come una causa di difficoltà per il principio di differenziazione del potere all'interno dei singoli ordinamenti.

La posizione di Zolo sembra, quindi, pagare un debito troppo alto ad una tradizione giusfilosofica che considera i regimi oligarchici e tecnocratici come compatibili con la tradizione dello Stato di diritto. Una simile posizione, infatti, parte da un assunto che ritengo contraddittorio con l'impianto realista e pragmatico approntato dall'autore: che il catalogo dei diritti sia costituito da classi di pretese distinte, in quanto i diritti civili possono essere goduti senza che vi siano effettive garanzie per i diritti politici o per i diritti sociali. È certamente possibile distinguere le classi di diritti, ma come ipotesi analitica (oggi poi contestata da più parti), come costruzione di una tassonomia di pretese. Se seguiamo, però, un'analisi realista del funzionamento e dello sviluppo delle istituzioni giuridiche proprie dello Stato di diritto, analisi corroborata dagli ultimi sviluppi della "teoria dei diritti", allora una simile ipotesi mostra delle difficoltà. Secondo un approccio realista, infatti, sono le condizioni sociali a determinare l'effettivo godimento, o il restringimento del catalogo delle pretese riconosciute dall'ordinamento (tra queste condizioni è rilevante la circostanza della concentrazione della proprietà dei mezzi di produzione e dei mezzi di comunicazione nelle mani di una ristretta minoranza), non la loro codificazione. Quest'ultima rende una pretesa un diritto legale, ma non assicura, tuttavia, che questa non rimanga *law in the books*. In questo caso, allora, non si può accettare un'ipotesi di definizione di Stato di diritto in cui soltanto una classe di diritti costituisce il nucleo di pretese da garantire, così come avviene nel caso in cui si ritenga un regime oligarchico compatibile con la tutela dei diritti civili. I diritti sono correlati tra loro, non sono separabili tramite stipulazioni semantiche, ma costituiscono un coacervo di pretese talvolta contraddittorie talvolta

⁴⁷ Non è un caso che il ritorno del tema dell'oligarchia nel dibattito politologico coincida con il processo di globalizzazione, almeno come è inteso da Zolo. Vi sono autori, infatti, che vedono il ritorno di regimi oligarchici come la conseguenza dell'affermazione del sistema economico su quello politico. VD. Fisichella, *Elezioni e democrazia. Un'analisi comparata*, Mulino, Bologna 2003, pp. 379-388.

congruenti⁴⁸. In fondo si tratta dell'idea che «la disponibilità del proprio tempo, di uno spazio in cui muoversi e, in molti casi, di beni di vario genere sia necessaria per essere liberi di fare qualcosa»⁴⁹. È chiaro, quindi, che la concentrazione della proprietà, il controllo su quei beni “necessari” influenza, o determina in alcuni casi (come nel caso di un regime a suffragio censitario), la possibilità che si possa godere di qualunque libertà, sia essa anche una libertà civile.

4. – *Stato di diritto e giustizia procedurale imperfetta*

Ho tentato di mostrare come la teoria di Zolo cerchi di superare la dicotomia tra concezioni formali e concezioni sostanziali dello Stato di diritto. Il merito della sua posizione è quello di riconoscere come una definizione di questa forma istituzionale non può prescindere da un contenuto valoriale, seppur minimo e interno ad una filosofia individualistica e ad un ottimismo normativista. Nello stesso tempo, ho cercato di criticare la concezione “minima” presentata da Zolo, allorquando per distinguere la sua posizione da tesi “sostanzialiste” circa lo Stato di diritto egli fa rientrare in questa forma istituzionale anche i regimi oligarchici e tecnocratici. Simili regimi, infatti, sono compatibili con lo Stato di diritto soltanto nella misura in cui 1) questo risulti giustificato da particolari concezioni della giustizia, 2) si considerino i diritti civili come l'unica classe di pretese che devono essere effettivamente godute. I problemi teorici che queste assunzioni fanno sorgere sono, come abbiamo visto, molteplici. In primo luogo si indebolisce la distinzione tra Stato di diritto e Stato di giustizia, che si considera centrale nella definizione di “ordine politico minimo”. Inoltre, si rischia di presentare una definizione “normativista”, e non realista, di questa forma istituzionale, nel senso che si separa l'analisi dei diritti dalle condizioni per il loro esercizio. A farne le spese sono quegli strumenti teorici che sono risultati utili al fine di analizzare lo sviluppo, e la crisi, dello Stato di diritto: il principio della diffusione e della differenziazione del potere, e il carattere “dinamico” del catalogo dei diritti, catalogo che si espande grazie ai movimenti sociali.

