

*Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale**

Michel Rosenfeld**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Presupposti di sfondo: pluralismo, legittimità come consenso, e le condizioni minime per lo stato di diritto.* – 3. *Il Rechtsstaat tedesco come potere statale attraverso il diritto.* – 4. *L'État de droit francese come mezzo per rivendicare diritti fondamentali attraverso il diritto.* – 5. *La common law anglo-americana e i paradossi dello stato di diritto.* – 6. *Common law, stato di diritto, democrazia costituzionale, e politica: procedura, sostanza, e la sfida dei Critical Legal Studies.* – 7. *La common law e la tensione tra certezza e equità.* – 8. *Conclusioni: la democrazia costituzionale e i limiti dello stato di diritto.*

1. – *Introduzione*

Lo stato di diritto è una pietra angolare della democrazia costituzionale contemporanea¹, come è stato evidenziato nel ruolo che ha giocato nel consolidare le recenti transizioni dai regimi autoritari o totalitari² alle democrazie costituzionali in Europa orientale e altrove³. In termini estremamente ampi, lo stato di diritto richiede che lo stato assoggetti i cittadini solo a leggi promulgate pubblicamente, che la funzione legislativa dello stato sia separata da quella giurisdizionale, e che nessuno all'interno della comunità politica sia al di sopra della legge. Le tre caratteristiche essenziali del costituzionalismo moderno sono la limitazione dei poteri del governo, l'adesione allo stato di diritto, e la protezione dei diritti fondamentali⁴. Senza stato di diritto, la democrazia costituzionale contemporanea sarebbe impossibile. Al di là di questo, comunque, non è chiaro quali precise caratteristiche debba possedere lo stato di diritto per concorrere a sostenere la democrazia costituzionale, quale specifico ruolo esso debba assumere per assicurare una effettiva democrazia costituzionale, o in che modo esso possa in definitiva contribuire alla legittimità della democrazia costituzionale.

* *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy.* Traduzione di Giorgio Pino. Justice Sydney L. Robinson Professor of Human Rights, Benjamin N. Cardozo School of Law. Desidero ringraziare Arthur Jacobson e Frank Michelman per i loro utili commenti e suggerimenti su una versione precedente di questo saggio. Tutti gli errori, ovviamente, sono miei.

** Justice Sydney L. Robinson Professor of Human Rights, Benjamin N. Cardozo School of Law. Desidero ringraziare Arthur Jacobson e Frank Michelman per i loro utili commenti e suggerimenti su una precedente versione di questo saggio. Tutti gli errori sono, ovviamente, miei.

¹ Vedi M. Rosenfeld, *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, in M. Rosenfeld (ed. by), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Duke U.P., Durham, 1994, p. 3.

² Per una discussione sulla differenza tra regimi autoritari e totalitari, si veda J. Linz, A. Span, *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America and Post-communist Europe*, The Johns Hopkins University Press, Baltimora, 1996.

³ Si vedano, ad esempio, M. Brzezinski, L. Garlicki, *Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of a Rechtsstaat?*, in "Stanford Journal of International Law", vol. 31, 1995, pp. 35 ss.; K. Morvai, *Retroactive Justice Based on International Law: A Recent Decision by the Hungarian Constitutional Court*, in "East European Constitutional Review", Fall 1993/Winter 1994, pp. 32 ss.; Special Report: *Retroactivity Law Overturned in Hungary*, in "East European Constitutional Review", Spring 1992, pp. 7 ss.

⁴ M. Rosenfeld, *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, cit., p. 3.

Sebbene si ritenga comunemente che stato di diritto e democrazia costituzionale procedano di pari passo, un esame più attento mostra che costituzionalismo e democrazia talvolta potrebbero non essere in armonia⁵, dando luogo ad un contrasto tra stato di diritto e democrazia. Inoltre, l'esatto ruolo ed ambito di estensione dello stato di diritto all'interno del costituzionalismo sono a loro volta ambigui, poiché lo stato di diritto può traboccare sugli altri due elementi essenziali del costituzionalismo, anziché figurare esclusivamente come uno dei tre. Invero, una costituzione scritta può avere valore pienamente giuridico⁶, e pertanto le sue disposizioni che limitano i poteri del governo e quelle dedicate alla protezione dei diritti fondamentali possono diventare parte integrante del regime di stato di diritto istituito dal regime costituzionale di riferimento. D'altronde, lo stato di diritto può ricomprendere l'intero campo abbracciato dal costituzionalismo⁷, oppure può semplicemente svolgere un circoscritto ruolo di preservazione di un ordine costituzionale dato⁸.

Ad aggravare tali difficoltà vi è il fatto che non esiste alcun consenso su che cosa denoti la locuzione "stato di diritto", anche se è piuttosto chiaro a cosa essa si contrapponga. Una parte importante del problema è che "stato di diritto" è un "concetto essenzialmente controverso" ("essentially contested concept"), dotato di un contenuto sia descrittivo che prescrittivo su cui non vi è un accordo condiviso⁹. Come per i concetti di "libertà" o "eguaglianza", il significato descrittivo di "stato di diritto" dipende dal significato prescrittivo che gli si ascrive; nel contesto delle complesse comunità politiche contemporanee vi saranno verosimilmente forti disaccordi sugli standard prescrittivi rilevanti che vengono in considerazione¹⁰. E infatti lo stato di diritto ha assunto significati differenti in differenti tradizioni giuridiche, come dimostrano le differenze tra la "Rule of Law" anglo-americana, il Rechtsstaat tedesco, e il francese État de droit¹¹. Perfino all'interno di una stessa tradizione non è chiaro se lo stato di

⁵ Questo è evidente a proposito del famoso problema "contro-maggioritario" discusso oltre. Si veda *infra*, il testo cui si riferisce la nota 30. Sebbene questo problema sia più spesso considerato nel contesto dell'interpretazione giudiziale dei diritti costituzionali, esso può anche essere sollevato in relazione ad almeno alcuni di questi stessi diritti.

⁶ Si veda, ad esempio, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176-177 (1803) (che considera la costituzione giuridicamente applicabile in sede giudiziaria, in quanto legge suprema dello stato).

⁷ Questo accadrebbe nel caso in cui la costituzione definisse la natura e l'ambito di estensione dei poteri del governo e dei diritti umani e se questi venissero implementati attraverso leggi, oppure interpretati ed elaborati come norme giuridiche in sede giudiziale.

⁸ Questo accadrebbe nel caso in cui la costituzione stabilisse una divisione dei poteri ma lasciasse al processo politico il compito di implementarla, cfr. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528, 547-557 (1985) (secondo cui le dispute che riguardano i confini tra poteri statali e federali negli Stati Uniti devono essere lasciati agli organi legislativi nazionali, in quanto gli interessi statali sono incorporati nella composizione stessa di tali organi legislativi); o se individuasse un insieme di diritti fondamentali cui garantire speciale protezione, lasciando la loro effettiva attuazione alla discrezionalità di organi statali di tipo politico anziché a quelli di tipo giudiziario.

⁹ Si veda R. Fallon, "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, in "Columbia Law Review", vol. 97, 1997, pp. 1 ss.

¹⁰ Anche se è importante, a fini analitici, tenere separati gli aspetti prescrittivi e descrittivi dei concetti essenzialmente controversi, nessuna formulazione di tali concetti può essere considerata convincente se non abbraccia elementi sia prescrittivi che descrittivi. Ad esempio, è impossibile stabilire in astratto se l'applicazione meccanica di regole giuridiche tassative rappresenti una implementazione dello "stato di diritto". Se l'obiettivo prescrittivo preso in considerazione è quello di assicurare la certezza del diritto, allora la risposta sarà sicuramente affermativa. Se, invece, la principale finalità prescrittiva fosse quella di promuovere l'equità, allora l'adesione meccanica a regole tassative con ogni probabilità non riuscirebbe a soddisfare le esigenze dello stato di diritto.

¹¹ Per un esame delle differenze tra queste tradizioni, si veda la discussione svolta *infra*, paragrafi 3-5.

diritto debba avere un carattere prevalentemente, se non esclusivamente, procedurale o sostanziale, oppure se debba essere principalmente incentrato sulla certezza o sull'equità. Infine, almeno nel contesto della democrazia costituzionale, lo stato di diritto sembra riposare su un paradosso. Per quanto riguarda la struttura istituzionale necessaria per la democrazia costituzionale, e l'implementazione della volontà della maggioranza attraverso il diritto, lo stato di diritto sembra essere decisamente dalla parte dello stato e spesso contro il cittadino¹². Di contro, in relazione alla protezione di diritti costituzionali fondamentali, lo stato di diritto sembra essere dalla parte dei cittadini, quantomeno nella misura in cui il diritto costituzionale può essere invocato dai cittadini contro leggi e politiche statali.

Al fine di stabilire se, e come, lo stato di diritto possa contribuire a consolidare la legittimità della democrazia costituzionale in una società pluralista contemporanea, è necessario affrontare le questioni sopra accennate nonché alcuni temi chiave di tipo preliminare relativi ai concetti stessi di "stato di diritto", "legittimità", e "società pluralista". Nel paragrafo 2 mi occuperò brevemente di questi temi preliminari e quindi mi concentrerò sulle caratteristiche filosofico-giuridiche essenziali delle concezioni dello stato di diritto rispettivamente presenti nelle tre differenti tradizioni giuridiche. Nel paragrafo 3 discuterò la concezione tedesca del Rechtsstaat; nel paragrafo 4 la nozione francese di État de droit; e, nel paragrafo 5, l'elaborazione della "Rule of Law" basata sulla common law anglo-americana. Nel paragrafo 6 esaminerò le condizioni che lo stato di diritto deve soddisfare al fine di legittimare la democrazia costituzionale in una società pluralista. Mi concentrerò in particolare sulle differenze tra garanzie procedurali e sostanziali e sulla separazione tra diritto e politica, con particolare riferimento alla tendenza da parte dei sostenitori dei Critical Legal Studies (CLS) a far collassare il diritto nella politica. Nel paragrafo 7 esaminerò il modo in cui lo stato di diritto, specialmente negli ordinamenti di common law, possa conciliare l'esigenza di certezza con l'esigenza di equità. Infine, dopo aver concluso che è impossibile che lo stato di diritto soddisfi le condizioni richieste per legittimare la democrazia costituzionale, mi concentrerò nel paragrafo 8 sul ruolo che lo stato di diritto può nondimeno svolgere nella ricerca di tale legittimazione.

2. – *Presupposti di sfondo: pluralismo, legittimità come consenso, e le condizioni minime per lo stato di diritto*

La tesi che sia desiderabile la democrazia costituzionale sotto l'egida dello stato di diritto non nasce dal nulla. La democrazia costituzionale è virtualmente indispensabile se messa a confronto con i regimi totalitari o autoritari che essa ha sostituito nella seconda metà del ventesimo secolo. Quei regimi ignoravano, violavano, o abusavano dello stato di diritto, e coloro che erano ad essi sottoposti palesemente soffrivano. Da questo non segue necessariamente, comunque, che la democrazia costituzionale sotto l'egida dello stato di diritto sia sempre indispensabile o sia la migliore alternativa. In alcuni casi, la democrazia costituzionale può essere superflua o addirittura indesiderabile. Ad esempio, in una società omogenea e compatta, fortemente religiosa e governata da capi rispettati, ritenuti comunemente avere accesso diretto alla volontà

¹² Questo sembra accadere quando un cittadino è costretto a rispettare leggi che considera ingiuste o oppressive, nonostante che tali leggi siano state approvate da maggioranze regolarmente elette. Per una ulteriore esplorazione di questo tema, si veda *infra*, il testo cui si riferiscono le note 30-41.

divina, una teocrazia sembrerebbe chiaramente più adeguata di una democrazia costituzionale. In una simile società le istruzioni e le direttive impartite dai capi religiosi sarebbero prevalenti, lasciando poco, o nessuno, spazio allo stato di diritto.

Di contro, in società eterogenee con diverse concezioni del bene in competizione al proprio interno, la democrazia costituzionale e l'adesione allo stato di diritto potrebbero ben essere indispensabili per ottenere coesione politica con un livello minimo di oppressione¹³. Tali società eterogenee, inoltre, possono caratterizzarsi come pluraliste di fatto¹⁴. Una società è pluralista di fatto se è divisa in base a fattori etnici, linguistici, culturali, o ideologici, o in altre parole se è composta da differenti gruppi che non condividono gli stessi valori o concezioni del bene. Anche una società omogenea con una concezione individualista del bene, in cui si ritiene che ognuno abbia il diritto di perseguire il proprio bene individuale, andrebbe considerata una società pluralista di fatto¹⁵. In breve, una società è pluralista di fatto se è pluralista a livello di gruppo oppure a livello individuale. A queste condizioni, tutte le democrazie occidentali, e da questo punto di vista quasi tutti gli stati nazionali contemporanei, sono pluralisti di fatto.

Dal momento che nelle società pluraliste di fatto le persone non condividono gli stessi valori o interessi, la legittimità delle loro istituzioni politiche fondamentali dipende in ultima analisi da qualche tipo di consenso tra tutti coloro che sono soggetti a tali istituzioni. Esiste una antica tradizione che concepisce la legittimità istituzionale e la giustizia politica in termini di consenso. Si tratta della tradizione istituita dalla teoria del contratto sociale articolata nelle filosofie di Hobbes, Locke, Rousseau, Kant¹⁶, e, più recentemente, Rawls¹⁷. In termini estremamente generali, secondo la teoria del contratto sociale la legittimità del governo dipende dal consenso dei governati. Non vi è accordo, tuttavia, tra i fautori della teoria del contratto sociale su cosa sia consenso in senso proprio. Per alcuni, come Locke, sembra trattarsi dell'effettivo consenso dei governati¹⁸, mentre per altri, come Rawls, è sufficiente un consenso ipotetico sulle istituzioni fondamentali della società¹⁹. Inoltre, il consenso è pure la base per la legittimità in teorie che non ricadono, in senso stretto, nel paradigma del contratto sociale ma che

¹³ Questo a condizione che le società in questione possiedano, o abbiano alla propria portata, i mezzi necessari a sostenere una effettiva democrazia costituzionale. Si veda J. Linz, A. Span, *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, cit., pp. 7-11 (che identificano cinque teatri di "democrazia consolidate", vale a dire: 1) la società civile; 2) una società politica relativamente autonoma; 3) l'implementazione dello stato di diritto; 4) la possibilità di realizzare una burocrazia statale; 5) una "società con un'economia istituzionalizzata").

¹⁴ Per una più estesa discussione sul "pluralismo di fatto" e sul modo in cui esso differisce dal "pluralismo normativo", si veda M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998), a cura di G. Pino, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 324-330.

¹⁵ Più precisamente, tale società non sarebbe pluralista a livello di gruppo, ma risulterebbe pluralista a livello individuale nella misura in cui il perseguimento dell'interesse individuale venga considerato normativamente accettabile o desiderabile. Di conseguenza, una simile società sarebbe pluralista di fatto se confrontata con una società omogenea in cui gli individui fossero normativamente richiesti di sacrificare gli interessi individuali in vista del bene comune.

¹⁶ Per un confronto delle somiglianze e differenze tra le teorie del contratto sociale sposate rispettivamente da questi filosofi, si veda M. Rosenfeld, *Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory*, in "Iowa Law Review", vol. 70, 1985, pp. 769 ss.

¹⁷ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano, 1983.

¹⁸ J. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, Rizzoli, Milano, 1998, §§ 98-102.

¹⁹ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., cap. I.

nondimeno hanno con quest'ultimo notevoli affinità, come la teoria discorsiva della giustificazione del diritto basata sul consenso elaborata da Habermas²⁰.

Lasciando da parte le differenze tra le varie teorie basate sul consenso, la legittimazione basata sul consenso sembra essere il mezzo ottimale, se non esclusivo, della giustificazione normativa sia per la democrazia costituzionale che per lo stato di diritto nelle società pluraliste di fatto. Nonostante la sua evidente attrattiva in confronto ai regimi autoritari o totalitari, la democrazia costituzionale stessa può essere oppressiva, dal momento che generalmente impone almeno due tipi di coercizione. Essendo democratica, la democrazia costituzionale dà attuazione alla volontà di maggioranze politiche e costringe le minoranze politiche a contribuire alla realizzazione degli obiettivi della maggioranza, con cui le minoranze possono essere in forte disaccordo²¹. D'altro canto, poiché la democrazia costituzionale appronta forme di protezione a certi diritti fondamentali, e certe rivendicazioni di tali diritti frustrano la capacità della maggioranza di realizzare certi obiettivi che essa considera prioritari, la protezione dei diritti costituzionali sembrerebbe determinare un grado significativo di coercizione²².

Da parte sua, lo stato di diritto stesso è coercitivo nella misura in cui i cittadini sono soggetti a leggi con le quali essi sono in disaccordo, o che trovano oppressive. Inoltre, è probabile che i tipi di coercizione visti sopra, associati alla democrazia costituzionale, siano imposti per lo più attraverso l'implementazione dello stato di diritto. In particolare, le leggi infra-costituzionali giustificano la coercizione dei cittadini da parte dello stato, mentre le norme costituzionali permettono ai cittadini di mettere in questione leggi infra-costituzionali volute dallo stato, e possono impedire il perseguimento del bene dei promotori delle leggi infra-costituzionali impugnate con successo.

