

## ***Diritti, giudici e poteri***

Roberto Bin

1. «*La liberté politique est à la liberté civile, comme la garantie à l'objet qu'elle cautionne*»<sup>1</sup>. Questa massima, che ci è stata lasciata da una delle menti più sottili dei *doctrinaires* (in un tempo in cui il suo sesso impediva però di includerla tra i grandi pensatori politici), mi ha accompagnato come un controtema per tutta la lettura del libro che Gianluigi Palombella ha dedicato al tema della legalità globale. Perché una delle tesi centrali del libro è proprio che il credito – i diritti – sia separabile dalla cambiale che lo garantisce – la rappresentanza politica.

In questa sua tesi, Palombella entra in collisione con una delle correnti di pensiero che da diversi anni sono molto seguite nel mondo anglosassone, quella che prende il nome di *political constitutionalism* [Bellamy 2007: ma vedi anche Waldron 2006; Vermeule 2006; Kramer 2004; Waldron 1999; Tushnet 1999). Per questa seconda tesi, in un sistema democratico ben funzionante, i diritti si possono tutelare meglio attraverso il circuito politico-rappresentativo, piuttosto che affidandoli ai giudici, e perciò anche la scrittura dei diritti nella costituzione è una prassi controproducente, perché trasferisce ai giudici la responsabilità della «manutenzione» dei diritti che invece dovrebbe essere affidata ai rappresentanti del popolo (Tushnet 2010). Per il «costituzionalismo politico», la politica precede il diritto e la rappresentanza democratica è la garanzia migliore dei diritti fondamentali<sup>2</sup>; per Palombella la strada procede proprio in direzione inversa.

La sua proposta è di staccare la tutela dei diritti dallo Stato politico e cercarla in un ordinamento giuridico che non promani dalla «sovranità»; in esso «lo schema del *Rule of law* deve valere indipendentemente da quale regime politico si ritenga preferibile» (47). Vi sono due premesse che strutturano la sua tesi: che il *rule of law* possa affermarsi indipendentemente dal presupposto «storico» di un regime liberal-democratico (e in questo la tesi contrasta in pieno con quella del *political constitutionalism*), e che esso – anzi - possa affermarsi a prescindere dall'esistenza di un organismo politico sovrano, quale ne sia la formula costituzionale. Il *rule of law* che propugna Palombella aspira ad essere un ideale istituzionale che non si riduce al diritto né allo stato (61), non dipende dallo sviluppo di un'organizzazione politica democratica (65), postula che «si dia uno spazio normativo, interno al diritto positivo, posto a limitare o controbilanciare l'altra area del diritto genericamente evocabile come "diritto politico"» (72) e chiede anzi al diritto «di incorporare qualità e caratteri tali da contrastare sul piano *giuridico* la tendenza monopolizzatrice del

---

<sup>1</sup> G. STAËL-HOLSTEIN, *Reflexions sur la paix intérieure* (1796), in *Oeuvres complètes de madame la baronne de Staël-Holstein*, I, Paris 1871, 57 s.

<sup>2</sup> Un quadro critico del costituzionalismo politico è ben tratteggiato da M. Goldoni (2011) e M. Goldoni (2012).

potere»: perché «un "altro" diritto positivo esiste, al di là del diritto prodotto nell'esercizio del potere sovrano, che sfugge al dominio normativo di quest'ultimo» (84).

Tanto il *political constitutionalism* è legato alle premesse dello stato liberaldemocratico e ai suoi confini storico-geografici<sup>3</sup>, altrettanto il *rule of law* di Palombella si ripromette di organizzare la tutela dei diritti in una dimensione extra-statuale, globale appunto. Anche in questo le due teorie procedono in direzioni opposte. Ma, personalmente, non mi convince né l'una né l'altra.