Come uscire da questa *impasse*?

Ritengo che il problema non concerne esclusivamente la compatibilità teorica della definizione di Stato di diritto con i regimi oligarchici, così che negando il rapporto di congruenza tra i due concetti si possa realizzare quella forma di Stato anche in società estremamente segmentate. La questione dirimente riguarda l'ipotesi se lo Stato di diritto preveda anche dei meccanismi correttivi delle disuguaglianze sociali⁵⁰. Quest'idea è chiaramente rifiutata da quelle definizioni “formali” che ritengono questa forma di Stato

⁴⁸ Da questo punto di vista possiamo avere diverse posizioni circa la correlatività delle pretese che costituiscono il catalogo dei diritti. Si può negare l'assunto che il catalogo dei diritti sia costituito da classi di pretese che possono essere godute in modo distinto, ma nello stesso tempo rifiutare una concezione “coerentista” di questo catalogo. Una simile posizione è sostenuta da B. Celano in questo numero di “Diritto e questioni pubbliche” e precedentemente nel saggio “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?” in Pozzolo, cit. pp. 89-123. Al contrario si può argomentare che la tutela di un diritto implichi la tutela di un altro diritto in quanto pretese riconosciute in base alla stessa concezione di “persona”, di soggetto agente. E' la c.d. tesi della “globalità” dei diritti. Cfr. F. Viola, *Dalla natura ai diritti*, Laterza, Roma-Bari 1997 pp. 274-276.

⁴⁹ E. Diciotti, “Libertà, proprietà...”, cit. pp. 125-126.

⁵⁰ Non affronto in questa sede il problema, centrale e probabilmente dirimente, di quali principi distributivi siano

compatibile con discriminazioni, anche di carattere razziale, o con massicce disuguaglianze. Accettando la compatibilità teorica, di principio, di regimi tecnocratici o oligarchici con le istituzioni dello Stato di diritto, si finisce per rifiutare l'ipotesi che questa forma istituzionale non preveda alcun meccanismo di riduzione della disuguaglianza sociale, nemmeno quando questa chiaramente impedisce l'esercizio di diversi diritti, non solo politici o sociali, ma anche civili. Se, come ho tentato di mostrare, l'esercizio di un diritto implica, anche concettualmente, la disponibilità di un bene o di uno spazio, allora una situazione di estrema disuguaglianza nei titoli di proprietà risulterà rilevante anche per l'analisi delle condizioni di esistenza di uno Stato di diritto.

D'altra parte, affermare la necessità di principi di giustizia sembra precipitare il dibattito verso l'individuazione di una concezione sostanziale di Stato di diritto, con i problemi che avevamo enunciato in precedenza. In primo luogo si confonderebbe l'analisi concettuale, che cosa è lo "Stato di diritto", con l'indagine normativa, che cosa deve essere lo "Stato di diritto". Si rischierebbe di riproporre in sede teorica il conflitto tra concezioni incommensurabili della vita buona o della società migliore. Infine, l'assetto istituzionale diventerebbe funzionale alla realizzazione della "società giusta", non importa se ci sono diverse e confliggenti idee circa le concezioni della giustizia. Si imporrebbe, quindi, a tutti i consociati giuridici una particolare teoria morale con lo strumento del diritto.