Il consenso nei confronti della democrazia costituzionale e dello stato di diritto può non eliminare la coercizione, ma comunque la legittima. Presumibilmente, il consenso in questione sarebbe simile, da tutti i punti di vista rilevanti, al consenso in ambito contrattuale²³. In un valido contratto giuridico, il libero accordo tra le parti al tempo della conclusione del contratto legittima la successiva esecuzione di tale contratto anche nei confronti di una parte che si sia poi pentita di aver precedentemente prestato il proprio consenso. Quindi, anche se qualcuno che ha cambiato idea dopo aver stipulato un contratto valido può sentire l'esecuzione di tale contratto come una coercizione, tale coercizione sarebbe comunque legittima e deriverebbe, da tutti i punti di vista rilevanti, da un consenso valido, invece che essere meramente oppressiva. Analogamente, se la

²⁰ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e associati, Milano, 1996, pp. 116 ss. Per una analisi della teoria di Habermas come erede della teoria del contratto sociale, si veda M. Rosenfeld, *Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled Through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law*, in M. Rosenfeld, A. Arato (eds.), *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, University of California Press, Berkeley, 1998, p. 82.

²¹ Sebbene non tutte le politiche intese ad accontentare la maggioranza siano necessariamente coercitive, molte indubbiamente lo sono. Per citare solo due esempi significativi, un cittadino può certamente sentirsi costretto se deve prestare servizio militare per combattere in una guerra che egli avversa fortemente, o se deve versare una somma sostanziosa per pagare una tassa destinata a finanziare politiche che reputa in totale contraddizione con i dettami della sua concezione del bene.

²² Ad esempio, l'annullamento di una legge antipornografia, nei confronti della quale si è raccolto un ampio consenso, in quanto lesiva dei diritti di libertà di espressione può ben frustrare i valori di decenza e moralità considerati vitali dai loro sostenitori per la preservazione del proprio modo di vivere.

²³ Per una discussione delle somiglianze e differenze tra il contratto in senso giuridico e il contratto sociale, si veda M. Rosenfeld, *Contract and Justice*, cit.

democrazia costituzionale e lo stato di diritto possono essere genuinamente legittimati sulla base di qualche plausibile idea di consenso, il mero fatto che possono essere anche coercitivi non li priverebbe necessariamente di legittimità.

Ciò che è essenziale nel contratto è che il consenso sia prestato *ex ante* – prima che la transazione giuridicamente vincolante sia messa in moto. Quando gli aspiranti contraenti sanno cosa aspettarsi una volta che il contratto sarà perfezionato, e ciononostante decidono di procedere, allora la successiva esecuzione di quel contratto nei loro confronti è sia equa che coerente con il rispetto della loro libertà e autonomia. Assumendo che il consenso convalidi allo stesso modo la democrazia costituzionale e che lo stato di diritto svolga un ruolo importante nel rendere certe le conseguenze di un impegno preso *ex ante*, il consenso dei cittadini nei confronti dello stato di diritto risulterebbe essere un fattore centrale nella legittimità – non solo del regime di stato di diritto in considerazione, ma anche della democrazia costituzionale associata ad esso.

Prima di determinare cosa sia lo stato di diritto, o quali possano essere le sue potenzialità, è importante indicare brevemente cosa esso non è, chiarendo i suoi requisiti minimi²⁴. Lo “stato di diritto” è spesso considerato in opposizione al “governo degli uomini” (“rule of men”)²⁵. In alcuni casi, il “governo degli uomini” (o, come diremmo oggi, “il governo di persone individuali”) connota genericamente un potere personale assoluto, e potenzialmente arbitrario, da parte di un governante non vincolato e forse imprevedibile. Per quanto qui interessa, comunque, anche il governo attraverso il diritto può essere un “governo degli uomini”, se il diritto può essere cambiato unilateralmente e arbitrariamente, se è diffusamente ignorato, o se il governante e i suoi sodali restano ampiamente al di sopra del diritto. Come minimo, dunque, lo stato di diritto richiede un governo che si attua attraverso norme giuridiche che abbiano una portata abbastanza generalizzata; una buona dose di certezza del diritto (per mezzo di leggi di applicazione generale, pubblicate, e per lo più non retroattive); una significativa separazione tra la funzione legislativa e quella giurisdizionale; e una diffusa adesione al principio che nessuno è al di sopra della legge. Conseguentemente, ogni regime giuridico che soddisfa questi requisiti minimi dovrà essere considerato in linea con le prescrizioni dello stato di diritto “in senso stretto”.

Lo stato di diritto in senso stretto può essere preferibile al governo degli uomini²⁶, ma è insufficiente se l’obiettivo è quello di soddisfare i requisiti minimi di una legittima democrazia costituzionale. Invero, lo stato di diritto in senso stretto non è necessariamente giusto o neanche democratico, in quanto è interamente compatibile con regimi giuridici compromessi con la schiavitù, l’apartheid, o innumerevoli altre pratiche e politiche oppressive e disumanizzanti basate sul diritto, definite dal diritto, e perseguite attraverso il diritto²⁷. Di conseguenza, se lo stato di diritto vuole soddisfare i

²⁴ Si veda R. Fallon, “*The Rule of Law*” as a Concept in Constitutional Discourse, cit., p. 1 (dove osserva che «lo stato di diritto è un ideale storico molto celebrato, il cui preciso significato oggi può essere meno chiaro che mai»).

²⁵ Si veda ad esempio *Marbury*, 5 U.S. p. 163 (1803) (che contrappone un “governo di leggi” ad un governo degli uomini).

²⁶ È certamente concepibile che i membri di una comunità politica starebbero meglio sotto il potere illimitato di un monarca benevolo, profondamente impegnato a governare in modo giusto e compassionevole. Nondimeno, come regola generale, sembrerebbe preferibile essere soggetti ad un regime giuridico implementato pubblicamente e dotato di un buon grado di certezza anziché alla mercé del capriccio di un singolo governante o di una leadership collettiva non soggetti ad alcuna legge.

²⁷ Il caso *Dred Scott* offre una illustrazione particolarmente perspicua di questo punto, in quanto la Corte suprema riuscì a configurare come diritto costituzionale un diritto di proprietà legalmente giustificato di un possessore di schiavi nei confronti del suo schiavo, nell’ambito della soluzione di un conflitto tra legge

requisiti di una legittima democrazia costituzionale, deve essere qualcosa di più che uno stato di diritto in senso stretto.

Per diventare legittimo, lo stato di diritto sembra aver bisogno di responsabilità democratica, di giustizia procedurale, e forse anche di fondamenti sostanziali. Comunque, il soddisfacimento di questi requisiti può essere necessario senza tuttavia essere sufficiente a determinare legittimità. Leggi democratiche possono essere oppressive per le minoranze, la giustizia procedurale può essere coerente con un grado significativo di iniquità sostanziale, e i valori sostanziali rivendicati da qualche specifica applicazione dello stato di diritto possono essere rifiutati da una porzione notevole della comunità politica, particolarmente in contesti pluralisti caratterizzati da concezioni confliggenti del bene.

Come già notato, una ulteriore difficoltà deriva dalla ambivalenza dello stato di diritto nell'ambito di una democrazia costituzionale. Se assumiamo che, come garanzie contro le leggi ordinarie, i diritti costituzionali richiedano un consenso maggiore tra i cittadini rispetto alla maggior parte delle leggi ordinarie, esistono comunque diritti costituzionali avversati da alcuni cittadini. Per esempio, per gli americani che sono a favore del sostegno pubblico alle scuole confessionali, l'interpretazione della Corte suprema secondo cui la Establishment Clause vieta tale aiuto²⁸ può ben sembrare tanto oppressiva, quanto lo sembrava la proibizione statale dei contraccettivi a coloro che impugnarono tale divieto in quanto lesivo del loro diritto costituzionale alla privacy²⁹. Conseguentemente, in una democrazia costituzionale tutte le leggi sono passibili di essere considerate vantaggiose o accettabili da parte di alcuni e oppressive o coercitive da parte di altri.

Il fatto che tutte le leggi, costituzionali o ordinarie, sarebbero condivise da alcuni ma rifiutate da altri sembra erigere un notevole ostacolo alla legittimazione dello stato di diritto in una democrazia costituzionale. Si potrebbe obiettare, comunque, che la mancanza di un consenso pieno è meno problematica di quanto sembri, perché appare in definitiva riconducibile al familiare conflitto tra leggi della maggioranza e vincoli costituzionali anti-maggioritari, molto dibattuto nei circoli costituzionali americani³⁰. Anche se questo dibattito è stato a tratti piuttosto veemente³¹, esso sembra ridursi ad una controversia sull'interpretazione estensiva oppure restrittiva dei vincoli costituzionali anti-maggioritari, senza mettere in questione la loro intrinseca legittimità. Poiché alcuni vincoli costituzionali sono legittimi, sembrerebbe esserlo anche il processo legislativo

statale e legge federale. *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S., pp. 393 ss. (1857) (la legge federale che stabilisce l'emancipazione dello schiavo portato dal suo padrone in territorio federale è stata ritenuta incostituzionale in quanto elimina il diritto di proprietà – creato dalla legislazione statale – del padrone sul suo schiavo senza il “*due process of law*” garantito dal Quinto Emendamento).

²⁸ Si veda *Everson v. Board of Education*, 330 U.S., pp. 1 ss. (1947) (che ha affermato che lo stato non può finanziare scuole confessionali). Alcune decisioni più recenti, comunque, hanno sostenuto la possibilità di alcuni aiuti statali indiretti o contingenti alle scuole confessionali. Si veda ad esempio *Agostini v. Felton*, 521 U.S. pp. 203 ss. (1997) (dove si afferma che gli insegnanti della scuola pubblica possono impartire istruzione di sostegno agli studenti svantaggiati delle scuole confessionali).

²⁹ Si veda, ad esempio, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. pp. 479 ss. (1965).

³⁰ Il conflitto sul “problema contro-maggioritario” ha generato un’immensa letteratura. Si veda, ad esempio, A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale U.P., New Haven, 1962; J. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard U.P., Cambridge, 1980.

³¹ Si veda ad esempio R. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990 (che attacca la Corte suprema perché non sarebbe riuscita a rimanere fedele al “significato originale” del testo della costituzione).

basato sulla volontà della maggioranza. In altri termini, se vi è un consenso su certi vincoli costituzionali fondamentali e una diffusa adesione alla democrazia, allora semplici fallimenti legislativi o anche la sottomissione a certe leggi inique, ma tuttavia costituzionali, non dovrebbero creare un serio pericolo per la legittimità del regime vigente di stato di diritto³².

Se la misura appropriata della legittimità è il consenso di ciascun cittadino³³, l'obiezione sopra menzionata è in definitiva destinata a fallire. Anche se ci fosse un consenso su alcuni vincoli costituzionali, sembra estremamente implausibile che in qualche democrazia costituzionale pluralista vi sia l'unanimità su un nucleo sufficientemente ampio di garanzie costituzionali fondamentali, in maniera tale da legittimare direttamente o indirettamente lo stato di diritto sotto tutti gli aspetti. Non vi è di certo una simile unanimità negli Stati Uniti, come si evince da profonde divisioni su questioni costituzionali centrali quali il federalismo³⁴, l'aborto³⁵, le azioni positive³⁶, l'eguaglianza per le donne³⁷, l'omosessualità³⁸, e i rapporti tra stato e religione³⁹. E sembra esserci ancora meno accordo in altre democrazie costituzionali divise a causa di differenze etniche, linguistiche, o religiose, come il Canada⁴⁰, o la Spagna⁴¹.

³² Cfr. J. Rawls, *Liberalismo politico* (1993), Edizioni di Comunità, Milano, 1994 (che disegna la giustizia politica nei termini della "struttura fondamentale" della società e degli "elementi costituzionali essenziali", "*constitutionals essentials*").

³³ Restringo il test di legittimità ai cittadini anziché alle persone, per evitare certe questioni teoriche relative agli immigrati e agli aspiranti immigrati. Naturalmente, se il test di legittimità fallisce per i cittadini appartenenti alla comunità politica, sembrerebbe *a fortiori* dover fallire per coloro che sono esclusi dalla rappresentanza politica.

³⁴ Si veda ad esempio *United States v. Lopez*, 514 U.S. pp. 549 ss. (1995) (che restringe l'ambito di estensione della competenza federale in materia di commercio, con una decisione adottata con una maggioranza di cinque a quattro).

³⁵ Si veda ad esempio L. Tribe, *Abortion. The Clash of Absolutes*, Norton, New York, 1992².

³⁶ Si veda M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale U.P., New Haven, 1991.

³⁷ Si veda, ad esempio, M. Minow, *Foreword: Justice Engendered*, in "Harvard Law Review", vol. 101, 1987, pp. 10 ss. (secondo cui le decisioni della Corte suprema su casi di discriminazione sessuale considerano l'esperienza maschile come la "norma" in base alla quale le donne sono misurate).

³⁸ Si veda *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. pp. 186 ss. (1986) (che ha confermato la rilevanza penale dei rapporti omosessuali tra adulti consenzienti in una decisione adottata con una maggioranza di cinque a quattro).

³⁹ Si veda ad esempio *Agostini v. Felton*, 521 U.S. pp. 203 ss. (1997) (che ha rigettato precedenti limitazioni all'assistenza statale alle scuole confessionali in una decisione adottata con una maggioranza di cinque a quattro); *Dept. of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) (la Corte, divisa al suo interno, restringe l'ambito di estensione della protezione della libertà religiosa). Si potrebbe obiettare che, nonostante queste divisioni, gli americani generalmente concordano che vi debba essere la separazione dei poteri e libertà ed eguaglianza per tutti. Assumendo che questo sia vero, tale consenso resterebbe ad un livello talmente astratto da impedire qualunque legittimazione significativa dello stato di diritto. Ad esempio, nella misura in cui l'adesione al valore della "uguaglianza per tutti" non è considerata in contraddizione con la criminalizzazione dei rapporti omosessuali, sembra ragionevole che gli omosessuali denunciino l'illegittimità di un regime di stato di diritto che li priva di diritti fondamentali di uguaglianza e di *privacy* riconosciuti invece ai loro concittadini eterosessuali.

⁴⁰ Il Quebec si è rifiutato finora di accettare come legittima la costituzione canadese del 1982 ed è arrivato vicino al punto di pretendere la secessione. Si veda J. Parizeau, *The Case for a Sovereign Quebec*, in "Foreign Policy", Summer 1995, p. 69. Poi, nel 1995, un referendum locale sulla sovranità del Quebec non è riuscito, con un margine molto ridotto, a sostenere la secessione. R. Worthington, *50.5%-49.5% Unity Wins in Quebec*, in "Chicago Tribune", 31 ottobre 1995, p. 1.

⁴¹ Si veda ad esempio J. Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, in "Duke Law Journal", vol. 45, 1995, pp. 364 ss., spec. p. 393 (dove si osserva che la costituzione spagnola del 1978 è stata redatta in un contesto segnato dal terrorismo basco); C. Erlich, *Ethno-cultural Minorities and*

Segue da queste considerazioni che sembra estremamente implausibile un consenso unanime effettivo nei confronti di qualunque significativo vincolo costituzionale, e a fortiori nei confronti di qualsiasi regime di stato di diritto. Il consenso effettivo, comunque, non è necessario. È presumibilmente sufficiente, al fine di valutare la legittimità di un regime di stato di diritto, stabilire se l'accettazione di quest'ultimo sarebbe ragionevolmente compatibile con le diverse prospettive di tutti coloro che sono coinvolti. Di conseguenza, propongo di usare un test modellato sulla base del criterio di Habermas per la legittimità del diritto. Secondo Habermas, la legittimità del diritto può essere determinata in maniera dialogica, attraverso l'agire comunicativo tra persone che si riconoscono reciprocamente come eguali e che acconsentono a considerare legittime solo quelle leggi alle quali tutti presterebbero consenso, sia se dovessero promulgarle come legislatori sia se dovessero seguirle come cittadini rispettosi delle leggi⁴². Questo test rende possibile una ricostruzione in base ad un assunto controfattuale⁴³ al fine di stabilire la legittimità del diritto, ed è usato da Habermas per elaborare e difendere il suo "paradigma proceduralista del diritto"⁴⁴. Come ho osservato altrove, comunque, io non condivido la tesi di Habermas che il diritto possa essere legittimato su basi puramente procedurali⁴⁵. Propongo quindi di modificare il test di Habermas per tenere conto di questa differenza centrale. Più in particolare, intendo fare ricorso a due aggiustamenti che in qualche modo indeboliscono le condizioni di legittimità divise da Habermas: 1) considererò soddisfatto il requisito controfattuale della auto-legislazione, associata al rispetto volontario della legge, se può essere usato per legittimare un regime di stato di diritto considerato nel suo complesso, senza con ciò legittimare individualmente ogni singola legge all'interno di quel regime; 2) interpreterò il requisito del consenso in maniera più elastica in modo da includere al suo interno un criterio di ragionevolezza basato sull'assenza di coercizione, associato al soddisfacimento di certe condizioni, che rendono ragionevole sostenere uno specifico regime di stato di diritto compatibile con i valori sostanziali dei partecipanti.