2. Sulla strada che le due teorie percorrono in direzioni opposte c'è un grande assente: il potere. Nel *political constitutionalism* il potere è sublimato nel sistema democratico e neutralizzato dall'efficienza del canale della rappresentanza politica; nel *global rule of law* il potere sembra estromesso, neutralizzato dal diritto prodotto da fonti imputabili alla «normatività sociale» (65), non al sovrano politico. Ma di quale potere stiamo parlando?

Le tesi di Palombella muovono dalla tradizionale (e per altro contestata: McCormick 1964) contrapposizione tra il concetto anglosassone di *rule of law* e quello continentale di *Rechtsstaat*. Il punto fondamentale di divergenza sta nella natura comunitaria del diritto incorporato nel primo in opposizione alla natura statalistica del secondo. Perciò il *rule of law* muove in direzione di contrastare e limitare il sovrano, mentre il *Rechtsstaat* esalta invece la funzione dello stato e del diritto prodotto da esso.

Questa lettura del *Rechtsstaat* guarda esplicitamente (29) alla teoria dello stato di diritto in senso formale, intriso di ideologia liberale, elaborata in particolare da von Stahl: ma – come altrove ho cercato di mettere in evidenza (Bin 2011a, 1161) - questa rilettura ha cancellato le origini della teoria del *Rechtsstaat* e la funzione polemica che essa ha assolto ai suoi esordi. Prima che il liberalismo economico volgesse la teoria dello stato di diritto contro lo stato, i teorici del *Rechtsstaat* avevano esaltato la funzione dello stato e del suo diritto come garanzia di eguaglianza degli individui e protezione dei diritti e della proprietà dal potere economico e cetuale esercitato dagli altri individui (Forsthoff 2011, 20 s.). Lo stato di diritto veniva invocato come baluardo della sicurezza dei cittadini, perché non lo stato, ma la società, il popolo, i privati prepotenti ne costituivano la minaccia. Da questo punto di vista ha perfettamente ragione Carl Schmitt (Schmitt 2011, 147) nel riconoscere in Hobbes il precursore dello stato di diritto, al contrario di quanto ritiene il pensiero dominante che ne fa il teorico dell'assolutismo per antonomasia, dimenticando come la tutela della sicurezza dei cittadini e della loro eguaglianza di fronte alla legge fossero centrali nel suo pensiero (Tönnies 1925, 221 s.). Ed è soltanto l'ideologia liberale del dominio borghese che, una volta ottenuta – con la

---

<sup>3</sup> Al quale fa invece costantemente riferimento il *political constitutionalism*, che perciò è miope rispetto ad ogni ipotesi di dimensione internazionale del costituzionalismo (cfr. Goldoni 2011, 359)

monarchia costituzionale e il parlamento censitario - la garanzia delle libertà, dell'eguaglianza formale e della proprietà, ha tranciato di netto il legame tra stato e società civile, e riconosciuto nel potere pubblico, e non più in quello sociale ed economico, la vera minaccia delle libertà. Ma questo è uno schermo ideologico che rende opaco il percorso genetico dello stato di diritto: l'illuminismo ha portato prima la codificazione penale e civile – ossia la riscrittura da parte dello stato delle regole che proteggono la vita e i beni degli individui contro le aggressione e le prepotenze di altri individui, del *potere privato* – e solo dopo la codificazione costituzionale, come regola che delimita il *potere pubblico*. La legge – la legge dello stato - riveste un significato centrale per la teoria dello stato di diritto, perché è «il tramite indispensabile della libertà» e, per l'individuo, «l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio» (Costa 2002, 94). D'altra parte, come ricorda Palombella, nello stesso modello kantiano «la nascita del diritto è legata alla sistematica prevenzione dell'interferenza privata, unilaterale, nell'intento di garantire la libertà e l'indipendenza degli individui da ciascun altro» (217).