Ritengo che su questo punto si rischia di fare, però, confusione. Il problema della definizione di "Stato di diritto" non concerne la sua separazione dall'analisi morale. Abbiamo mostrato come le teorie formaliste abbiano dei problemi perché non riconoscono il nucleo giustificativo comune delle esperienze istituzionali che si rifanno all'ideale dello Stato di diritto, o almeno di alcune di queste, fatta esclusione cioè delle interpretazioni "fasciste" del termine. La questione, piuttosto, concerne che cosa è ragionevole aspettarsi da una definizione di Stato di diritto. Da una parte, come abbiamo visto, non possiamo interpretare le varie esperienze costituzionali come più o meno rispondenti all'ideale di Stato di diritto senza avere una qualche nozione del contenuto di valori e di principi proprio di questa forma di Stato. Dall'altra, non possiamo sperare di essere tutti d'accordo sui principi morali che questa istituzione deve realizzare, né sui diritti che deve garantire. Abbiamo visto, infine, che anche una riduzione del catalogo dei diritti e una sostanziale indifferenza verso principi di giustizia non conduce ad un consenso sulla definizione da dare a questa forma di Stato e ai regimi che sono compatibili con questa forma istituzionale.

Il problema, a mio giudizio, è che anche nel dibattito circa i caratteri dello Stato di diritto si parte con un assunto sbagliato, importato da alcune teorie dei diritti: che sia possibile soddisfare una "condizione di determinatezza"⁵¹. Questa condizione richiede che l'uso di un termine (per esempio "libertà di espressione", "diritto di voto", "diritto alla salute") non dia luogo a fraintendimenti e ad antinomie⁵². È necessario quindi che si formuli una definizione di un termine che sia chiara, i cui elementi siano coerenti tra loro, e determinata nella sua applicazione. Tuttavia per la definizione dello Stato di

necessari al fine di rendere "effettiva" la tutela dei diritti. Una simile indagine, infatti, coprirebbe l'intero sviluppo del dibattito filosofico-politico almeno da Rawls in poi.

⁵¹ Sulla condizione di determinatezza e l'impossibilità del suo soddisfacimento nell'ambito della tutela dei diritti cfr. Celano "Come deve essere...", cit. pp. 89-98; sull'ineliminabile vaghezza del discorso sui diritti R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in "Ragion Pratica", VIII, 14, pp. 15-25.

⁵² Sostenitore di una simile condizione è H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, trad. it. Giuffrè, Milano, pp. 188-190, e 253-254. Cfr. anche Corso G., *Diritti Umani*, in "Ragion Pratica", IV, 7, 1996 pp. 59-67.

diritto, così come per la disciplina costituzionale dei diritti, una simile pretesa risulta inesigibile. Per entrambi, infatti, si tratta di effettuare delle “letture morali” di un contenuto di diritti, valori, principi⁵³. Se, come abbiamo visto, la definizione di Stato di diritto concerne un contenuto, seppur minimo, di diritti da tutelare anche contro le decisioni del legislatore, allora un simile esercizio implica l'attribuzione di un “contenuto di senso” a questi diritti, così come ai valori e ai principi che li giustificano. In altre parole, a meno che non ci si impegni in un esercizio di “indicazione” dei caratteri di questa istituzione, attraverso, per esempio, un'analisi “storica” delle differenti dottrine sullo Stato di diritto o delle diverse realizzazioni nei particolari ordinamenti nazionali, allora risulta necessaria una “lettura morale” di questa forma istituzionale, un'interpretazione che fornisca le ragioni, i principi, i valori che sottostanno ad un “ordine politico minimo”.

Se da parte della teoria dei diritti l'errore circa la richiesta di soddisfare la condizione di determinatezza concerne l'impossibilità di determinare in maniera univoca la migliore disciplina delle pretese costituzionalmente garantite, nel caso della definizione di Stato di diritto ritengo si tratti sia di una mancata distinzione tra teorie della giustizia sia dell'affermazione di una particolare idea del rapporto tra queste e le istituzioni politiche.