Federal Constitutionalism: Is Spain Instructive?, in "Southern Illinois University Law Journal", vol. 24, 2000, pp. 291 ss., spec. p. 305 (dove si osserva che i nazionalisti baschi hanno scelto in sostanza di restare al di fuori del processo di costituzionalizzazione).

⁴² Si veda J. Habermas, *Paradigms of Law*, in M. Rosenfeld, A. Arato (eds.), *Habermas on Law and Democracy*, cit., pp. 13 ss. (spec. pp. 19-21).

⁴³ Un "controfattuale" o "condizionale controfattuale" è una asserzione ipotetica del tipo "se... allora...", spesso usata nella scienza e nell'argomentazione logica. Si veda R. S. Walters, *Contary-to-Fact Conditional*, in *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. by P. Edwards et al., 1967, p. 212. Nel contesto della teoria di Habermas, «l'uso dei controfattuali serve a sottolineare lo scarto tra il quadro ricostruito e le pratiche effettive. Questo scarto, a sua volta, fornisce una occasione di critica oppure di difesa dello *status quo*. Per esempio, l'immagine di una preesistente economia di mercato con concorrenti dotati di caratteristiche uniformi, informazione perfetta, e senza costi transattivi è un controfattuale, che può essere usato per criticare i mercati esistenti come meccanismi che si autolegittimano, oppure per sostenere i mercati effettivi perché sono più vicini al controfattuale di qualunque alternativa plausibile. Di conseguenza, la teoria ricostruttiva può risolversi in una teoria critica oppure [...] in una difesa meditata e sistematica dello *status quo* [...]. La teoria del diritto ricostruttiva di Habermas oscilla tra una teoria critica e uno strumento per raggiungere un equilibrio riflessivo, ma la sua forza persuasiva deriva principalmente dalla sua capacità critica» (M. Rosenfeld, *Law as Discourse: Bridging the Gap Between Democracy and Rights*, in "Harvard Law Review", vol. 108, 1995, pp. 1163 ss., spec. 1166 (citazioni omesse)).

⁴⁴ Vedi J. Habermas, *Paradigms of Law*, cit., p. 42.

⁴⁵ M. Rosenfeld, *Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled Through Discourse Theory?*, cit., p. 82.

Anche se questi aggiustamenti rendono i requisiti di legittimità più deboli di quelli proposti da Habermas, non è per nulla ovvio che qualsiasi regime contemporaneo di stato di diritto sia effettivamente capace di soddisfare perfino con il meno stringente di questi criteri. Per questo motivo, non cercherò di giustificare l'adozione di un test più debole prima di aver determinato quale tipo di regime di stato di diritto possa soddisfarlo. Inoltre, prima di affrontare quest'ultimo compito, sembra utile estendere lo sguardo a tradizioni differenti riguardo allo stato di diritto. Di conseguenza, prenderò innanzitutto brevemente in considerazione queste tradizioni, quindi cercherò di determinare se qualche regime di stato di diritto possa soddisfare il test che ho predisposto, e infine valuterò se un regime legittimo di stato di diritto sia possibile, oppure se esso sia concepibile solo come un utile controfattuale.

3. – *Il Rechtsstaat tedesco come potere statale attraverso il diritto*

Qualsiasi tentativo di dare più consistenza al concetto di stato di diritto dovrebbe essere consapevole che concezioni diverse dello stato di diritto si sono radicate in tradizioni differenti. Una breve comparazione tra queste tradizioni renderà possibile una migliore comprensione di certe sfumature importanti che riguardano lo stato di diritto e in tal modo renderà più facile cogliere il suo ambito di estensione e i suoi confini, al fine di mettere alla prova la sua legittimità nel contesto di una democrazia costituzionale pluralista. Di conseguenza, mi concentrerò sulle differenze salienti tra le tre principali tradizioni che hanno dato forma allo stato di diritto, ossia la tradizione tedesca, quella francese, e quella anglo-americana.

Il Rechtsstaat tedesco, il francese *État de droit*, e le corrispondenti concezioni britanniche e americane sono tutti riconducibili allo stato di diritto in senso stretto, ma per altri versi divergono tra loro in maniera significativa⁴⁶. Inoltre, alcune di queste tradizioni sono più antiche delle altre, e tutte si sono evolute nel tempo, anche se alcune più di altre. Poiché la prospettiva qui adottata è principalmente di tipo concettuale e rivolta a questioni di legittimità in contesti pluralisti, farò riferimento soltanto alla storia e all'evoluzione di queste tradizioni, al fine di acquisire ulteriori elementi di comprensione delle potenzialità, dei limiti, e delle molteplici dimensioni dello stato di diritto.

Il Rechtsstaat è spesso considerato l'equivalente tedesco del concetto di stato di diritto presente nella tradizione anglo-americana⁴⁷. I due concetti hanno in comune alcuni importanti elementi. Il principale tra questi è il nesso tra lo stato e l'istituzionalizzazione di un regime giuridico ovvero, in altre parole, il dovere dello stato di esercitare il proprio potere attraverso il diritto in conformità a principi fondamentali di legalità – tra cui l'uniforme applicazione di regole pubblicamente diffuse e di applicazione generale, assicurando ai cittadini la consapevolezza di quale condotta è soggetta a sanzioni giuridiche, insieme ad eque garanzie procedurali. A parte questo, comunque, i due concetti divergono in maniera significativa, in particolare per quanto riguarda il loro modo di intendere il rapporto tra lo stato e il diritto. Mentre la concezione americana dello stato di diritto è basata su un rapporto in qualche modo antagonista tra il potere statale e lo stato di diritto – il che mette in evidenza il già

⁴⁶ Lo stato di diritto in senso stretto ha un pedigree molto più antico delle tradizioni qui prese in considerazione, e risale quantomeno ad Aristotele. Si veda *Politica*, libro III.

⁴⁷ Si veda ad esempio E. Eberle, *Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law*, in "Utah Law Review", 1997, pp. 963 ss. (spec. pp. 967-971).

menzionato paradosso per cui il diritto dipende, e al tempo stesso è indipendente, dallo stato⁴⁸ – il suo omologo tedesco professa nettamente una autentica simbiosi tra il diritto e lo stato. In termini estremamente ampi, nel Rechtsstaat il diritto diventa inestricabilmente connesso allo stato come unico canale attraverso il quale lo stato può esercitare il proprio potere. Di conseguenza, l'espressione "potere statale attraverso il diritto" renderebbe il significato di "Rechtsstaat" in maniera molto più appropriata che "stato di diritto".

Se fosse praticabile qualsiasi modello di potere statale esercitato attraverso il diritto, allora il Rechtsstaat si ridurrebbe a poco più dello stato di diritto in senso stretto. In realtà, tuttavia, il concetto si è notevolmente evoluto a partire dalla sua implementazione nel diciannovesimo secolo; il Rechtsstaat ha rappresentato sempre molto di più dello stato di diritto in senso stretto. Il Rechtsstaat, che ha le sue origini intellettuali nel pensiero di Kant⁴⁹, significava nella prima metà del diciannovesimo secolo un potere statale razionale che comprendeva la protezione universale di diritti formali per tutti gli individui nell'ambito di un ordine giuridico unificato, disegnato dalla legislazione e messo in atto per mezzo di un ordine giurisdizionale separato e indipendente. Contrariamente alla nozione americana di separazione dei poteri, nella misura in cui la legislazione era tenuta separata dalla giurisdizione, il Rechtsstaat del diciannovesimo secolo era egualmente compatibile tanto con una forma di governo (distinta dallo staat) monarchica quanto con una democratica⁵⁰.

Evolvendosi dalle sue radici kantiane verso una configurazione maggiormente positivista nella Germania di Bismarck alla fine del diciannovesimo secolo, il Rechtsstaat divenne sempre più legato a questioni di forma anziché di sostanza⁵¹. Ciò che lega la concezione kantiana e quella positivista del Rechtsstaat, comunque, è il rifiuto di antiche idee che ancoravano la legittimità dello stato al perseguimento e alla realizzazione di valori etici o religiosi trascendenti⁵². In tal modo, il Rechtsstaat aprì la porta ad un potere statale esercitato attraverso il diritto che poteva funzionare propriamente senza doversi fondare su un sistema di valori derivato da qualche specifica religione o concezione trascendente dell'etica. In altri termini, il Rechtsstaat rendeva possibile lo sviluppo sistematico di un regime giuridico teso a fare posto ad una pluralità di concezioni del bene⁵³.

Il distacco del Rechtsstaat dai vincoli esterni della religione o di un'etica trascendentale specifica ulteriormente che cosa il potere statale attraverso il diritto non è, senza rivelare cosa esso dovrebbe essere o se possa mai sfuggire del tutto alla presa di valori religiosi o etici controversi, che potrebbero pervicacemente resistere al suo interno. Per apprezzare meglio la potenzialità di un contributo positivo del Rechtsstaat

⁴⁸ Si veda *supra*, il testo cui fanno riferimento le note 11-12.

⁴⁹ Si veda H. Reiss (ed. by), *Kant's Political Writings*, Cambridge U.P., Cambridge, 1991, p. 11.

⁵⁰ Si veda D. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, 1997², p. 36.

⁵¹ Si veda R. Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit*, in C. Starck (ed. by), *Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 269 ss. (spec. pp. 278-281).

⁵² *Ibid.*, p. 279.

⁵³ È significativo che questo è precisamente ciò che l'anti-pluralista Carl Schmitt ripudiava della concezione tardo-ottocentesca del *Rechtsstaat*. Si veda C. Schmitt, *The Liberal Rule of Law*, in A. Jacobson, B. Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, Berkeley, 2000, pp. 294 ss. (spec. pp. 297-299).

ottocentesco, è necessario comparare la sua dimensione kantiana e quella positivista ed esaminare in che modo possono queste ultime essere riconciliate.

Per Kant, un ordinamento giuridico è legittimo se è fondato sul giusto. Prendendo atto che i cittadini hanno interessi differenti e convinzioni contrastanti sulla ricerca della felicità, Kant riconosce che non è possibile ricorrere al consenso effettivo di tutti i cittadini per validare qualsiasi legge⁵⁴. Di conseguenza, la legittimità non può essere stabilita al livello degli interessi o del bene, ma solo a quello dell'equo e del giusto – vale a dire, trattando categoricamente tutti i cittadini come liberi ed eguali e come fini in sé. In altre parole, una legge può essere legittima solo se è ragionevole per ogni cittadino accettarla in quanto equa e giusta. Seguendo questo criterio, il legislatore è obbligato, con le parole di Kant, «a configurare le leggi in modo che esse avrebbero potuto essere prodotte dalla volontà unitaria di una intera nazione, e a considerare ciascun soggetto che intenda qualificarsi come cittadino come se egli avesse prestato il suo consenso all'interno della volontà generale. Questo è il test di legittimità per ogni legge pubblica»⁵⁵.

Il test di Kant dunque stabilisce un controfattuale rispetto al quale si può commisurare la giustizia del diritto. Indipendentemente da ciò che effettivamente sentono i cittadini o dalla circostanza che essi abbiano votato a favore di una legge, la questione cruciale è se sia confacente per i cittadini – concepiti come liberi ed eguali e come soggetti che si trattano gli uni con gli altri come fini in sé – l'aver promulgato la legge in questione come legislatori e l'aver volontariamente accettato di osservarla come cittadini. Se la risposta è affermativa, allora la legge è legittima.

Dal momento che il test controfattuale di Kant vieta di prendere in considerazione gli interessi o il bene, esso solleva la questione se il giusto e l'equo possano situarsi oltre l'ambito degli interessi, oppure se rimangano accanto ad esso. In altri termini, il soddisfacimento del controfattuale dipende dal fatto che vi sia un ambito di giustizia compatibile con tutti gli interessi confliggenti e con tutte le concezioni della giustizia in competizione (un requisito assai forte), o è possibile soddisfare il controfattuale indipendentemente da quali interessi o concezioni del bene possano essere coinvolti (un requisito verosimilmente debole)?

Un esame ravvicinato dell'argomento di Kant rivela che la sua idea del giusto e dell'equo si colloca sia oltre che accanto l'ambito degli interessi. Più precisamente, il giusto ascende al di là del bene in relazione ai diritti e libertà fondamentali dell'individuo, ma resta accanto ad esso quando viene in considerazione il criterio dell'auto-legislazione. Di conseguenza, il criterio controfattuale dell'auto-legislazione proposto da Kant appare in definitiva estremamente debole. In base al test dell'auto-legislazione, come spiega Kant, se una legge è «tale che un intero popolo non possa in alcun modo consentire ad essa (ad esempio se stabilisce che una certa classe di soggetti deve essere privilegiata come classe dominante in via ereditaria), essa è ingiusta; ma se è almeno possibile che un popolo possa consentire ad essa, è nostro dovere considerare la legge giusta, anche se il popolo è al momento in una posizione o atteggiamento mentale che probabilmente rifiuterebbe il proprio consenso se fosse consultato»⁵⁶.

Il test dell'auto-legislazione proposto da Kant si riduce dunque ad un requisito di eguaglianza formale davanti alla legge. Poiché le leggi sono egualmente applicate a tutti, esse devono essere considerate legittime indipendentemente dal loro contenuto. Se

⁵⁴ Si veda I. Kant, *On the Common Saying: "This May Be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice"*, in H. Reiss (ed. by), *Kant's Political Writings*, cit., pp. 61 ss. (spec. p. 80).

⁵⁵ Ivi, p. 79.

⁵⁶ Ivi (corsivo nell'originale).

collocato nel suo contesto storico, che è quello dell'Illuminismo, questo test non è affatto banale, dal momento che delegittima tutte le vestigia della legislazione basata su status tipica dell'Ancien Régime. Tuttavia nel mondo contemporaneo, in cui le gerarchie feudali sono state ampiamente bandite dalla democrazia costituzionale, il test dell'auto-legislazione proposto da Kant suona falso. Questo può essere spiegato, inoltre, attraverso lo stesso esempio fatto da Kant. Kant afferma che se venisse imposta su tutti i cittadini una tassa proporzionale al fine di finanziare una guerra impopolare, il test dell'auto-legislazione sarebbe soddisfatto perché è possibile che tutti accettino la tassa se sono d'accordo con la guerra⁵⁷. Se la tassa fosse imposta solo su alcuni cittadini, d'altro canto, coloro che sono stati scelti per quest'onere avrebbero buone ragioni per non accettarlo volontariamente anche se fossero sostenitori entusiasti della guerra. Anche se questo argomento può essere vero, sembra tuttavia ampiamente fuori bersaglio. In assenza di un significativo consenso nei confronti della guerra – direttamente o indirettamente attraverso l'accettazione del processo decisionale responsabile della scelta di fare la guerra – è difficile pensare la tassa come un prodotto plausibile di auto-legislazione⁵⁸.

Diritti e libertà fondamentali sembrano disporre di un fondamento più solido rispetto all'auto-legislazione, poiché possono essere legittimati al di là dell'ambito degli interessi. Tale legittimazione, inoltre, può dipendere dalla circostanza che questi diritti siano al di là degli interessi nel senso che sono compatibili con tutte i possibili differenti interessi. Altrimenti, potrebbero essere al di là degli interessi ma contrapposti ad essi, e dunque imponendo restrizioni al legittimo perseguimento degli interessi.

Il diritto centrale per Kant è il diritto all'autonomia individuale⁵⁹ che, nella sua prospettiva, richiede libertà, eguaglianza, e il diritto alla proprietà privata⁶⁰. Inoltre, nella società organizzata la protezione dell'autonomia individuale dipende dal fatto che gli altri trattino l'individuo come un fine in sé anziché come un mezzo.

Se l'autonomia kantiana esige di trattare ogni individuo solo come un fine, allora il criterio di legittimità per il diritto è chiaro, ma un diritto legittimo è impossibile. Se, d'altro canto, l'autonomia kantiana può essere soddisfatta trattando ogni individuo come più che un mero mezzo – ad esempio, attraverso l'attuazione di qualche versione dei diritti di libertà, eguaglianza e proprietà che non impedisca qualsiasi possibilità di trattare gli altri come mezzi – allora il diritto è certamente possibile ma non potrebbe mai essere legittimato se non in maniera parziale⁶¹.

⁵⁷ Ivi.

⁵⁸ Si potrebbe sostenere che, messi di fronte ad una guerra impopolare, i cittadini potrebbero comunque concordare che essa debba essere finanziata per evitare la catastrofe e che l'onere conseguente debba ricadere egualmente su tutti anziché solo su alcuni. Nondimeno, quest'ultimo tipo di consenso non supererebbe il test del consenso debole stabilito sopra.

⁵⁹ I. Kant, *On the Common Saying: "This May Be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice"*, cit. pp. 77-78.

⁶⁰ Ivi, pp. 74-79.