Insisto su questo punto perché oggi, superata la dimensione della sovranità nazionale, il vero quesito è dove si sia trasferito il potere, ormai in larga parte sfuggito dalle mani del sovrano politico. Non è un problema che sfugga a Palombella, che cerca i modi di ricostruire un *pubblico*, dimensionato su scala mondiale, senza doversi affidare al *politico*, che ci riporterebbe inevitabilmente dentro i confini della statualità nazionale. È un'impresa epica, che Palombella cerca di condurre percorrendo il sottile crinale di una *normatività* che non deriva dagli stati – e soprattutto non si rassegna a regnare *negli* stati – ma da un processo giusgenetico di tipo sociale. Vi sono «istituzioni jusgenerative» (136) fatte di giudici e tribunali, ma anche di una folta nebulosa di organismi amministrativi e internazionali, di norme consuetudinarie, di regole di mercato ecc.; e questo ricorda la «normatività sociale» che il *rule of law* ha storicamente imposto come limite all'esercizio della «volontà di governo» delle istituzioni politiche (65).

3. I processi jusgenerativi sono stati teorizzati splendidamente dal Robert Cover (Cover 1983), che ha contrapposto lo sviluppo della normatività sociale alla legislazione imposta dal potere politico. Il mondo in cui viviamo – spiega Cover – è un mondo normativo, così come è un mondo fisico: è un mondo costituito da un sistema di tensioni tra la realtà e la visione delle possibili alternative. Un mondo che potrebbe piacere a Palombella, perché è un mondo che può esistere anche senza stato, perché la giusgenesi si compie attraverso un processo essenzialmente culturale (Cover 1983, 11), assai simile dunque alla «comunità epistemica» su cui si fonderebbe il *global rule of law* (136). Ma, accanto a questo modello «paideico», vi è un modello «imperiale», che s'impone quasi per necessità: il diritto paideico genera di continuo significati, modelli di comportamento, percezioni conflittuali del *nomos*; proprio per la sua natura sociale è tendenzialmente instabile e contraddittorio:

occorre perciò una funzione di «mantenimento del mondo», che è assolta dalle istituzioni, le quali rendono effettive le norme generali che scelgono e stabilizzano, garantendo un certo livello di oggettività e certezza.

Proviamo a trasportare il modello di Cover nello scenario della globalizzazione e immaginiamoci come potrebbero funzionare i due processi di produzione del diritto. Qual è la comunità sociale che genera la «narrazione» dei comportamenti corretti, del senso di giustizia, delle regole condivise che promanano dalla cultura giuridica? E quali sono le istituzioni che selezionano tra queste narrazioni quella che va resa effettiva ed applicata a tutti? Lo scritto di Palombella ci apre scenari suggestivi sull'imponente e incoerente movimento che spinge verso la produzione del diritto a livello globale, ma non si nasconde la difficoltà di cucire assieme la funzione «paideica» e quella «imperiale» nel processo jusgenerativo. La sua tesi della «costruzione del pubblico attraverso il diritto» non può non riconoscere che il processo è ancora lungi da compiersi e che quello che manca è appunto la componente *politica* del pubblico globale, alla quale spetta di svolgere la funzione di «generazione politica del diritto» (216). Ma l'affermarsi della legalità sullo scenario globale sembra a Palombella consentire di ottenere un duplice risultato: l'attivazione della funzione di giustizia, svolta nell'interazione tra «ordini giuridici che si riconoscono reciprocamente», e la produzione normativa proveniente «da legalità socialmente e politicamente ben radicate e in confronto nello spazio ultrastatale» (218).

Il commento di Barbara Marchetti mette in luce quanto siano ancora insufficienti le garanzie di imparzialità e obiettività degli apparati giurisdizionali del «sistema» globale – il che per altro non sfugge affatto a Palombella (cap. IV). Il fatto è che il suo libro non vuole descriverci o fare l'apologia di un sistema globale ormai realizzato, di cui si sottovalutino le insufficienze e le contraddizioni. Ci vuole invece indicare una possibile linea di sviluppo, una traccia della sua evoluzione positiva che, malgrado insufficienze e contraddizioni, ci può guidare verso un sistema giuridico basato sui valori riassunti nella legalità. Però il rapporto tra potere privato e potere pubblico costituisce un problema a cui Palombella non riesce a dare una soluzione positiva neppure in prospettiva.