In primo luogo, bisogna precisare che il dibattito di filosofia politica è costituito da teorie dai contorni piuttosto differenti. Possiamo distinguere tra concezioni moniste e concezioni pluraliste della giustizia. Le prime, come l'utilitarismo, ritengono che vi sia un solo valore da realizzare e che le istituzioni politiche siano giustificate allorquando massimizzano tale bene. Vi possono essere, invece, concezioni pluraliste, che ritengono che vi siano diversi beni, l'eguaglianza o l'autonomia individuale, che possono essere ordinati lessicograficamente o no. Le concezioni della giustizia variano poi a seconda dell'ambito della loro applicazione. Possono riferirsi soltanto alla giustificazione dell'uso del potere coattivo, della distribuzione di alcune risorse (il denaro, la partecipazione politica, le posizioni di potere), oppure non riconoscere alcun limite all'applicazione dei principi di giustizia⁵⁴. È sicuramente vero che non tutte le teorie della giustizia possono essere compatibili con il contenuto individualistico dell'idea di Stato di diritto (pensiamo a certe forme di utilitarismo), d'altra parte ciò non significa che altre teorie non possano legittimare questa forma di Stato e il suo contenuto di valori, principi, diritti.

In secondo luogo, allorquando si intende interpretare le istituzioni dello Stato di diritto alla luce di una dottrina politica, sempre che dietro questo ideale e le sue realizzazioni si possa ritrovare una ed una *sola* dottrina del rapporto tra il potere e i cittadini, è necessario sgombrare il campo da un equivoco: non bisogna pensare che una teoria della giustizia determini tutti i criteri di valutazione delle istituzioni politiche non lasciando alcuno spazio di decisione autonoma all'autorità. Non è necessario affermare, ribaltando il detto hobbesiano: *Veritas non auctoritas facit legem*⁵⁵. In altre parole, per

⁵³ Celano, ult. op. cit. pp. 103-105. Sulla nozione di “lettura morale” il riferimento d'obbligo è R. Dworkin, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, in idem *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1996.

⁵⁴ Questa è un'ipotesi limite, usata contro l'utilitarismo dell'atto. In generale si tratta dell'idea di concepire la società come un tutto organico con alcune funzioni considerate degne di valore. Da questo punto di vista queste teorie si potrebbero considerare compatibili con l'idea di “stato etico” o “stato di giustizia” propria della pubblicistica fascista.

⁵⁵ Questo dubbio è ormai ricorrente nella polemica odierna tra teorici del diritto di tradizione liberale e teorici di tradizione democratica. Nell'enorme dibattito rimando soltanto a J. Waldron, *The dignity of*

evitare di considerare lo Stato di diritto come quell'insieme di istituzioni che realizzano, o si approssimano ad, una società giusta non è necessario distinguere, separare l'ambito della definizione di questa forma di Stato dalla sua giustificazione a partire da un insieme di principi e valori. È necessario soltanto sapere che tipo di "teoria della giustizia" possa applicarsi ad una simile impresa.

Se lo Stato di diritto deve essere inteso come un "ordine politico minimo" capace di tutelare diversi diritti all'interno di comunità politica differenziate (economicamente, socialmente e moralmente), allora ritengo che l'idea di giustizia cui rivolgersi coincida con la c.d. giustizia "procedurale", all'interno di una tradizione liberale, una tradizione che riconosce dei limiti all'uso del potere pubblico. Questa tesi metaetica consiste nell'ipotesi di legittimare una decisione vincolante, per esempio una certa norma o una distribuzione, non tramite il riferimento esclusivo a valori presupposti, (l'utilità, il bene della nazione, l'aumento della ricchezza pro-capite ecc.)⁵⁶, ma attraverso il perseguimento di una serie standardizzata di atti, il cui insieme può essere chiamato "procedura". Tale procedura, inoltre, può essere ritenuta cogente da soggetti con convinzioni etiche differenti⁵⁷.

J. Rawls, com'è noto, distingue tra tre tipi di giustizia procedurale: pura, perfetta ed imperfetta. Gli elementi costitutivi di una giustizia procedurale sono: una procedura distributiva e l'esistenza, o meno, di un insieme di criteri indipendenti che valutano la distribuzione che si è prodotta tramite la procedura. In questo modo si possono distinguere tra

procedure di distribuzione pure, in quanto il risultato della procedura è sempre giusto, mancando dei criteri esterni, indipendenti dalla procedura, per valutare i risultati della distribuzione (ad. es. il gioco d'azzardo, essendo uguali le possibilità di vittoria per ciascun giocatore, fornisce dei risultati equi, anche se guadagni e perdite possono differire tra i giocatori);

procedure perfette, in quanto il risultato ottenuto dal seguire la procedura è sempre giusto in quanto è sempre conforme a criteri esterni, indipendenti, di valutazione della distribuzione (ad es. la divisione di una torta, che attribuisce a chi la taglia l'ultima fetta, risulta giusta anche secondo il criterio dell'uguaglianza di risorse),

procedure imperfette, in quanto il risultato ottenuto dal seguire la procedura non è sempre giusto, in quanto può risultare difforme da alcuni criteri esterni, indipendenti di valutazione della procedura (ad es. il processo penale che è regolato da procedure che non assicurano che si arrivi alla verità dei fatti)⁵⁸.