⁶¹ Potrebbe sembrare che queste difficoltà possano essere evitate attribuendo al legislatore il dovere di trattare i cittadini come fini senza estendere tale dovere anche ai cittadini stessi nei loro rapporti con gli altri cittadini. In tal modo, le leggi potrebbero considerare le persone come fini indipendentemente dalle posizioni sostenute dai soggetti di diritto. Tuttavia questa possibilità deve essere respinta, per almeno due ragioni essenziali. In primo luogo, conformemente alla concezione kantiana di autonomia, affinché qualsiasi legislazione sia normativamente giustificata, essa deve in qualche senso avere la qualifica di auto-legislazione, e in tal modo viene invalidata qualsiasi distinzione normativa tra il legislatore e coloro che sono soggetti a norme giuridiche legittime. E, in secondo luogo, il legislatore non può, in ultima analisi, restare al di sopra di interessi controversi (o potenzialmente tali). Di conseguenza, dato che in una società complessa è virtualmente impossibile mantenersi autosufficienti nel tentativo di soddisfare i propri interessi, tutte le

Per chiarire questo punto, consideriamo il caso del diritto del lavoro. Ogni società contemporanea complessa basata sullo stato di diritto ha bisogno di adottare standard giuridici per regolare il rapporto di lavoro. Sia i datori di lavoro che i lavoratori, comunque, si rapportano tipicamente gli uni agli altri come mezzi in vista della realizzazione di specifici obiettivi economici. Di conseguenza, nessuna legge attinente al rapporto di lavoro può vietare del tutto (o evitare di legittimare) che si tratti qualcuno come un mezzo, con la conseguenza che sarebbe impossibile avere un diritto del lavoro legittimo fino a quando il giusto è interpretato nel senso di richiedere che le persone siano trattate esclusivamente come fini. Per converso, anche se ci fosse un consenso circa i requisiti affinché l'individuo mantenga un accettabile livello di autonomia pur essendo trattato da altri, allo stesso tempo, come un mezzo, l'ambito entro il quale è possibile trattare altri come mezzi dovrebbe di fatto essere determinato sulla base di interessi contrastanti. Di conseguenza, non sembrerebbe esserci alcuna ragione cogente, per i perdenti in questa lotta di interessi, per accettare come legittime le decisioni giuridiche sfavorevoli. In breve, se l'autonomia è la fonte della legittimità del diritto, come può ciò che sta al di là dell'autonomia contribuire in qualsiasi modo a tale legittimità? Tornando all'esempio del diritto del lavoro, se il rispetto per la libertà, l'eguaglianza, e il diritto di proprietà è considerato sufficiente per garantire la misura necessaria di autonomia, allora qualsiasi diritto del lavoro compatibile con questo rispetto sarebbe presumibilmente legittimo. Se più di uno di tali possibili diritti del lavoro fosse compatibile con i menzionati diritti, comunque, e uno di essi fosse più favorevole agli interessi dei datori di lavoro ed un altro agli interessi dei lavoratori, allora, quanto meno in parte, questi diritti dipenderebbero da scelte tra interessi e in questo senso non potrebbero essere considerate, a rigori, legittime⁶².

Fin qui ho assunto che i diritti fondamentali di libertà, eguaglianza, e proprietà, essenziali per la concezione kantiana, restino al di là dell'ambito degli interessi – perché sono compatibili con tutti gli interessi, oppure perché possono mettere tra parentesi tutti gli interessi. Ma ovviamente non è necessario che le cose stiano così. Ponendo l'enfasi sulla libertà negativa, l'eguaglianza formale, e la proprietà privata⁶³, Kant supporta specifici diritti (o specifiche versioni di certi diritti), che possono essere contestati in quanto favoriscono certi interessi rispetto ad altri. Quindi, mentre la concezione dei diritti di Kant può adattarsi bene agli interessi dei libertari, essa sembra male equipaggiata per promuovere gli interessi degli egualitari. E se questo è vero, i diritti non stanno realmente al di sopra degli interessi.

Un Rechtsstaat basato sulla concezione kantiana, oltre ad aderire allo stato di diritto in senso stretto, richiederebbe che lo stato sostenga l'eguaglianza davanti alla legge e garantisca ai cittadini la libertà (negativa), l'eguaglianza formale, e i diritti di proprietà (borghesi). Conformemente alla discussione sopra svolta, si può plausibilmente considerare questo Rechtsstaat come al di sopra degli interessi solo se ci si pone dalla prospettiva dell'Illuminismo rispetto al precedente Ancien Régime. Una volta che l'Ancien Régime sia scomparso del tutto dall'orizzonte, tuttavia, il Rechtsstaat kantiano

norme giuridiche che richiedono ai cittadini di astenersi da certe condotte non possono fare a meno di considerare certi individui come mezzi nel perseguimento di interessi sposati da altri.

⁶² Sarebbe ovviamente differente se il test di legittimità si limitasse a richiedere il rispetto dei menzionati diritti senza far alcun riferimento al requisito di trattare le persone come fini e senza riferimento agli interessi. In quest'ultimo caso, condizionamenti basati sugli interessi ben potrebbero non avere alcun impatto sulla legittimità, ma tale legittimità non sarebbe realmente di tipo kantiano.

⁶³ I. Kant, *On the Common Saying: "This May Be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice"*, cit. p. 74.

diventa inevitabilmente compromesso con l'ambito degli interessi confliggenti, e pertanto non può offrire un supporto sufficiente alla legittimità del diritto. In altri termini, il Rechtsstaat kantiano si solleva al di sopra di tutti gli interessi che ricomprende se messo a confronto con ciò cui si contrappone, ma non ha alcuna possibilità di farlo nella sua ricerca di ciò che dovrebbe rappresentare in positivo. Analogamente, il Rechtsstaat kantiano resta compatibile con l'ideale di trattare i suoi cittadini esclusivamente come fini nella misura in cui esso si contrappone a ordinamenti giuridici pre-illuministici che si fondano su valori trascendenti. Tuttavia, una volta che questi valori trascendenti abbiano perso completamente la loro presa, l'ideale di trattare i cittadini esclusivamente come fini può servire solo per ricordare che stabilire la legittimità del diritto al di là degli interessi è diventato impossibile. Di conseguenza, o la legittimità del diritto post-illuminista è impossibile, o la legittimità è possibile solo se può essere giustificata l'esclusione di certi interessi. Dunque, la stessa possibilità della legittimità del diritto post-illuminista dipende dal trovare una giustificazione accettabile per sposare certi interessi ed una concezione (o varie concezioni) del bene, rifiutandone altre.

Alla luce di queste osservazioni teoriche, non è sorprendente che il Rechtsstaat del diciannovesimo secolo abbia lasciato posto all'assai diverso Rechtsstaat postbellico associato all'attuale regime giuridico costituzionale in Germania⁶⁴. Prima di concentrarci su quest'ultimo, comunque, è necessario considerare il Rechtsstaat positivistico della fine del diciannovesimo secolo e la crisi che ha portato alla dismissione della repubblica di Weimar, al fine di collocare l'esperienza tedesca nell'opportuna prospettiva teorica.

Da un punto di vista storico, il passaggio da un Rechtsstaat di tipo kantiano ad uno di tipo positivistico può essere ricondotto al fallimento della rivoluzione liberale del 1848 in Germania⁶⁵. Come conseguenza di questo fallimento, seguì una svalutazione dei diritti fondamentali come principi costituzionali, associata all'emersione di una concezione del Rechtsstaat di tipo principalmente formale⁶⁶. In base a questa concezione, il Rechtsstaat non si occupava del contenuto o degli obiettivi del diritto statale, ma solo dei metodi impiegati dallo stato per alimentare la sua realizzazione⁶⁷. Questo, inoltre, tendeva a ridurre l'esercizio del potere statale attraverso il diritto al principio di legalità⁶⁸.

Collocato nel contesto dell'ascesa della borghesia, il Rechtsstaat kantiano incorpora due distinti elementi: uno formale e uno sostanziale. Da un punto di vista formale il Rechtsstaat kantiano incorpora l'imperativo categorico ed esige che la legge promuova l'autonomia individuale trattando tutte le persone come fini anziché come mezzi. Da un punto di vista sostanziale, invece, il Rechtsstaat kantiano promuove eguali diritti (negativi) di libertà e proprietà, che chiaramente offrono sostegno a valori borghesi in contrapposizione a quelli che si erano radicati nell'Ancien Régime, ma anche – il che è forse meno ovvio, salvo che con un giudizio retrospettivo – in contrapposizione ai valori di coloro che non avevano alcuna proprietà, o dei valori di coloro che, nonostante i loro diritti di nuovo conio, dipendevano comunque da altri per la loro stessa sopravvivenza.

A differenza dalla vicina Francia, in Germania non vi fu alcuna rivoluzione borghese durante la vita di Kant, e così la prospettiva sostanziale che promanava dal Rechtsstaat

⁶⁴ Vedi R. Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit*, cit., pp. 285-288.

⁶⁵ Ivi.

⁶⁶ Ivi.

⁶⁷ Ivi.

⁶⁸ Ivi, p. 281.

kantiano rimase un puro ideale con implicazioni controfattuali. La Germania ebbe in effetti la sua rivoluzione borghese nel 1848, ma fu sconfitta, e ciò, in uno con i seguenti successi militari della monarchia prussiana, lasciò la borghesia alquanto inerme. A causa di ciò, la borghesia fu spinta a cercare limiti per i poteri del Reich, facendo così affidamento sul Rechtsstaat positivistico⁶⁹.

Dal punto di vista del Rechtsstaat positivistico, il Reich era concepito come una persona giuridica, anziché come una federazione di principi⁷⁰. Inoltre, «la teoria positivistica del diritto dello stato considerava le istituzioni statali soprattutto dal punto di vista dei limiti. Il potere legislativo del Reichstag era limitato dal Bundesrat, ma allo stesso tempo il potere dell'amministrazione monarchica di interferire con le libertà e la proprietà dei cittadini era limitata dal requisito dell'autorizzazione statale»⁷¹.

In altre parole, il Rechtsstaat positivistico predispone garanzie attraverso la struttura istituzionale del potere statale esercitato attraverso il diritto, e attraverso l'imposizione del requisito che lo stato agisca tramite promulgazione e implementazione di leggi, anziché tramite la mera manifestazione della volontà del sovrano. Anche se in pratica può essere incline a promuovere gli interessi economici della borghesia, distinti dagli interessi politici della stessa⁷², in teoria esso è privo sia delle tendenze formali sia di quelle sostanziali del suo corrispondente kantiano.

Considerato fuori dal suo contesto, il Rechtsstaat positivistico può essere valutato come un regresso verso lo stato di diritto in senso stretto. Tuttavia, se visto nell'opportuna prospettiva storica in contrapposizione al Rechtsstaat kantiano come tipo ideale anziché come dato reale, l'enfasi sulla legalità acquista un significato in qualche modo differente. Invero, data in particolare l'ascesa dello stato amministrativo, il requisito di legalità tipico del Rechtsstaat positivistico attribuisce potenzialmente all'esercizio del potere statale attraverso il diritto una dose oltremodo necessaria di razionalità e certezza, facilitando la stabilizzazione delle aspettative degli attori giuridici che si trovano ad operare in un assetto sociale e istituzionale sempre più complesso⁷³. A dire il vero, la certezza del diritto in un universo sociale complesso non è affatto garanzia della sua legittimità, ma è comunque un passo importante in quella direzione. Così, almeno in alcuni settori importanti del diritto contemporaneo, il contenuto delle norme giuridiche è meno importante della loro stabilità. Ad esempio, nell'ambito delle relazioni contrattuali tra società commerciali dotate di potere negoziale pressoché analogo, sapere che le norme giuridiche rilevanti sono stabili è, nella maggior parte dei casi, molto più importante di quali contenuti tali norme possano avere. Invero, se le parti di un accordo contrattuale non sono contente di qualcuna delle norme giuridiche applicabili, potranno negoziarne consensualmente la disapplicazione. Così, se in un contratto di compravendita la legge dispone che il venditore sopporti il rischio della distruzione dei beni prima della consegna all'acquirente, le parti sanno cosa aspettarsi e il venditore può dotarsi di una assicurazione per fronteggiare il rischio di quel danno,

⁶⁹ Si veda S. Jacobson, B. Schlink, *Introduction: Constitutional Crisis*, in A. Jacobson, B. Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, cit., pp. 5-6.

⁷⁰ Ivi, p. 6.

⁷¹ Ivi.

⁷² Ivi.

⁷³ Secondo Niklas Luhmann, la stabilizzazione delle aspettative in un mondo sempre più complesso è la funzione paradigmatica del diritto contemporaneo. Si veda N. Luhmann, *The Unity of the Legal System*, in G. Teubner (ed. by), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1988; Id., *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in "Cardozo Law Review", vol. 13, 1992, pp. 1419 ss.

oppure tentare di persuadere l'acquirente (ad esempio, offrendogli altre condizioni più favorevoli) di assumersi contrattualmente il rischio della distruzione dei beni prima della consegna⁷⁴.

Almeno in alcuni settori del diritto, dunque, la certezza associata alla legalità formale è efficiente, se non intrinsecamente equa. Inoltre, stabilizzando le aspettative, questa legalità formale rende possibile un maggior controllo sugli interessi in gioco in un assetto sociale complesso segnato da un'ampia quantità di regolamentazione amministrativa. La legalità formale di certo non realizzerebbe i rigorosi requisiti dell'autonomia kantiana, ma potrebbe ben contribuire alla legittimità degli ordinamenti giuridici contemporanei, poiché consente egualmente a tutti i soggetti di diritto dotati di strumenti razionali di coordinare la ricerca dei propri interessi individuali. Prima di esplorare ulteriormente questo punto, tuttavia, è necessario esaminare brevemente l'evoluzione del concetto di Rechtsstaat nel corso della repubblica di Weimar e la crisi che portò al suo abbandono.

La protezione costituzionale dei diritti fondamentali, che era stata rivendicata dai rivoluzionari del 1848, fece finalmente il suo ingresso in Germania dopo la sconfitta nella prima guerra mondiale. Come osservato da Carl Schmitt, comunque, i nuovi diritti costituzionali ricevuti dopo la sconfitta non suscitarono l'entusiasmo che avrebbero generato nel 1848⁷⁵. Inoltre, la nuova costituzione di Weimar era fragile e in crisi. Il nuovo stato di diritto liberale poteva andar bene per la borghesia, ma – almeno secondo Schmitt – non avrebbe potuto integrare la classe operaia all'interno dell'unità dello stato⁷⁶. La proposta avanzata da Schmitt era di abbandonare il liberalismo, cancellare il pluralismo, e rivolgersi al popolo come un tutto omogeneo per prendere in mano il destino politico dello stato nazionale tedesco⁷⁷.

Per Schmitt, la politica è ancorata alla distinzione tra amico e nemico, e il liberalismo borghese può solo servire a distogliere da ciò che è realmente essenziale⁷⁸. Nella prospettiva di legittimare la democrazia costituzionale in una comunità politica pluralista, comunque, l'insegnamento principale da trarre dall'esperienza di Weimar è che integrare il Rechtsstaat positivistic con i diritti costituzionali liberali borghesi può determinare l'esclusione di un numero significativo di membri della comunità politica, non riuscendo così a soddisfare il livello minimo di consenso richiesto per la legittimità.

Alla fine, l'ideale kantiano dell'autonomia è insoddisfacente sia da un punto di vista formale che da uno sostanziale. Da un punto di vista formale resta troppo astratto; da un punto di vista sostanziale, conformemente all'esperienza di Weimar, è insufficientemente universale. D'altro canto il governo attraverso il diritto, di stampo positivistic, rende possibile un maggiore livello di certezza, che è particolarmente importante man mano che i rapporti giuridici e sociali diventano più complessi, ma non dà nessuna garanzia che le leggi saranno eque. Su questo sfondo, e sorgendo a seguito della totale disfatta della Germania alla fine della seconda guerra mondiale, il nuovo Rechtsstaat cerca di riconciliare l'esigenza di certezza con la ricerca di autonomia

⁷⁴ Anche nel caso in cui la norma giuridica che pone l'onere a carico del venditore fosse rigida e fosse impossibile, a rigori, contrattare su di essa, nella misura in cui le aspettative rimangono stabili le parti possono comunque modellare il proprio scambio prendendo in considerazione l'onere del venditore al momento della determinazione del prezzo della vendita.

⁷⁵ Si veda C. Schmitt, *The Liberal Rule of Law*, cit. p. 295.

⁷⁶ Ivi, p. 297.

⁷⁷ Ivi, pp. 298-300.

⁷⁸ Si veda V. Neumann, *Carl Schmitt: Introduction*, in A. Jacobson, B. Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, cit., pp. 280 ss. (spec. p. 283).

attraverso l'adesione a valori sostanziali, e, in particolare, attraverso il trinceramento del rispetto per la dignità umana come il valore costituzionale fondamentale.

Contrapposto agli orrori dell'era nazista, il Rechtsstaat tedesco contemporaneo modellato dalla sua nuova costituzione, la Legge Fondamentale del 1949, subordina la legalità positiva a principi e valori sostanziali protetti⁷⁹. Primaria tra questi vi è la dignità umana, che è incastonata come valore costituzionale inalienabile all'art. 1 della Legge Fondamentale, e che è stata interpretata come il valore fondamentale nell'ordinamento costituzionale tedesco in numerose decisioni della corte costituzionale tedesca⁸⁰. Più in generale, il Rechtsstaat di oggi è diventato inestricabilmente legato alla democrazia costituzionale modellata da valori sostanziali fondamentali, e la sua legalità è diventata soggetta ad un insieme di norme sostanziali incorporate nella giustizia costituzionale⁸¹.