legislation, Cambridge University Press, Cambridge 1999, A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003, e in particolare pp. 98-104.

⁵⁶ La scelta tra procedure differenti implica una preferenza per quei valori che determinate procedure tutelano con maggiore efficacia. In questo senso, le teorie che producono dei principi di giustizia tramite l'uso di procedure, quand'anche "ideali", non sono "formali", ma si basano su alcune opzioni di valore. Cfr. B. Celano, "Giustificazione di norme e procedure ideali", in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1992*, Giappichelli, Torino 1992.

⁵⁷ Non è un caso che l'idea di giustizia procedurale si affermi nell'ambito di teorie politiche liberali che ritengono che lo Stato non debba imporre alcuna concezione della vita buona. Cfr. B. Barry, *Political Argument. A reissue with a New Introduction*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1990, pp. 66-67 e 94-100.

⁵⁸ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, (1971) trad. it. di U. Santini, ed. it. a cura di S. Maffettone, Milano 1982, pp. 84-86. Un'applicazione della tripartizione di Rawls alla filosofia del diritto si trova in F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 37-44, e in B. Celano "Giustizia procedurale pura..." cit.

Quale nozione di giustizia procedurale è compatibile con l'idea di Stato di diritto, almeno nella versione realista e conflittualista che qui abbiamo fornito?

Escluderei la prima nozione. Essa, infatti, riduce la giustificazione di una norma alla modalità della sua produzione. In questo senso, l'idea di Stato di diritto cui questa nozione di giustizia procedurale si accompagna ritengo sia quella di Hart o di Raz⁵⁹: un regime che non è giusto, e non mira ad esserlo, un regime che però attraverso delle procedure si ritiene riesca a limitare l'uso arbitrario del potere, ad evitare il male e a rendere certe le conseguenze giuridiche di ogni atto. Ciò che si perde, tuttavia, è la nozione di tutela di diritti, di garanzia di alcuni valori morali sostantivi che formano un contenuto morale minimo per l'idea di Stato di diritto. La nozione di giustizia procedurale pura si affianca, e cade, con l'interpretazione formalista di questa forma di Stato⁶⁰.

Un discorso più complesso riguarda invece le nozioni di giustizia procedurale perfetta e imperfetta. Bisogna, infatti, distinguere un duplice senso circa la "perfezione" della procedura. Una procedura, abbiamo detto, è perfetta perché i risultati della sua applicazione sono sempre conformi a criteri indipendenti dalla procedura. Tuttavia possiamo avere sia risultati perfetti sia criteri perfetti. Mi spiego meglio. Il dibattito circa il rapporto tra definizioni formali e definizioni sostanziali di Stato di diritto verte, come abbiamo visto, sul problema circa la realizzazione di una società giusta tramite questa forma istituzionale. Tuttavia, il problema non è soltanto lo scarto tra la realizzazione concreta e il suo ideale, ma anche la circostanza del "ragionevole pluralismo" circa questo ideale. In altre parole ad essere "imperfetti" possono essere anche i criteri di valutazione dei risultati della procedura (ad esempio i diritti fondamentali e i principi inviolabili di un ordinamento), possono cioè essere conflittuali, imprecisi, inapplicabili o moralmente non giustificati (principi e diritti che non realizzano un ideale di società giusta). Avremmo quindi quattro possibilità:

- un'idea di Stato di diritto come procedura perfetta perché produce risultati coerenti con un insieme di principi e diritti ritenuti congruenti tra loro e moralmente giustificati;
- un'idea di Stato di diritto come procedura perfetta perché produce risultati coerenti con un insieme di principi e diritti che non sempre sono congruenti tra loro e moralmente giustificati;

⁵⁹ Devo precisare che il pensiero di Raz si è modificato nel senso di considerare come implicita la tutela dei diritti civili nello Stato di diritto all'interno di una comunità pluralista. J. Raz, *The Politics of the Rule of Law*, in "Ratio Juris", 3, 1990, poi ristampato in idem *Ethics in the Public Domain*, Clarendon press, Oxford 1994, pp. 376-377.