Anche se il Rechtsstaat di oggi incorpora in qualche senso elementi tanto del suo omologo kantiano quanto di quello positivistico, esso differisce dai suoi predecessori per aspetti centrali e pertanto solleva questioni inedite riguardo la legittimità del diritto. Come il suo omologo kantiano, il Rechtsstaat di oggi incorpora diritti fondamentali al di sopra dell'ambito delle leggi ordinarie, anche se questi diritti sono sostanziali anziché formali e il loro contenuto differisce notevolmente da quello dei loro predecessori kantiani. D'altro canto, come il suo predecessore positivistico, il Rechtsstaat di oggi istituzionalizza la legalità, ma è una legalità che non dipende meramente dalla coerenza e dalla certezza, piuttosto dipende dalla conformità alla costituzione e dalla realizzazione di fini sostanziali riconosciuti a livello costituzionale. Ciò, a sua volta, tende a costituzionalizzare tutta la politica e a convertire il Rechtsstaat in un Verfassungsstaat (ossia, un potere statale esercitato attraverso la costituzione), come alcuni studiosi tedeschi hanno sostenuto⁸². Infine, anche oltre la costituzionalizzazione in quanto tale, il Rechtsstaat di oggi attrae nell'ambito del giudiziario anche ambiti, come la promozione del welfare, che presso i suoi predecessori ottocenteschi erano chiaramente relegati nel campo della politica. Dunque, la Legge Fondamentale obbliga gli stati tedeschi – i Länder – a promuovere il sozialer Rechtsstaat o sozialstaat (ossia, lo stato sociale attuato attraverso il diritto) tanto quanto la dimensione democratica e repubblicana dello stato⁸³.

Mentre la costituzionalizzazione della politica e l'obbligo dello stato di promuovere l'accesso ai servizi sociali per tutti sembrano inattaccabili, se non indispensabili, dal punto di vista dell'eliminazione di tutte le vestigia dell'eredità del nazismo, sollevano invece serie questioni di legittimità per le democrazie costituzionali consolidate e sicure. Ovviamente, l'adesione al valore della dignità umana considerata in astratto dovrebbe suscitare un consenso universale, ma tale consenso non si estenderebbe necessariamente

⁷⁹ Si veda R. Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit*, cit., p. 285.

⁸⁰ Ivi, p. 286, n. 71.

⁸¹ Vedi D. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, cit., pp. 36-37.

⁸² Si veda ad esempio U. Karpen, *Rule of Law*, in U. Karpen (ed. by), *The Constitution of the Federal Republic of Germany. Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law with a Translation of the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 169 ss. (spec. p. 173, dove si definisce il *Verfassungsstaat* come uno stato che «intende organizzare la politica e valutare gli obiettivi applicando, eseguendo la costituzione»).

⁸³ Si veda l'art. 28, par. 1, della Legge Fondamentale tedesca.

a diverse e spesso confliggenti manifestazioni concrete del concetto⁸⁴. Ad esempio, la dignità umana richiede di proibire oppure di permettere l'aborto? E il suicidio assistito? Esige una pervasiva legislazione assistenziale o la rende umiliante?

È verosimile che la costituzionalizzazione basata su valori sostanziali, man mano che diventa più pervasiva, ispiri una adesione diffusa. La sovra-costituzionalizzazione forza alcuni membri della comunità politica a piegarsi ai valori e alle concezioni del bene di altri, e così minaccia di delegittimare il *Verfassungsstaat*⁸⁵. In ultima analisi, la sovra-costituzionalizzazione dà luogo a problemi assai simili a quelli prodotti dall'autonomia kantiana in senso stretto. In quest'ultimo caso, il diritto legittimo è destinato ad alienare l'individuo dai propri interessi poiché il giusto deve restare al di sopra di tutti gli interessi; nel primo caso, l'individuo rischia sempre l'alienazione dai propri interessi nella misura in cui la costituzione incorpora interessi confliggenti. In una comunità politica pluralista, ciò significa che una notevole porzione della cittadinanza resterà significativamente alienata dalle direttive emananti dal regime giuridico-costituzionale esistente fondato su valori sostanziali.

4. – *L'État de droit francese come mezzo per rivendicare diritti fondamentali attraverso il diritto*

L'État de droit francese è molto più recente del *Rechtsstaat* tedesco e in origine era derivato da quest'ultimo⁸⁶. Tuttavia, anche se il termine francese "État de droit" è una traduzione letterale del tedesco "Rechtsstaat", i francesi adattarono e trasformarono così profondamente il concetto che avevano trovato nella cultura giuridica tedesca del diciannovesimo secolo, che l'espressione francese arrivò ad acquisire un significato completamente differente rispetto a quello connotato dal *Rechtsstaat* positivistic⁸⁷. Invero, nel suo attuale significato come inteso nella teoria giudica francese ed istituzionalizzato nell'ordinamento costituzionale francese contemporaneo, "État de droit" non significa "potere statale esercitato attraverso il diritto", ma piuttosto "stato costituzionale come custode legale dei diritti fondamentali" (contro le violazioni provenienti da leggi approvate dal parlamento)⁸⁸.

L'État de droit francese ha assunto la funzione di integrare e, in un senso importante, limitare l'"État Légal", che può essere tradotto grosso modo come "potere statale democratico esercitato attraverso il diritto". L'État Légal è ciò che in Francia si avvicina di più al *Rechtsstaat* positivistic, con la cruciale differenza che la versione francese è

⁸⁴ Per un argomento analogo sui diritti umani, si veda M. Rosenfeld, *Can Human Rights Bridge the Gap Between Universalism and Cultural Relativism?*, in "Columbia Human Rights Law Review", vol. 30, 1999, pp. 249 ss.

⁸⁵ Per una critica della sovra-costituzionalizzazione in Germania da parte di un costituzionalista tedesco, si veda B. Schlink, *German Constitutional Culture in Transition*, in M. Rosenfeld (ed. by), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, cit.

⁸⁶ Si veda J. Chevalier, *L'État de Droit*, Montchrestien, Paris, 1999³, p. 11.

⁸⁷ Ivi, pp. 23-31.

⁸⁸ Ivi. Esattamente come i suoi omologhi tedesco e anglo-americano, la concezione francese dell'*État de Droit* è dinamica e altamente controversa. Tuttavia, considerato che il mio intento qui è di identificare le caratteristiche essenziali a fini di analisi e di confronto concettuale, non cercherò in alcun modo di rendere conto della maggior parte delle sfumature o delle materie controverse. Si veda M. J. Redor, *De l'Etat Légal à l'Etat de Droit : L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Flammarion, Paris, 1992.

inestricabilmente legata alla sovranità parlamentare e alla democrazia parlamentare. Di conseguenza, mentre la funzione primaria del Rechtsstaat positivistico è di stabilire limiti istituzionali all'uso dei poteri di governo da parte del monarca nei confronti del popolo, l'État de droit incorpora la volontà democratica della nazione francese trasformata in legge dal parlamento⁸⁹.

Il concetto di État de droit è stato articolato la prima volta all'indomani della prima guerra mondiale nei lavori di Carré de Malberg⁹⁰, ed è stato istituzionalizzato nel sistema costituzionale francese dopo la seconda guerra mondiale⁹¹. Come già notato, "État de droit", diversamente da "rule of law" o "Rechtsstaat", non si riferisce al diritto nel suo complesso, ma piuttosto ai diritti fondamentali dotati di forza giuridica. In altri termini, l'État de droit è l'ordinamento giuridico statale disegnato dai diritti fondamentali liberali che pone vincoli all'État lègal⁹². Come sottolineato da Carré de Malberg, l'État de droit non avrebbe potuto essere realizzato appieno fino a che non fosse stato istituito il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi⁹³, una evoluzione che ebbe luogo in Francia nel 1971 quando il Consiglio Costituzionale invalidò per la prima volta una legge del parlamento per violazione di un diritto fondamentale contenuto nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789⁹⁴.

Il ricorso da parte della Francia all'idea di État de droit come controllo sulle leggi promananti dalla democrazia parlamentare è uno sviluppo sorprendente in una cultura a lungo convinta che la sovranità parlamentare esprima nel modo migliore la volontà della nazione ed allo stesso tempo protegga adeguatamente i diritti fondamentali dei suoi cittadini. Inoltre, l'adesione della Francia alla sovranità parlamentare non solo era saldamente radicata, ma aveva anche profonde radici teoriche nella filosofia politica di Jean-Jacques Rousseau.

Secondo Rousseau, il conflitto tra interessi individuali contrastanti, da una parte, e il bene comune della comunità politica dall'altra può essere risolto tramite il perseguimento dell'auto-governo democratico. Nella concezione di Rousseau, comunque, la democrazia non è meramente la regola di maggioranza con l'inevitabile conseguenza che le minoranze politiche sono costrette ad obbedire a leggi imposte contro la loro volontà. Piuttosto, la democrazia richiede l'implementazione della volontà generale attraverso l'impegno comune di tutta la cittadinanza, per superare la diversità di esigenze che promanano dall'ambito degli interessi privati confliggenti, e sposare come proprio interesse ciò che è buono per la società nel suo complesso⁹⁵.

In base all'analisi di Rousseau, prendendo parte all'espressione giuridica della volontà generale ogni cittadino esercita una forma di auto-legislazione. Per converso, come persona dotata di interessi privati, ciascun membro della comunità politica deve limitare volontariamente i propri interessi particolari al fine di rendere possibili le leggi che incorporano la volontà generale, e in tal modo consentire liberamente ad essere vincolato da quelle leggi.

⁸⁹ Si veda J. Chevalier, *L'État de Droit*, cit., p. 18.

⁹⁰ Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1920, vol. 1, p. 488.

⁹¹ Si veda R. Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit*, cit., pp. 292-294.

⁹² Si veda Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, cit. p. 490.

⁹³ Ivi, p. 492.

⁹⁴ Si veda la sentenza del Consiglio Costituzionale del 16 luglio 1971, in "Droits", 1972, pp. 685 ss. (una legge del parlamento fu ritenuta incostituzionale per violazione del diritto fondamentale di libertà di associazione).

⁹⁵ Si veda Jean-Jacques Rousseau, *Il contratto sociale*, trad. it. di V. Gerratana, Einaudi, Torino, 1966.

Nella democrazia di Rousseau, orientata verso la volontà generale, l'elemento essenziale è l'auto-limitazione. Questa auto-limitazione, comunque, non è la conseguenza della paura di qualche avversità, quanto piuttosto di una libera assunzione di responsabilità. Per Rousseau, ogni individuo è al tempo stesso sia un cittadino che una persona privata o borghese. Come borghese, ogni individuo persegue interessi privati che spesso contrastano con quelli degli altri. Come cittadino, invece, ciascun individuo è parte del sovrano che ha la responsabilità di governare la società secondo i dettami della volontà generale. Di conseguenza, i due punti di vista dei governanti e dei governati coesistono all'interno di ciascun membro della comunità politica. Poiché la libertà non può essere realizzata senza l'auto-governo, ciascun individuo deve risolvere il conflitto tra i due punti di vista in modo da poter partecipare al governo, continuando allo stesso tempo ad occuparsi quanto più possibile dei propri interessi privati (senza compromettere alcun dovere di governo) nella propria qualità di appartenente alla categoria dei governati.

Se vi fosse possibilità di realizzazione sia della volontà generale che di parte degli obiettivi derivanti dalle volontà private, allora l'esigenza dell'auto-limitazione e i necessari sacrifici dell'interesse individuale potrebbe ben essere compensati dai benefici della maggiore partecipazione alla legislazione democratica e dell'accresciuta portata dell'autodeterminazione. Se, tuttavia, l'adesione alla volontà generale richiedesse una completa soppressione degli interessi privati, allora la legittimazione roussoviana del diritto non sarebbe convincente, poiché è difficile capire perché qualcuno dovrebbe rinunciare a pressoché tutto ciò che ha di caro per assumere un ruolo nella produzione di leggi tese a frustrare gli obiettivi che gli stanno più a cuore⁹⁶.

Lo stesso Rousseau non chiarisce molto il modo in cui il ricorso alla volontà generale possa influire sull'equilibrio tra interessi privati e collettivi. Invero, come capita spesso in Rousseau, la nozione di volontà generale resta in qualche modo misteriosa e non del tutto coerente. La volontà generale deve essere distinta dalla volontà individuale o da quella della maggioranza, e Rousseau la concepisce come la somma delle differenze tra tutte le volontà individuali o come l'"accordo di tutti gli interessi", che "è determinato in opposizione a quello di ciascuno"⁹⁷.

Nonostante queste difficoltà, dall'esame della volontà generale in Rousseau emergono due punti importanti. Primo, diversamente da Kant, Rousseau non fa ricorso alla distinzione tra gli interessi e il giusto quando si tratta della legittimità del diritto. Per Rousseau, il diritto è legittimo se è una espressione della volontà generale che emerge come conseguenza di un processo dinamico e tiene in considerazione tutti gli interessi rilevanti. Secondo, l'auto-governo ha un valore intrinseco tale che, almeno fino a un certo punto, un compromesso che aumenti l'auto-governo a spese del perseguimento dell'interesse personale non dovrebbe ripercuotersi negativamente sulla legittimità del diritto.

C'è una forte affinità tra la teoria di Rousseau e la concezione francese dell'État légal. Invero, vi è un'ovvia congruità tra la visione di Rousseau in cui tutta la cittadinanza si unisce per governare e la convinzione tipica della Rivoluzione francese che il destino democratico della nazione è servito meglio da un unico organo legislativo per tutta la nazione cui è attribuito il compito di trasformare la volontà del popolo in

⁹⁶ Se, per realizzare la volontà generale, gli interessi della persona privata devono cedere completamente il passo ai doveri collettivi del cittadino, allora l'ideale dell'auto-governo come diviso da Rousseau potrebbe ben essere un precursore del totalitarismo. Si veda R. Masters, *The Political Philosophy of Rousseau*, Princeton U.P., Princeton, 1968, p. 315.

⁹⁷ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit.

legge. Ciò veniva contrapposto ad un Ancien Régime contrassegnato da un governo assoluto in favore dei privilegiati all'interno della preesistente gerarchia feudale. Di contro, si poteva fare sicuro affidamento sul fatto che i rappresentanti del popolo all'opera dopo il ripudio dei privilegi feudali svolgessero l'attività legislativa nell'interesse comune di tutti, specialmente nella misura in cui gli interessi borghesi erano concepiti come universali. Di conseguenza, tutte le leggi del Parlamento, indipendentemente dal loro risultato, erano percepite come espressioni della volontà generale. Oggi, comunque, non sembra esserci alcuna ragione intrinseca per credere che necessariamente la democrazia parlamentare dia voce al bene comune – da qui la necessità di bilanciare l'État légal con le garanzie offerte dall'État de droit.

Data la forte influenza delle idee di Rousseau, la tradizione costituzionale derivante dalla Rivoluzione francese concepiva i limiti ai poteri del governo richiesti dal costituzionalismo in termini di sovranità parlamentare – ossia, in termini di democrazia in quanto tale⁹⁸. Inoltre, la sovranità parlamentare, e l'État légal ad essa associato, garantiva l'implementazione dello stato di diritto quantomeno in senso stretto. Infine, la protezione dei diritti fondamentali era garantita dalla Dichiarazione del 1789, ma questa protezione era politica anziché giuridica. È precisamente a causa di questa mancanza di protezione giuridica che l'État légal ha dovuto essere integrato dall'État de droit.

5. – *La common law anglo-americana e i paradossi dello stato di diritto*

Uno dei fattori che rafforzarono l'adesione della Francia all'État légal era la manifesta sfiducia nei confronti dei giudici, radicata nel ruolo negativo svolto dai giudici nel corso dell'Ancien Régime⁹⁹. Anche se gli inglesi, al pari dei francesi, avevano una lunga tradizione di sovranità parlamentare, gli inglesi avevano sviluppato un atteggiamento positivo nei confronti del potere giudiziario, che li portò a considerare il giudice come un protettore dei cittadini anziché come un nemico del popolo¹⁰⁰. A differenza degli Stati Uniti, il Regno Unito non ha una costituzione scritta, e i suoi giudici pertanto non hanno un chiaro mandato, come invece i loro omologhi americani, di effettuare un controllo sui poteri legislativi. Nondimeno, la tradizione anglo-americana, basandosi sulla common law, ha sviluppato un forte senso dello stato di diritto. E come abbiamo già visto e adesso esploreremo ulteriormente, diversamente dai suoi omologhi continentali, il concetto anglo-americano di stato di diritto non dipende esclusivamente dallo stato in sé, piuttosto funziona come cuscinetto tra gli interessi dello stato e quelli dei suoi cittadini.