⁶⁰ Ritengo, tuttavia, sia possibile immaginare un regime che sia autoritario, ma che sia governato da una procedura, pura, di produzione del diritto a cui il legislatore si sottomette, pur non riconoscendo alcun diritto soggettivo. Ciò non significa che un regime fascista possa essere considerato compatibile con l'ideale di giustizia procedurale pura, a meno che non si riduca tale nozione al principio: "il sovrano ha sempre ragione". In generale, ritengo che l'idea di giustizia procedurale implichi l'idea dell'autolimitazione del detentore del potere. Questo è possibile in certi regimi autoritari, che riconoscono l'indipendenza della magistratura e la sua sottomissione alla legge, generale ed astratta, ma non in uno "stato etico" o "stato di giustizia" proprio della pubblicistica italiana e tedesca degli anni trenta, in quanto centrale in queste dottrine è l'idea che il diritto si riduca all'editto del sovrano in funzione della tutela della nazione o della razza, ecc. In questo senso l'utilizzo del potere "oltre il diritto", l'idea che lo Stato eserciti una doppia funzione, legale e illegale, ritengo sia un elemento ineliminabile dalla definizione di un regime dittatoriale.

- un’idea di Stato di diritto come procedura imperfetta perché produce risultati non coerenti con un insieme di principi e diritti congruenti tra loro e moralmente giustificati;
- un’idea di Stato di diritto come procedura imperfetta perché produce risultati non coerenti con un insieme di principi non congruenti tra loro e non moralmente giustificati.

La prima ritengo corrisponda alle teorie dello stato di diritto come quella di Dworkin. Caratteristica di questa posizione, infatti, è l’idea che le istituzioni dello Stato di diritto realizzino il quadro istituzionale proprio di una comunità giusta, permettendo la garanzia dei diritti dagli attacchi del potere. In questo senso, una concezione “sostanziale” dello Stato di diritto sembra coincidere con il funzionamento di una procedura (la separazione dei poteri, il sindacato di costituzionalità delle leggi, la tutela giurisdizionale dei diritti, l’attribuzione di quote per favorire l’accesso di gruppi svantaggiati a posizioni di potere, ecc.) che realizza compiutamente una serie di desiderata, di criteri di validità circa il funzionamento della procedura. Questi possono essere considerati un insieme di principi (ad es. il principio dell’uguale trattamento), di valori (ad es. il valore dell’autonomia individuale), di diritti (di partecipazione politica, di privacy, di libertà di pensiero, ecc.) considerati oggettivi⁶¹.

La seconda, invece, parte dall’idea che una procedura di produzione giuridica, con dei controlli di costituzionalità, con diritti di partecipazione politica, e con un ceto di giuristi coscienti della loro funzione propositiva, può produrre delle norme coerenti con un insieme di diritti, principi, valori codificati in costituzione, non importa se alcuni di questi possono anche essere contraddittori o non realizzare l’ideale di una comunità giusta (come nel caso di una costituzione che sancisca espressamente il diritto inviolabile a “possedere e portare armi”)⁶².