Nella sua versione americana, lo stato di diritto è basato su una costituzione scritta intesa ad offrire l'espressione giuridica di diritti fondamentali preesistenti e inalienabili. Tali diritti sono profondamente radicati in una visione lockiana dei diritti naturali come patrimonio dell'individuo e come preesistenti e indipendenti tanto dal contratto sociale

⁹⁸ A rigori, si può sostenere che la sovranità parlamentare non rappresenta affatto una limitazione ai poteri del governo. Se posta nel contesto opportuno, comunque, essa rappresenta effettivamente una limitazione, sia nei termini della responsabilità davanti al popolo che della necessità di agire attraverso leggi. Inoltre, queste limitazioni diventano estremamente importanti se messe a contrasto con i poteri assoluti del Re francese.

⁹⁹ Si veda R. Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit*, cit., p. 283.

¹⁰⁰ Ivi, pp. 273-276.

quanto dalla società civile¹⁰¹. Secondo questa concezione, l'individuo presta il suo consenso al contratto sociale e a far parte della società civile al fine di assicurare migliore coordinazione nella protezione dei suoi diritti. Ciò, a sua volta, impone due doveri essenziali sullo stato creato in base al contratto sociale: il dovere negativo di astenersi dall'interferire nel godimento dei diritti inalienabili da parte dei cittadini, e il dovere positivo di impedire o punire le violazioni dei diritti dei cittadini da parte di altri cittadini, attraverso la predisposizione di forme di protezione da parte della polizia e la garanzia giuridica dell'esecuzione dei contratti privati¹⁰². A rigori, quest'ultimo dovere statale è positivo solo in senso derivato, in quanto il suo obiettivo non è di conferire diritti agli individui, ma piuttosto di assicurare che ad altri sia impedito di danneggiare o distruggere diritti già esistenti. In questa concezione, quindi, la *raison d'être* dello stato è di salvaguardare i diritti negativi dei suoi cittadini autolimitandosi, e limitando coloro che potrebbero violare i diritti.

Nel contesto di uno stato minimo idealizzato, che si occupi quasi esclusivamente di assicurare al meglio i diritti naturali preesistenti, lo stato di diritto consisterebbe grosso modo nello sviluppo e nell'esecuzione di garanzie procedurali. Ciò presuppone che la legittimità dei diritti naturali non sia controversa e che la protezione concreta di questi diritti garantisca il benessere della società perché permette ai cittadini di essere autosufficienti, oppure perché li mette in condizione di rimediare attraverso contratti privati a qualsiasi ipotesi in cui non possono essere autosufficienti. In altre parole, se i diritti naturali fossero universalmente accettati e sufficienti a permettere a ciascuno di soddisfare le proprie esigenze di benessere, allora gli standard giuridici potrebbero essere stabiliti automaticamente, e non rimarrebbe posto per la politica¹⁰³. Di conseguenza, lo stato di diritto si riduce allo sviluppo e al mantenimento di garanzie procedurali, che mediano tra i titolari dei diritti, lo stato, e i soggetti che potenzialmente o di fatto violano diritti altrui. A seconda delle circostanze, i titolari dei diritti e lo stato possono trovarsi dalla stessa parte (ad esempio, quando lo stato agisce per proteggere un titolare di un diritto contro soggetti terzi, o appronta i mezzi affinché il titolare di un diritto ottenga un ristoro quando i suoi diritti sono stati lesi da privati) oppure su versanti opposti (ad esempio, quando lo stato eccede dalla sua legittima autorità e viola, o minaccia di violare, la posizione giuridica del titolare di un diritto perché fallisce nel suo dovere di autolimitarsi o a causa di eccessivo zelo nella protezione della posizione giuridica di un altro titolare di un diritto).

Da questa veloce analisi diventa chiaro come lo stato di diritto possa essere invocato contro lo stato. Come già detto, ciò determina un paradosso. Invero, sebbene lo stato possa essere moralmente obbligato a desistere ogniqualvolta minacci i diritti naturali, poiché esso detiene un monopolio del potere legislativo e nell'esecuzione del diritto, solo una rivoluzione sembrerebbe capace di spingerlo a desistere da una serie deliberata

¹⁰¹ Per un'ampia discussione del contrattualismo di Locke paragonato a quello di Hobbes, Rousseau, e Kant, si veda M. Rosenfeld, *Contract and Justice*, cit.

¹⁰² Questo modello di stato su scala molto ridotta derivato dalla concezione di Locke è ciò che Robert Nozick ha definito "lo stato minimo (guardiano notturno)". Si veda R. Nozick, *Anarchia, stato e utopia* (1974), Il Saggiatore, Milano, 2000.

¹⁰³ La politica qui è intesa come «una pratica che riguarda l'individuazione degli obiettivi della comunità politica, e la realizzazione dei mezzi finalizzati a raggiungere tali obiettivi». Vedi M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit., p. 133. Dal momento che nella società che esprime lo stato minimo ideale ciascun individuo, dotato dei diritti naturali inalienabili, stabilisce i propri obiettivi e li realizza in cooperazione con gli altri attraverso transazioni private di mercato, l'ambito dell'economia presumibilmente sostituisce la necessità di ricorrere alla politica.

di violazioni dei diritti naturali¹⁰⁴. Come sarà chiarito oltre, comunque, il paradosso in questione è molto meno problematico nel contesto della tradizione dello stato di diritto anglo-americano basato sulla common law. D'altro canto, la common law stessa dà luogo a paradossi più seri, che determinano rischi maggiori all'interno della tradizione anglo-americana. Due di questi paradossi pongono serie questioni circa l'esistenza e la praticabilità dello stato di diritto: in primo luogo quello prodotto dalla tensione tra l'esigenza di certezza e prevedibilità del diritto e l'approccio sperimentale e incrementale tipico della common law; e in secondo luogo quello generato come conseguenza del contrasto tra l'esigenza di criteri vincolanti e trasparenti di applicazione giudiziale delle norme giuridiche rilevanti e l'ampia libertà di cui godono i giudici di common law, idonea a rendere indistinta la linea di confine tra creazione del diritto e interpretazione giudiziale.

Di questi paradossi, il primo sembra essere il meno problematico. Invero, la concezione dello stato di diritto, al tempo stesso dipendente e indipendente dallo stato, diventa molto più plausibile una volta che si capisca la specifica posizione del giudice e del sistema giudiziario nella tradizione anglo-americana. Nell'Inghilterra feudale, le norme giuridiche promanavano tradizionalmente da molteplici fonti e il potere di decidere le controversie era rimasto suddiviso tra attori istituzionali diversi e spesso in competizione tra loro¹⁰⁵. Così, il diritto legislativo emanato dal parlamento esisteva fianco a fianco con la common law di produzione giurisprudenziale, e le corti di diritto erano affiancate dalle corti di equity¹⁰⁶. Inoltre, nel diciassettesimo secolo le responsabilità relative alla funzione giudiziaria erano state suddivise tra il giudice e la giuria, un'istituzione portata in Inghilterra da Guglielmo il Conquistatore nell'undicesimo secolo e ampiamente usata come strumento di controllo sui giudici della corona¹⁰⁷.

Se fonti del diritto e attori della funzione giudiziaria possono essere contrapposti gli uni agli altri, parti dell'apparato statale possono essere messe in moto le une contro le altre. Di conseguenza, sebbene tutto il diritto riposasse in ultima analisi su un fondamento statale, la mobilitazione rendeva possibile che si desse attuazione allo stato di diritto contro lo stato. Gli Stati Uniti non solo portarono avanti questa tradizione inglese, ma altresì la incorporarono nella loro costituzione attraverso un sistema di "freni e contrappesi" ed una netta divisione tra il potere giudiziale e le sue controparti esecutiva e legislativa¹⁰⁸. Così, le norme della costituzione federale possono essere invocate per invalidare la legislazione approvata da uno degli stati che si pone in contrasto con esse¹⁰⁹ e, stabilendo che il potere giudiziario è indipendente da, ed eguale

¹⁰⁴ Si veda J. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cit. § 222 (dove si afferma che è diritto del popolo ribellarsi contro un governo che viola i diritti fondamentali).

¹⁰⁵ Si veda ad esempio F. Pollock, F. Maitland, *The History of English Law*, vol. 2, Cambridge U.P., Cambridge, 1923², pp. 578-597.

¹⁰⁶ Si veda J. Hazard, *Civil Procedure*, 1985, pp. 14-15.

¹⁰⁷ Si veda J. Friendenthal, M. Kane, A. Miller, *Civil Procedure*, West Publishing, St. Paul (MN), 1985, p. 472.

¹⁰⁸ Si veda la Costituzione degli Stati Uniti, artt. 1-3.

¹⁰⁹ Si veda ad esempio *Brown v. Board of Education*, 347 U.S., 1954, pp. 483 ss., spec. p. 495 (incostituzionalità di una legge del Kansas che istituiva la segregazione nelle scuole pubbliche, per contrasto con la *equal protection clause*).

a, quello legislativo e quello esecutivo, la costituzione federale dà ai giudici il potere di invalidare le leggi approvate dal Congresso¹¹⁰.

Gli altri due paradossi, di contro, sembrano molto più problematici. Invero, poiché la common law cambia continuamente, la certezza è problematica e sembra difficile concepire lo stato di diritto in un contesto in cui i cittadini possono non essere in grado di determinare ex ante le conseguenze delle loro azioni. Inoltre, se la distinzione tra interpretazione giudiziale e creazione giudiziale del diritto resta indistinta, non sembra esserci alcun modo cogente di tracciare una separazione tra stato di diritto e politica. Queste difficoltà potrebbero essere aggirate se la mancanza di certezza associata alla common law venisse temperata da garanzie procedurali, o se le dinamiche del sistema di common law favorissero la certezza in modi che non dipendano dalle regole e se l'ambito di intervento giudiziale, per quanto ampio possa essere, venisse in definitiva vincolato da principi.

6. – *Common law, stato di diritto, democrazia costituzionale, e politica: procedura, sostanza, e la sfida dei Critical Legal Studies*

Nella sua forma più pura (che non è altro che un ideale controfattuale), la common law è un diritto casistico di creazione giurisprudenziale che si evolve attraverso l'elaborazione di precedenti tramite un processo incrementale, guidato da una logica induttiva. In un sistema accusatorio, ciascuna parte di una controversia sostiene le proprie ragioni davanti a un giudice, che deve decidere il caso dopo aver valutato tutte le prove e gli argomenti avanzati dalle parti. Il giudice che per primo ha avuto il compito di decidere tali controversie presumibilmente aveva potuto basarsi, per raggiungere un verdetto, solo sulla propria esperienza, sul buon senso, e sulla propria idea di giustizia e di equità. In tutti i casi successivi, tuttavia, il giudice prenderà in considerazione i precedenti rilevanti e risolverà la controversia a lui sottoposta in maniera coerente con tali precedenti decisioni giudiziali. In tale sistema, le norme giuridiche emergeranno gradualmente mettendo insieme un numero di precedenti sufficiente per delineare un percorso preciso. Ma a meno che tutti i precedenti esistenti portino in maniera cogente ad un risultato univoco, il che spesso non accade, l'approccio di common law non può assicurare la certezza. Invero, se i precedenti possono essere interpretati indifferentemente nel senso di riconoscere o di negare la responsabilità nel caso da decidere, allora sembra impossibile per le parti di una lite conoscere ex ante le conseguenze giuridiche delle condotte che intendono seguire. Conseguentemente, la regola giuridica applicata in un caso, distinta dal risultato di quel caso, non può essere conosciuta fino a che successive decisioni giudiziali in casi futuri abbiano ulteriormente specificato i suoi contorni rilevanti.

Per chiarire il funzionamento dell'approccio di common law si consideri il seguente esempio, che riguarda una regola giuridica che non può essere compresa fino a che non sia stata ulteriormente elaborata nella motivazione di una decisione giudiziale successiva. Il proprietario di un fondo fa causa ad un vicino perché il gatto di quest'ultimo è entrato nel fondo dell'attore, causando un danno per il quale egli vuole essere risarcito. Inoltre, l'unico precedente rilevante riguarda un caso in cui il

¹¹⁰ Il potere della Corte Suprema di invalidare le leggi incostituzionali approvate dal Congresso degli Stati Uniti è stato saldamente stabilito nella fondamentale sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U.S., 1803, pp. 137 ss.

proprietario di una mucca è stato ritenuto responsabile nei confronti del suo vicino per i danni causati alla sua proprietà dalla mucca, in seguito al suo ingresso non autorizzato nella proprietà. In queste circostanze, il giudice che deve decidere il caso del gatto può inferire almeno due regole differenti dal precedente della mucca. La prima regola è che il proprietario di un animale di grosse dimensioni è responsabile per qualunque danno causato dall'animale in seguito al suo ingresso non autorizzato nella proprietà del vicino. L'altra regola è che un soggetto è responsabile per ogni danno di questo tipo causato da qualsiasi suo animale domestico di sua proprietà. Poiché il gatto è un animale domestico di piccole dimensioni, l'attore perderà la causa se dal precedente il giudice inferisce la prima regola, ma vincerà se il giudice inferisce la seconda regola.

Supponiamo inoltre che il giudice, nel caso del gatto, decida a favore dell'attore dopo aver concluso che la situazione che riguarda il gatto è analoga da tutti i punti di vista rilevanti a quella che riguarda la mucca, ma non chiarisca le basi dell'analogia individuata tra il caso della mucca e quello del gatto. In queste circostanze, toccherà ad un altro giudice inferire quale regola giuridica possa coprire tutti e tre i casi coerentemente ai risultati raggiunti nei casi precedenti del gatto e della mucca. Quindi, il giudice davanti al quale è portata la terza controversia potrebbe decidere, ad esempio, che la regola da inferire riguarda tutti gli animali domestici, o che invece copre tutti gli animali, domestici o meno, che abitualmente vivono sul fondo del proprietario. Il punto importante, comunque, è che indipendentemente da quale di queste due regole giuridiche alternativa sia scelta alla fine, la regola giuridica che giustifica il risultato nel caso del gatto non può diventare completamente esplicita fino a quando non venga ulteriormente articolata nel corso della soluzione giudiziale di casi successivi.

L'intrinseca mancanza di certezza associata alla common law può essere in qualche modo, ma non completamente, alleviata tramite principi costituzionali e disposizioni legislative. Molti importanti principi costituzionali, come le garanzie di "due process" e "equal protection" contenute nella costituzione americana¹¹¹, sono stabiliti in via generale e ad un elevato livello di astrazione. Questo rende possibile un'ampia gamma di plausibili interpretazioni, e i giudici formati nella common law, quando si sono occupati di questi principi costituzionali, hanno formulato interpretazioni ampiamente differenti, rendendo tali principi incerti quasi al pari degli standard di common law in continua evoluzione¹¹².

Le leggi sono di solito meno generali ed astratte di molti principi costituzionali, ma possono nondimeno incrinare la certezza. Invero, quando le tecniche di common law sono applicate all'interpretazione della legge, quest'ultima può ben avvicinarsi all'imprevedibilità dell'interpretazione costituzionale. Ad esempio, il linguaggio legislativo che vieta le discriminazioni nel rapporto di lavoro per motivi razziali ha portato ad una decisione della Corte Suprema, adottata con una maggioranza di cinque a quattro, in cui la maggioranza ha sostenuto che la legge sanciva la possibilità di fare ricorso alle azioni positive e i dissenzienti affermavano recisamente che il diritto

¹¹¹ Si veda il Quattordicesimo Emendamento alla costituzione degli Stati Uniti (nella parte in cui dispone che nessuno «sarà privato della vita, della libertà o della proprietà senza un giusto processo» o «dell'eguaglianza di fronte alla legge»).

¹¹² Si metta a confronto, ad esempio, il caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S., 1896, pp. 537 ss. (spec. pp. 550-551, dove si afferma che la segregazione razziale non viola le garanzie dell'eguaglianza di fronte alla legge) con *Brown v. Board of Education*, 347 U.S., 1954, pp. 483 ss., (spec. p. 495, dove si afferma che la segregazione razziale nelle scuole pubbliche viola le garanzie dell'eguaglianza di fronte alla legge).

dell'individuo a non subire discriminazioni precludeva chiaramente la legittimità delle azioni positive¹¹³.

Anche a concedere che l'incertezza della common law permei l'intero sistema giuridico americano, ciò non preclude necessariamente un riuscito sviluppo dello stato di diritto, nella misura in cui quest'ultimo sia concepito primariamente in termini procedurali anziché sostanziali. Uno stato di diritto a base procedurale si articola in tre elementi essenziali: lo stato di diritto in senso stretto; la prevalenza e il mantenimento di garanzie fondamentali di giusto processo; e l'istituzionalizzazione di un sistema giudiziario di tipo accusatorio come strumento per incanalare i conflitti verso una soluzione giuridica anziché altri esiti possibili.

Lo stato di diritto in senso stretto è saldamente radicato negli Stati Uniti e può essere fatto risalire alla fondamentale decisione della Corte Suprema in *Marbury v. Madison*¹¹⁴. Quindi, anche a considerare i giudici formati nella common law imprevedibili o a volte arbitrari, lo stato di diritto in senso stretto assicura alcuni controlli sull'esercizio del potere dello stato in nome del diritto. Inoltre, poiché le decisioni giudiziarie devono essere rese pubbliche, e le ragioni di tali decisioni esplicitate in motivazioni pubbliche, la probabilità di eclatanti abusi giudiziari sembra piuttosto remota. In breve, lo stato di diritto in senso stretto sembra assicurare un grado significativo di legalità e la formazione di norme giuridiche che non si allontanano troppo dal nucleo di valori comunemente accettati¹¹⁵.