⁶¹ Ci si può domandare se la caratterizzazione dell’ideale dello Stato di diritto come esempio di giustizia procedurale perfetta implichi l’accettazione di una posizione di giuspositivismo ideologico, nella misura in cui identifica una concreta istituzione politica (i regimi costituzionali contemporanei) con l’idea di istituzione giusta. In questo senso si passerebbe dallo studio teorico di un regime politico, che cosa sia uno Stato di diritto, ad uno studio prescrittivo, ideologico, che cosa deve essere lo Stato di diritto. Questa è la critica che si rivolge non soltanto a Dworkin, autore che comunque sfugge alla dicotomia positivismo-giusnaturalismo, ma anche ad autori che ad una tradizione positivista si rifanno pur rigettando l’atteggiamento dogmatico e formalistico di tale tradizione, come Ferrajoli “Lo Stato di diritto tra passato e futuro”, in Costa e Zolo, cit. pp. 354-357. Un esempio di tale critica è offerto da P. Comanducci “Forme di neocostituzionalismo”, in T. Mazzarese (a cura di) *Neocostituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2003 pp. 84-89. Non vorrei entrare nella disputa enorme e difficile circa la deriva “ideologica” o “giusnaturalistica” delle teorie neocostituzionaliste. Mi limito a far presente che la tassonomia che ho presentato potrebbe essere d’aiuto a distinguere posizioni teoriche comunque differenti. In altre parole, una cosa è affermare che la propria idea di Stato di diritto coincide con l’idea di giustizia sociale perché realizza un insieme di principi, valori e diritti coerenti tra loro, un’altra invece, affermare che la propria idea di Stato di diritto realizza dei valori, dei principi, dei diritti che possono comunque essere contraddittori o non realizzare un ideale di giustizia. Ritengo che entrambi i sensi possano essere considerati delle possibili interpretazioni del legame tra giustizia procedurale perfetta e Stato di diritto.

⁶² L’esempio è ripreso da Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit. p. 331. In questo senso ritengo che la sua teoria complessiva possa essere considerata un esempio di “procedura perfetta”: lo Stato di diritto, o meglio lo “Stato costituzionale di diritto” è un’istituzione che realizza una forma di giustizia, o che assicura la possibilità che tale giustizia sia realizzata, ma non garantisce che quella realizzazione della giustizia sia moralmente “appetibile”.

La terza e la quarta possibile declinazione del rapporto tra l'idea di Stato di diritto e la nozione di giustizia procedurale sono coerenti con una concezione realista di questa forma istituzionale e con un'interpretazione "conflittualista" del catalogo dei diritti.

Questa forma di Stato, infatti, sarà sempre un'approssimazione a ciò che criteri indipendenti di giudizio possono ritenere essere la giusta distribuzione dei diritti e dei poteri in una comunità politica. In questo caso, la nozione di Stato di diritto-allorquando vuole tenere insieme sia il suo contenuto valoriale, il patrimonio di dottrine politiche e morali che hanno fornito una connotazione positiva a questo concetto, sia il suo aspetto formale, la distribuzione del potere giuridico tramite principio di diffusione e differenziazione dell'autorità- può essere concepita come una realizzazione dell'ideale della giustizia procedurale imperfetta. Seguendo la procedura, distribuendo il potere tra i soggetti, nulla impedisce che si possano ottenere delle nuove posizioni di dominio (economico, politico, tecnico), né che possano sorgere nuove pretese che non vengono soddisfatte (ad es. la richiesta di erogazione di un reddito minimo di cittadinanza in seguito a contrazioni rilevanti dell'offerta di lavoro dovute a raggiungimento di altissimi livelli di produttività) per la "chiusura" del sistema politico o per l'esplosione di nuove esigenze sociali. La terza declinazione del rapporto tra Stato di diritto e giustizia procedurale pura ritengo possa coincidere con una definizione "realista" nella misura in cui si evidenzia l'impossibilità di realizzare un ideale morale tramite una serie di procedure, in quanto queste verranno sempre messe in pratica da particolari agenti con le loro ideologie e i loro interessi⁶³. Nello stesso tempo, però, non si nega, né si afferma la possibile contraddittorietà dei criteri di valutazione.

L'"imperfezione" della giustizia procedurale che si può ritrovare dietro la nozione di "Stato di diritto" non riguarda, però, soltanto l'insufficiente giustificazione di una norma in base ad una serie di criteri, ma anche la diversità tra questi e il loro possibile conflitto. Un insieme di criteri che possono valutare "l'efficienza" della procedura stessa (il livello di tutela di una serie di principi, valori, diritti) giustifica *una particolare* declinazione dell'ideale di Stato di diritto⁶⁴. Questi criteri possono essere, infatti, differenti, possono riferirsi a cataloghi dei diritti diversi. I criteri, però, possono confliggere tra loro, così come i diritti. È sempre possibile richiedere una società con pieno impiego e libertà di iniziativa economica pur considerando irrinunciabili alcune tutele contro il licenziamento o la riduzione unilaterale dell'orario di lavoro. In questo caso, che corrisponde alla quarta "declinazione", l'imperfezione dell'idea di giustizia, se applicata ai criteri di valutazione della produzione normativa in uno Stato di diritto, rende possibile un'interpretazione conflittualista di questa forma istituzionale. L'idea di Stato di diritto muta, così come il catalogo dei diritti, perché ad un criterio di valutazione delle procedure se ne sostituisce un altro. Ad esempio, al principio che le prestazioni pubbliche debbano essere sempre in forma di servizi e non di denaro e che siano condizionali ad uno stato di disoccupazione involontario, può sostituirsi l'assunto che ogni membro della comunità politica sia titolare di un insieme di beni, di risorse non importa il suo contributo alla produzione della ricchezza sociale.

⁶³ Sull'impossibilità di concepire le decisioni giuridiche alternativamente come decisioni legittimate da giustizia procedurale pura o perfetta cfr. B. Celano "Giustizia procedurale pura e teoria del diritto", in M. Basciu (a cura di) *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale. Atti del XXII Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica. Trieste 27-30 settembre 2000*, Giuffrè, Milano 2002, pp.101-142.

⁶⁴ In questo senso ritengo che una concezione dello Stato di diritto come giustizia procedurale imperfetta sia compatibile con una lettura "particolaristica" dei diritti, come quella fornita da L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999.

5. – *Osservazioni conclusive.*

In questo scritto ho tentato di fare il punto della situazione circa il dibattito sulla nozione di Stato di diritto alla luce dell'importante contributo offerto dal saggio di Zolo. Le critiche presentate possono essere considerate un tentativo di approfondire una prospettiva “sostanziale”, ma anche “realista e conflittualista”, alla questione dei caratteri di questa forma di Stato. Il mio contributo ha inteso collegare una prospettiva critica con l'indagine sui requisiti morali necessari a mantenere le condizioni sociali e politiche “minime” al mantenimento delle istituzioni di Stato di diritto. In questo senso ho cercato di “prendere sul serio” il contenuto morale di questa forma di Stato, e ho argomentato che regimi oligarchici o tecnocratici difficilmente possono essere considerati compatibili con l'idea di “Stato di diritto”, a meno che non si abbracci un'ideologia liberista, o utilitarista “manageriale”, o non si consideri un diritto soggettivo come una pretesa che non necessita di alcun bene o spazio per essere goduta. Da questo punto di vista ritengo che anche un'analisi realista (che non si ferma alla dichiarazione di un ideale politico o di un diritto ma indaga anche le modalità della sua realizzazione) e un'indagine conflittualista (che ritiene che il catalogo dei diritti si espanda tramite movimenti sociali e non per l'azione del ceto dei giuristi) possono fare tesoro di particolari teorie della giustizia. Bisogna, però, sgomberare il campo da possibili fraintendimenti circa la natura e i limiti di queste dottrine. A tal fine ho inteso distinguere differenti versioni dell'idea di giustizia procedurale. Alcune sono compatibili con idee “formaliste” circa lo Stato di diritto, altre con idee sostanziali, altre ancora con idee realiste e conflittualiste, come quella di Zolo. Distinguere tra Stato di diritto e Stato di giustizia, affermare che questa forma di Stato non realizza alcuna idea della società giusta e quindi è compatibile con estreme forme di disuguaglianza, è una strada che paga un prezzo troppo alto ad una tradizione autorevole, ma che forse oggi è da mettere in discussione. Se i diritti non possono essere considerati, anche analiticamente, in modo separato dalle risorse, i beni e i servizi necessari alla loro fruizione, se l'interpretazione di una forma di Stato non può evitare di intraprendere una disamina del suo contenuto morale, la c.d. *moral reading of the constitution*, allora non si può separare la definizione di Stato di diritto dall'analisi di quali principi di giustizia sono sottesi alle particolari declinazioni dell'ideale del “governo delle leggi”.