Le garanzie fondamentali del giusto processo sono state incorporate nella costituzione degli Stati Uniti sin dall'adozione del Bill of Rights nel 1791¹¹⁶. È stato inoltre sostenuto che l'intero Bill of Rights e perfino la costituzione nel suo complesso abbiano una preponderante dimensione procedurale¹¹⁷. In questa prospettiva, la funzione della costituzione e del controllo di legittimità costituzionale è di fornire la base giuridica necessaria per una democrazia ben funzionante. Di conseguenza, oltre a proteggere la democrazia dai suoi tradizionali nemici, la costituzione è intesa a insulare l'ordinamento giuridico democraticamente istituito contro eccessi e patologie maggioritarie. In questo contesto, le garanzie procedurali diventano parte integrante dello stato di diritto attraverso l'imposizione di vincoli procedurali sulla produzione e sull'applicazione delle regole giuridiche prodotte dalla maggioranza.

Anche se questa prospettiva non va necessariamente di pari passo con presupposti lockeani, di fatto essa si adatta a tali presupposti particolarmente bene. Sottolineare questo legame, inoltre, è particolarmente utile perché mette in luce un problema molto serio relativo alle concezioni proceduraliste della costituzione, che, a sua volta, mette in

¹¹³ Si veda *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S., 1979, pp. 193 ss.

¹¹⁴ 5 U.S., pp. 137 ss.

¹¹⁵ Si potrebbe obiettare che quest'ultima affermazione non tenga conto correttamente di alcune molto importanti, ma controverse, decisioni della Corte Suprema, come quelle che riguardano l'aborto o incendiare la bandiera. Si veda *Roe v. Wade*, 410 U.S., 1973, pp. 113 ss.; *Texas v. Johnson*, 491 U.S., 1989, pp. 397 ss.; *United States v. Eichman*, 496 U.S., 1990, pp. 310 ss. Nondimeno, i valori essenziali adottati dalla Corte nel decidere questi casi erano ampiamente condivisi, dato che moltissimi americani hanno a cuore il diritto alla *privacy*, su cui è stata fondata la decisione in materia di aborto, e la libertà di espressione implicata nei casi dell'incendio della bandiera. Probabilmente, dunque, i duri contrasti non riguardavano i valori coinvolti quanto piuttosto il giusto modo di applicarli o di individuarne i contorni.

¹¹⁶ Si veda il Quinto Emendamento alla costituzione degli Stati Uniti (che istituisce diritti di *due process* nei confronti del governo federale). Tali diritti, comunque, non furono riconosciuti nei confronti degli stati fino alla conclusione della guerra civile. Si veda il Quattordicesimo Emendamento alla costituzione degli Stati Uniti (1868).

¹¹⁷ J. Ely, *Democracy and Distrust* cit.

questione l'importanza del nesso tra garanzie procedurali e stato di diritto. Questo problema è messo in luce nel modo migliore prendendo brevemente in considerazione la controversia sulla Due Process Clause¹¹⁸.

La controversia riguarda l'alternativa tra intendere il due process nel senso che esso attribuisca diritti puramente procedurali, oppure nel senso che includa anche una componente "sostanziale". La Corte Suprema degli Stati Uniti ha esaminato a fondo tale questione senza raggiungere alcuna soluzione definitiva o unanime. In una delle sue decisioni più criticate, *Lochner v. New York*, la Corte ha adottato la teoria del due process in senso sostanziale e ha costituzionalizzato la proprietà privata e la libertà contrattuale¹¹⁹. Il principio espresso da *Lochner* incorporava la dottrina del laissez-faire, e per circa trenta anni ha portato la Corte ad annullare leggi statali in materia economica e sociale, come leggi sul salario minimo o l'orario massimo di lavoro, intese a promuovere il benessere generale e che spesso erano supportate da ampie maggioranze democratiche. Inoltre, anche se il principio espresso da *Lochner* fu ripudiato durante il New Deal¹²⁰, il due process in senso sostanziale ha trovato nuova forza in tempi recenti ed è stato utilizzato per costituzionalizzare diritti di privacy e di libertà personale anziché diritti di proprietà e di libera iniziativa economica¹²¹.

La giustificazione per il due process in senso sostanziale è che i diritti procedurali possono essere persuasivamente giustificati solo se sono intesi come parte di un insieme di norme fondamentali inestricabilmente legate ad alcuni valori sostanziali centrali. Ma se questi valori sostanziali non sono universalmente accettati all'interno della comunità politica, come ampiamente dimostrato dalle critiche rivolte alla sentenza del caso *Lochner* o a quella del caso *Roe v. Wade*, la dicotomia sostanza/procedura non può essere legittimamente utilizzata per giustificare lo stato di diritto nel contesto di una notevole incertezza sulle decisioni giuridiche. Più in generale, queste critiche possono essere estese al di là dello stesso due process, come hanno persuasivamente dimostrato i critici della teoria procedurale della costituzione americana proposta da Ely¹²².

La terza componente di uno stato di diritto fondato in senso procedurale è un sistema giudiziario di tipo accusatorio. Il sistema accusatorio si mescola in modo naturale con l'approccio di common law e integra lo stato di diritto in senso stretto, in particolare in riferimento all'idea che nessuno è al di sopra della legge. Idealmente, il sistema accusatorio consente a ciascuna delle parti di una controversia di sostenere la propria causa davanti ad un giudice terzo e senza opinioni preconcepite, che raggiungerà un verdetto solo dopo aver assunto e valutato adeguatamente tutte le prove rilevanti presentate dalle parti, e dopo aver debitamente considerato le interpretazioni divergenti dei precedenti rilevanti avanzate da ciascuna delle parti in contesa¹²³. A causa del suo

¹¹⁸ Si vedano il Quinto Emendamento (garanzia del giusto processo nei confronti del governo federale) e il Quattordicesimo Emendamento alla costituzione degli Stati Uniti (garanzia del giusto processo nei confronti dei governi statali).

¹¹⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S., 1905, pp. 45 ss.

¹²⁰ Si veda *Nebbia v. New York*, 291 U.S., 1934, pp. 502 ss.; *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S., 1937, pp. 379 ss.

¹²¹ Si veda, ad esempio, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., 1965, pp. 479 ss. (spec. pp. 481-483, diritti di privacy nel rapporto coniugale); *Roe v. Wade*, 410 U.S., 1973, pp. 113 (spec. pp. 152-154, diritto all'aborto).

¹²² Si veda L. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, in "Yale Law Journal", vol. 89, 1980, 1063 ss. (che sostiene non solo che molte disposizioni del *Bill of Rights* hanno natura sostanziale, ma anche che quelle che sono esplicitamente procedurali non possono essere validamente separate dalla loro giustificazione sostanziale).

¹²³ Si veda G. Hazard, *Ethics in the Practice of Law*, Yale U.P., New Haven, 1978, pp. 120-123.

ruolo passivo durante il processo e del suo obbligo di restare neutrale fino a che siano stati prodotti tutti gli argomenti e tutte le prove, il giudice appare terzo e imparziale. Se non altro, quindi, un giudice di questo tipo promuove lo stato di diritto raggiungendo una decisione non viziata da preconcezioni (nel senso che non ha alcuna ragione per favorire una delle parti in giudizio rispetto alle altre), fondata sul diritto, e proceduralmente equa, che, grosso modo, dovrebbe rendere preferibile la soluzione delle dispute attraverso il diritto rispetto ad altre alternative per un'ampia maggioranza dei cittadini.

In breve, due delle tre componenti essenziali di uno stato di diritto fondato su procedure non sembrano creare ostacoli insormontabili. Si tratta dello stato di diritto in senso stretto e del sistema accusatorio. La terza componente, comunque, si è dimostrata molto più problematica, dal momento che le garanzie procedurali sono verosimilmente connesse in modo inestricabile a norme sostanziali controverse. In altri termini, dal momento che valori sostanziali differenti spesso determinano differenti vincoli procedurali, le garanzie procedurali possono essere non solo arbitrarie, ma anche incerte.

I problemi relativi al progetto di fare ricorso ad un modello di stato di diritto decisamente orientato in senso procedurale diminuirebbero notevolmente di importanza se fosse possibile tracciare una distinzione di principio e cogente tra diritto e politica nell'attività giurisdizionale di common law. Invero, se l'equità procedurale potesse essere garantita senza la necessità di appellarsi a norme sostanziali controverse¹²⁴, allora regolarità procedurale e certezza sarebbero idonee a corroborare lo stato di diritto. Ognuno godrebbe di garanzie giuridiche fondamentali nei confronti del governo e degli altri cittadini e gli sarebbe assicurato che l'arena lasciata alla competizione politica funzionerebbe in base a regole eque e precise di applicazione generale. In assenza di garanzie giuridiche eque, universalmente accettabili e puramente procedurali, comunque, lo stato di diritto dovrebbe dipendere solo dall'implementazione del diritto sostanziale. Ma se quest'ultimo resta completamente politico nella sua creazione, interpretazione, e applicazione, allora il diritto sembra destinato a collassare nella politica. In breve, tutto il diritto sarebbe semplicemente un altro nome della politica.

Che il diritto sia in definitiva politica è una posizione elaborata dal movimento dei Critical Legal Studies ("CLS")¹²⁵. Il nucleo della critica dei CLS è che i giudici di common law in ultima analisi non sono vincolati dai materiali giuridici che devono interpretare, e pertanto le loro decisioni sono politiche. Tipicamente, i materiali costituzionali, legislativi e di common law con cui i giudici hanno a che fare sono composti di regole e di eccezioni che si sovrappongono ampiamente, principi e standard confliggenti, e direttive elastiche suscettibili di interpretazioni contraddittorie. Di conseguenza, i giudici hanno sempre una scelta tra varie plausibili alternative con differenti conseguenze politiche. A causa di ciò, la decisione giudiziaria è tanto politica quanto quella legislativa e quella amministrativa. Ma è formulata in termini giuridici anziché politici, il che spesso le permette di occultare la sua dimensione politica, sfuggendo così, frequentemente, alle reazioni critiche che tipicamente suscitano controversi atti legislativi o direttive politiche dell'esecutivo.

¹²⁴ Per una estesa discussione contro tale possibilità, si veda M. Rosenfeld, *A Pluralist Critique of Contractarian Proceduralism*, in "Ratio Juris", vol. 11, 1998, pp. 291 ss.

¹²⁵ La letteratura dei CLS è vasta e articolata. Si veda, ad esempio, D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1997; M. Kelman, *Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law*, in "Stanford Law Review", vol. 33, 1981, pp. 591 ss.; D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, in "Buffalo Law Review", vol. 28, 1979, pp. 205 ss.; R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, in "Harvard Law Review", vol. 96, 1983, pp. 561 ss.

Se, come sostengono i CLS, il diritto è indeterminato e le decisioni giudiziarie sono sia imprevedibili che politiche, allora l'unica differenza significativa tra un regime di stato di diritto e uno che non lo è riguarda il modo in cui la sfera politica è concretamente gestita e implementata. Questa differenza non è affatto banale, dal momento che la dittatura di una persona senza alcuna pretesa che lo stato rispetti il diritto sembra chiaramente meno desiderabile di uno stato in cui la politica è suddivisa tra tre distinti poteri statali. Nondimeno, poiché lo stato di diritto non può affatto porsi al di sopra della politica, i benefici che potrebbe produrre sembrano davvero scarsi.

La critica dei CLS si è concentrata principalmente sugli Stati Uniti dove, agli occhi dei critici, gli interessi commerciali del capitalismo avanzato sono ampiamente dominanti. Di conseguenza, il diritto giurisprudenziale può essere ridotto alla politica, ma non a qualunque politica. Invero, secondo i CLS, i giudici americani sono principalmente espressi da, e simpatetici con, l'élite dominante, e pertanto sono inclini a sfruttare l'intrinseca indeterminatezza del diritto per produrre risultati che vanno a beneficio degli interessi dominanti.

Se i CLS hanno ragione su questo, comunque, ciò indebolisce la loro stessa posizione, almeno in parte. Se le conclusioni dei giudici possono essere generalmente ritenute coerenti con gli interessi dominanti di tipo capitalistico, allora sebbene il diritto possa essere indeterminato e politico, esso è comunque prevedibile – almeno in quei casi in cui i rappresentanti dell'élite dominante sono contrapposti ad avversari portatori di interessi o ideologie incompatibili. Di conseguenza, i giudici sono vincolati non dalle regole giuridiche che devono applicare né dall'intenzione del legislatore, ma dai dettami della loro ideologia. E, particolarmente in un sistema di common law in cui i giudici elaborano il diritto un po' alla volta cucendo insieme i precedenti, una ideologia condivisa può infondere nell'interpretazione giudiziale e nella creazione del diritto un insieme sufficiente di direttive (delle quali i giudici possono essere in parte consapevoli e in parte no, o entrambe le cose) per produrre risultati che, se non del tutto prevedibili, ricadrebbero comunque in un ambito abbastanza ristretto di aspettative. Come vedremo oltre, questo spunto derivato dalla critica dei CLS può essere espianato dalle loro conclusioni ed utilizzato per corroborare una concezione di un ordinamento funzionante di stato di diritto che si basa su un modello di giudizio di common law.

Un'altra critica ai CLS accetta l'idea che tutto il diritto, incluso quello di creazione giurisprudenziale, è politico, ma rifiuta la conclusione che tutto il diritto non sia altro che politica. Quest'ultima critica prende di mira la valutazione negativa dei CLS sui diritti ed è particolarmente indicativa e pungente perché è stata formulata da sostenitori della critical race theory, anziché da critici conservatori o appartenenti alla maggioranza che avrebbero potuto facilmente essere tacciati di essere portavoce dell'élite dominante¹²⁶. In estrema sintesi, la critica dei CLS riprende la tesi marxista che i diritti liberali, che intendono avere un ambito di applicazione universale e essere egualmente applicabili a tutti, sono nella pratica prescrizioni poco dissimulate volte a promuovere gli interessi borghesi¹²⁷. Agli occhi dei fautori della critical race theory, invece, i diritti possono anche essere sbilanciati a favore dei potenti, ma nondimeno hanno reso possibili notevoli progressi per le minoranze razziali oppresse. In altri termini, prendendo in considerazione i cambiamenti verificatisi dopo la dichiarazione di

¹²⁶ Si veda K. Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, in "Harvard Law Review", vol. 101, 1988, pp. 1331 (che prende posizione contro lo "svilimento" dei diritti ad opera dei CLS).

¹²⁷ Per una delle più sistematiche critiche provenienti dai CLS su questa linea, si veda M. Tushnet, *An Essay on Rights*, in "Texas Law Review", vol. 62, 1984, pp. 1363 ss.

incostituzionalità della segregazione razziale da parte della Corte Suprema nel 1954, gli afro-americani negli Stati Uniti, in conseguenza dell'espansione dei diritti civili, hanno una condizione quantomeno un po' migliore di quella che avrebbero avuto senza lo sviluppo di quei diritti.

Due importanti conclusioni emergono dall'aver stabilito la possibilità dello stato di diritto. La prima è che, anche se il diritto è nient'altro che politica, ciò non significa che esso è necessariamente incerto. La seconda è che, anche se tutto il diritto è politico, ciò non impedisce la possibilità che contenga qualche sedimentazione che si innalza al di sopra della mera politica. Queste conclusioni potrebbero sembrare relativamente modeste, ma offrono una solida piattaforma per l'elaborazione di una valida concezione dello stato di diritto in una democrazia costituzionale contemporanea basata sulla common law.

7. – *La common law e la tensione tra certezza e equità*

Se ritorniamo all'ideale della common law nella sua forma originaria e richiamiamo alla mente l'esempio discusso sopra dei diversi animali che invadono fondi confinanti¹²⁸, possiamo vedere che la common law procede in un modo che è diametralmente opposto in qualche senso al modo in cui il diritto dovrebbe essere implementato nel contesto del Rechtsstaat o dell'État légal. In un contesto di civil law, il giudice dovrebbe applicare una legge preesistente ad un insieme di fatti con un processo deduttivo modellato sul sillogismo. La regola giuridica figura come premessa maggiore; i fatti del caso come premessa minore; e la decisione giudiziale derivata in maniera sillogistica come conclusione. Di contro, la common law implica non solo un processo induttivo, ma altresì un atto di creazione del diritto rivolto al futuro basato sul processo stesso di definizione di una controversia attuale che riguarda fatti passati. Con riferimento al precedente esempio della mucca¹²⁹, al tempo dei fatti che hanno dato luogo alla controversia non esisteva alcuna regola, capace di indicare alle parti coinvolte le probabili conseguenze giuridiche: la regola (pur se ancora incompleta) è stata annunciata solo al momento della decisione giudiziale. D'altro canto, l'atto stesso della decisione costituisce un annuncio a tutti i possessori di mucche del modo in cui verranno decisi in futuro casi simili. Di conseguenza, inoltre, un diligente giudice di common law dovrebbe essere tanto interessato agli effetti futuri della sua decisione quanto, se non addirittura di più, a realizzare giustizia retrospettiva nella disputa che deve risolvere. Se è così, la common law, diversamente dal civil law, implica sia un atto di legislazione (giudiziale) sia un atto di giurisdizione che non è sufficientemente vincolato da alcuna regola preesistente.

Coerentemente a queste osservazioni, si dovrebbe concludere che un sistema di common law puro porti all'estremo opposto rispetto allo stato di diritto non essendo in grado per sua stessa natura di assicurare la certezza, come suggerito dall'esame della critica dei CLS. Idealmente, la common law assicurerebbe un notevole grado di certezza – non perché è l'artefatto dell'ideologia dell'élite dominante, ma perché è basata su un bacino comune di valori, un senso di giustizia ed equità ampiamente condiviso, e dedizione all'elaborazione di un ordinamento giuridico effettivo pragmaticamente orientato e a base empirica, che assicura stabilità attraverso la ferma adesione a principi

¹²⁸ Vedi *supra*, § 6.

¹²⁹ Vedi *supra*, § 6.

centrali. In altre parole, la common law può essere compatibile con lo stato di diritto nella misura in cui può soddisfare aspettative ben radicate a livello di valori e principi, anche se non a livello di specifici risultati. Inoltre, man mano che la common law si evolve e i precedenti si accumulano, presumibilmente le fluttuazioni tra aspettative e risultati tendono a restringersi. In ultima analisi, il civil law non può, in pratica, restare un sistema deduttivo perfetto, man mano che le regole proliferano, diventano zeppe di eccezioni, e non sono del tutto coerenti tra loro. In queste circostanze, in un crescente numero di casi complessi, i risultati effettivi della decisione giudiziale non possono essere completamente certi. Di conseguenza, anche se procedono in modi diversi, nel mondo reale common law e civil law sembrerebbero tesi a convergere, almeno in termini di certezza.

Stabilizzare le aspettative in un mondo sempre più complesso è una delle funzioni primarie del diritto contemporaneo¹³⁰. A prima impressione, sembrerebbe che un regime di regole piuttosto rigide del tipo di civil law sia molto più preferibile per questo scopo rispetto ad un insieme di standard di common law in continua evoluzione, o a disposizioni legislative elastiche interpretate in conformità ad ampi canoni di common law. Ad una considerazione più attenta, comunque, la metodologia di common law può rivelarsi più in sintonia con il duplice compito di stabilizzare le aspettative e soddisfare le esigenze in evoluzione in un ambiente economico in rapido cambiamento. Invero, se gli interessi di legislatori, giudici e parti private convergono, le aspettative possono essere mantenute relativamente stabili anche di fronte al frequente adattamento a condizioni mutate. Anche se la previsione di decisioni effettive può essere più difficile, la fiducia nel mantenimento di standard accettati, insieme all'adattamento ad esigenze che cambiano rapidamente, può ben fornire i migliori strumenti possibili per stabilizzare le aspettative nelle comunità politiche sull'onda dello sviluppo economico.

Dunque, la convergenza di interessi deplorata dai CLS può fornire un elemento chiave di stabilità a qualsiasi progetto di stato di diritto fondato sulla common law. Ma questa stabilità non può estendersi a quelle situazioni in cui la divergenza, anziché la convergenza, diventa la norma. In quest'ultimo caso, lo stato di diritto deve volgersi alla protezione dei diritti fondamentali per sopravvivere. In periodi in cui l'ambito di estensione dei diritti fondamentali è variabile¹³¹, concentrare l'attenzione sui diritti può generare un notevole grado di incertezza. D'altro canto, poiché il nocciolo dei diritti fondamentali tende ad assumere natura e ambito di estensione universali, attraverso norme transnazionali quali quelle contenute nei patti sui diritti umani delle Nazioni Unite o la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, la protezione dei diritti fondamentali sembra destinata a diventare più certa. Se i requisiti imposti dalla protezione dei diritti fondamentali e quelli resi necessari dalla stabilizzazione delle aspettative diventano piuttosto stabili, anche i conflitti tra i due potrebbero diventare ampiamente prevedibili.

In qualsiasi società pluralista con concezioni del bene divergenti, può esservi una mancanza di consenso tanto su cosa debba contare come diritto fondamentale, quanto su cosa rappresenti un mezzo equo per stabilizzare le aspettative giuridiche. Quanto maggiore è il disaccordo su questi due temi, tanto maggiore è la probabilità che le norme giuridiche esistenti siano percepite come plasmate dalla politica anziché come

¹³⁰ Si veda *supra*, il testo di riferimento della nota 73.

¹³¹ Per esempio, la Corte Suprema ha esteso notevolmente l'ambito di applicazione e la portata dei diritti costituzionali fondamentali nel periodo in cui Earl Warren è stato *Chief Justice* (1953-1969). Si veda, in generale, T. Walker, L. Epstein, *The Supreme Court of the United States: An Introduction*, St. Martin's Press, New York, 1993.

istituzionalizzazione dello stato di diritto. Più in generale, in termini di percezione, lo stato di diritto sembra andare di pari passo con un livello relativamente alto di integrazione tra prospettive diverse, mentre il ruolo della politica sembra legato ad una significativa frammentazione all'interno della comunità politica. È opportuno notare, comunque, che le percezioni in questione hanno poco a che fare, a rigori, con la circostanza che i risultati giuridici siano di fatto imprevedibili. Potrebbe darsi che in una società drammaticamente frammentata la maggior parte dei cittadini siano alienati dal diritto ma nondimeno possano prevedere i risultati giuridici o addirittura considerarli tanto ingiusti quanto inevitabili. Di contro, in una comunità politica che si muove rapidamente verso una maggiore integrazione, potrebbe accadere che diritti fondamentali circondati da ampio consenso e in costante evoluzione sconvolgano le aspettative ma promuovano maggiore equità e legittimità. In breve, se lo stato di diritto dipende dall'equità, dovrebbe ammettere un ampio grado di incertezza. Se d'altra parte è basato soprattutto sulla certezza, deve essere compatibile con una diffusa iniquità.

In ultima analisi, la concezione anglo-americana dello stato di diritto sembra capace di integrare un certo numero di elementi formali, un livello efficace di prevedibilità, un certo senso di equità, e certi elementi contestuali, come la relativa integrazione in contrapposizione all'irrimediabile frammentazione, e una predilezione culturale per una serie di diritti individuali di tipo prevalentemente procedurale che possono essere fatti valere contro lo stato e le maggioranze legislative. Inoltre, questa concezione dello stato di diritto dipende dal mantenimento di una divisione del lavoro tra diritto e politica, anche se non si tratta di una divisione che purifica il diritto di qualsiasi influenza della politica. Piuttosto, si tratta di una divisione contestuale, innescata da uno spostamento di prospettiva.

Come ho sostenuto più ampiamente altrove¹³², la distinzione tra diritto e politica si risolve nello stabilire se qualche accadimento passato può essere ricostruito come applicazione di standard che (in base alla ricostruzione) qualificano plausibilmente il risultato finale come giusto e prevedibile ex ante. Se una simile ricostruzione è possibile, allora la decisione istanzia la giustizia legale ed è compatibile con lo stato di diritto. Diversamente, la decisione può promuovere giustizia politica, ma non riesce a trascendere l'ambito della politica. In definitiva, la distinzione tra diritto e politica riflette, soprattutto, una differenza di prospettiva. Dalla prospettiva del diritto, e quindi da quella dello stato di diritto, «l'argomentazione giuridica e il discorso giuridico stanno in primo piano, mentre gli argomenti e i valori politici stanno sullo sfondo. Di conseguenza, se si verificano fratture irreparabili nel discorso e nell'argomentazione giuridica, questo è un segnale che è impossibile ricondurre una certa pretesa nell'ambito della giustizia secondo il diritto»¹³³. Dalla prospettiva della politica, di contro, vengono in primo piano interessi e valori politici e il diritto recede sullo sfondo. Decisioni politiche possono essere qualificate come discorsi giuridici, ma se le loro componenti politiche rimangono predominanti e sovvertono la logica e la continuità, non possono essere qualificate come genuinamente giuridiche, o come propriamente rientranti nell'ambito del diritto. Una divisione del lavoro tra decisioni politiche e giuridiche è certamente compatibile con lo stato di diritto, a meno che tutte le decisioni che hanno forma giuridica risultino essere adottate in una prospettiva politica.

¹³² Si veda M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit., pp. 131-145.

¹³³ Ivi, p. 144.

8. – Conclusioni: la democrazia costituzionale e i limiti dello stato di diritto

Il sistema giuridico americano, basato su una costituzione scritta ed un ben radicato approccio di *common law*, può certamente soddisfare i requisiti di un regime di stato di diritto, nonostante il fatto che esso sollevi certi paradossi ed è spesso incline a rendere confusa la distinzione tra diritto e politica. Poiché è apparentemente più flessibile dei suoi omologhi di *civil law*, il sistema americano sembra più idoneo a sviluppare un coerente regime di stato di diritto, a condizione che vi sia un elevato livello di consenso su valori e obiettivi centrali, su un senso di equità, e su un fascio essenziale di diritti costituzionali. Per converso, nel contesto di una grave mancanza di consenso, il sistema americano sembra meno idoneo a mantenere un regime di stato di diritto rispetto ad un tradizionale sistema di *civil law* basato su una più rigida concezione della legalità¹³⁴.

Quantomeno in certe circostanze propizie, dunque, lo stato di diritto può promuovere sia certezza che equità; ciò sembra parimenti possibile in un contesto di *common law* anglo-americano così come in sistemi continentali di *civil law*. Oltre a ciò, comunque, non è chiaro se il nesso tra stato di diritto e certezza, e tra stato di diritto e equità, sia intrinseco o estrinseco. In altri termini, lo stato di diritto in certe circostanze rende possibili equità e certezza? Coincide semplicemente con esse?

In base al criterio di legittimità basato sul consenso, ripreso in forma modificata da Habermas¹³⁵, la certezza è essenziale al fine di valutare il peso normativo attribuibile alla accettazione *ex ante*. L'equità, d'altra parte, si divide in una componente soggettiva ed una oggettiva. Se un cittadino accetta implicitamente o esplicitamente una legge o un ordinamento giuridico, quest'ultimo può essere considerato soggettivamente equo. Per converso se, in assenza di una simile accettazione, sarebbe ragionevole per quel cittadino accettare una legge o un ordinamento giuridico, allora quest'ultimo può essere considerato oggettivamente equo¹³⁶.

Secondo il criterio di legittimità ripreso in forma modificata da Habermas, come elaborato in precedenza, l'esistenza di un legame intrinseco tra lo stato di diritto e l'equità sembrerebbe possibile solo nel contesto di un ampio consenso su norme e valori extra-legali, o, in altre parole, nel caso di una forte convergenza tra le concezioni del bene¹³⁷.

¹³⁴ Invero, un sistema di *civil law* piuttosto rigido basato su un modello di ragionamento deduttivo favorirebbe meglio la certezza rispetto ad un sistema di *common law* nelle mani di giudici divisi per ideologia, obiettivi politici, e filosofia giudiziaria. Inoltre, in simili circostanze, un regime di *common law* probabilmente non sarebbe percepito come teso a promuovere l'equità. Si dovrebbe sottolineare, comunque, che è molto meno probabile che i regimi costituzionali contemporanei di *civil law* differiscano nettamente dai regimi di *common law* rispetto ai loro più tradizionali predecessori. Si veda ad esempio D. Rousseau, *The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution?*, in M. Rosenfeld (ed. by), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, cit., pp. 261 ss. (che discute il ruolo del giudice costituzionale in Francia); B. Schlink, *German Constitutional Culture in Transition*, cit., p. 197 (che discute gli ampi poteri della corte costituzionale tedesca).

¹³⁵ Si veda *supra*, il testo di riferimento per le note 42-45.

¹³⁶ In altri termini, l'equità soggettiva è commisurata dalla prospettiva di un partecipante, mentre l'equità oggettiva è determinata dalla prospettiva di un osservatore che dia conto adeguatamente delle concezioni del bene dei partecipanti di riferimento.

¹³⁷ In tali circostanze, l'equità (soggettiva) del diritto deriverebbe da una sottostante concezione sostanziale, e la sua certezza potrebbe essere sufficientemente fondata su una aspettativa di risultati equi e precisi, indipendentemente dalla circostanza che l'esito di una disputa giuridica possa essere previsto in maniera attendibile prima della decisione.

In una società pluralista con concezioni del bene in competizione, comunque, è difficile immaginare la presenza di un solido, estrinseco legame tra stato di diritto da una parte e certezza e equità dall'altra. Invero, date significative divergenze promananti dalle concezioni del bene in competizione, sembra inevitabile che specifiche leggi ed anche ordinamenti giuridici nel loro complesso siano destinati a promuovere certi interessi o concezioni del bene controversi a scapito di altri. Di conseguenza, nel contesto di una società pluralista, il soddisfacimento del criterio di legittimità ripreso in forma modificata da Habermas sembrerebbe dipendere dalla promozione di un legame intrinseco tra lo stato di diritto e, contestualmente, certezza e equità.

Lo stato di diritto come sviluppato in ciascuna delle tre tradizioni esaminate risulta in definitiva insoddisfacente per quanto riguarda l'istituzione di questo legame intrinseco. Il Rechtsstaat non riesce ad assicurare il legame intrinseco richiesto in tutte e tre le sue versioni. Il Rechtsstaat kantiano aspira ad innalzarsi al di sopra della sfera degli interessi ma finisce con l'essere o impossibile o di parte. Il Rechtsstaat positivista, d'altro canto, appunta le sue speranze sulla stretta adesione al principio di legalità e quindi promuove certezza ma non dà alcuna garanzia di equità. Infine, il Rechtsstaat contemporaneo, o Verfassungsstaat, punta all'equità attraverso la costituzionalizzazione di norme e valori sostanziali, come la dignità umana, ma non riesce a promuovere il consenso nella misura in cui accoglie certi valori controversi a scapito di altri.

Anche l'État légal francese di tipo roussoviano e l'État de droit non riescono a realizzare il legame intrinseco richiesto, e dunque non soddisfano il criterio di legittimità ripreso in forma modificata da Habermas. L'État légal e la sua missione di promuovere la volontà generale può certamente contribuire al soddisfacimento di tale criterio attraverso la promozione dell'auto-governo democratico, che può conferire legittimità ad un numero di norme giuridiche che operano a livello infra-costituzionale. Se la volontà generale resta troppo astratta o avvolta nel mistero, comunque, e se l'auto-governo in sé non può garantire l'equità, non si può pensare che l'État légal da solo produca la legittimità richiesta. Ciò era ben presente ai sostenitori dell'État de droit, ma integrare l'État légal con l'État de droit non risolve il problema della legittimità fintanto che il regime costituzionale che ne risulta non sia più intrinsecamente capace, rispetto ai suoi omologhi tedesco e americano, di superare il ricorso ad insufficienti criteri formalistici, come quelli basati sulle concezioni dei diritti di Kant e Locke, o a valori sostanziali controversi come quelli incorporati nella Legge Fondamentale tedesca.

Infine, in assenza di un consenso su un nucleo sufficiente di valori comuni, lo stato di diritto americano basato sulla common law e modellato dalla costituzione non può da solo garantire il mantenimento di un legame intrinseco tra l'implementazione dello stato di diritto e certezza ed equità.

Vi sono pochi dubbi che in assenza dell'adesione alla legalità, alle garanzie dei diritti fondamentali, e a genuine opportunità per i cittadini di partecipare al processo politico, il soddisfacimento del criterio di legittimità ripreso in forma modificata da Habermas sia del tutto impossibile. Di conseguenza, l'adesione allo stato di diritto in una delle tre tradizioni considerate sopra si pone come strumento necessario ma non sufficiente per la legittimità. Come abbiamo visto esaminando quei tre regimi di stato di diritto, inoltre, è molto più semplice giustificare ciascuno di essi in base a ciò cui si oppone, anziché in base a ciò che intende promuovere. La sfida, dunque, è trovare un regime di stato di diritto che possa essere utilizzato per contrastare la tendenza degli esistenti regimi di stato di diritto costituzionali liberali e democratici a frustrare il riconoscimento e l'accoglimento di rivendicazioni di tipo identitario nelle comunità politiche multiculturali e multi-etniche. Quale forma possa assumere questo regime è

difficile da dire, ma è chiaro che dovrà includere qualcosa di più che garanzie procedurali e tradizionali diritti liberali.

Sembra chiaro che le acquisizioni prodotte dall'implementazione dei regimi di stato di diritto non devono essere dissipate. È una questione aperta, comunque, quale dovrebbe essere il prossimo passo. Poiché i regimi in questione sembrano inadeguati ad accogliere adeguatamente una pluralità di concezioni del bene, il compito più importante sarà escogitare un modo migliore per accogliere il pluralismo. Non è chiaro quanto di questo possa essere realizzato attraverso una trasformazione dello stato di diritto e quanto attraverso la messa in atto di istituzioni e pratiche al di là dello stato di diritto. Ma considerato il fallimento dello stato di diritto nell'assicurare il legame intrinseco tra diritto e certezza e tra diritto e equità, sembra ragionevole assumere che quantomeno alcuni dei necessari cambiamenti dovranno avere luogo al di fuori della sfera del diritto.