#### 4. La forza dei classici è la loro spietata chiarezza:

Il commercio dà alla proprietà una qualità nuova, la circolazione: senza circolazione, la proprietà non è che un usufrutto; l'autorità può sempre influire sull'usufrutto perché può toglierne il godimento; ma la circolazione mette un ostacolo invisibile e invincibile a questa azione del potere sociale.

Se queste parole di Constant (Constant 1819, 280 s.) valevano quando la proprietà era essenzialmente fondiaria - «beni immobili» per definizione - oggi la profezia si realizza con tutta evidenza. La circolazione dei beni, dei capitali ecc. è il

principio cardine dell'Unione europea quanto lo è per la globalizzazione: i quali sono infatti il regno del mercato e dei suoi operatori privati. Una monarchia assoluta, sciolta da regole che non siano quelle «intime» del potere, destinate a preservare la dinastia (il mercato stesso) e a garantirne comunque la sopravvivenza. Che cosa resta del «pubblico» in questo contesto? E dei privati che non sono in grado di competere come operatori del mercato? E dei cittadini che hanno ottenuto, attraverso una lotta secolare, il suffragio universale?

Affrancatosi dal pubblico, liberato dal politico, indipendente dallo stato e dai suoi circuiti di rappresentanza, il potere privato è ritornato finalmente nella condizione di riespandere il proprio dominio incontrastato sugli individui. «Il politico sembra perdere la presa sulla produzione del diritto... simmetricamente è in atto lo slittamento del linguaggio: che converge su *governance*, amministrazione, *accountability*, come a rimpiazzare le nozioni un tempo chiave di governo, politica, democrazia», nota acutamente Palombella (187 s.). Ma, per quanto si possa essere ottimisti sull'evoluzione del *global rule of law* e attenti a percepirne i sintomi positivi, non c'è dubbio che il «dissolversi del legame tra diritto e politica» ha segnato un netto trasferimento del potere dagli apparati pubblici e politici a quelli privati. Le parole nuove, che sostituiscono quelle vecchie del diritto costituzionale, sono tratte dalla *corporate governance* delle imprese private e mostrano bene dove sia andato a collocarsi il potere nel mondo globale (Bin 2011b): lontano da quelle premesse di eguaglianza sostanziale, di redistribuzione del reddito, di garanzia dei diritti sociali e di partecipazione politica che hanno ispirato i sistemi costituzionali democratici faticosamente affermatasi nel Novecento.

Basta il *global rule of law* a farci sperare nella redenzione? Che esista una comunità epistemica capace di tessere un linguaggio comune, una narrazione condivisa che abbia ad oggetto la garanzia dei diritti fondamentali, una densa circolazione di modelli argomentativi, sono tutti fatti che possono tradursi in una promessa, ma, se questa è una prospettiva irenica del futuro, non ci può far dimenticare che in pochi decenni il nostro mondo ha percorso indietro la strada guadagnata in due secoli di durissime lotte sociali. I dati statistici sono espliciti: l'ingiustizia nella distribuzione delle ricchezze ha oggi nel mondo globale proporzioni quasi identiche a quelle della Francia pre-rivoluzionaria. Così come allora questo impedì di prendere sul serio l'estensione dell'*égalité* ai diritti politici – il suffragio universale sarebbe stato «*un pur instrument de démolition*», come ammoniva Guizot, «*coups de canon contre la société qui existe*» (Guizot 1834, 285 s.) – oggi impedisce di prendere sul serio qualsiasi misura che riporti il potere alla sua dimensione pubblica e politica. Lo stato liberale fondato sul suffragio censitario intendeva difendere la società borghese e le sue profonde ingiustizie dall'intervento del potere politico: «erano convinti che la diseguaglianza sociale trovasse il suo corrispondente dialettico nell'uguaglianza formale dei cittadini e che la libertà non dovesse trovare la sua collocazione nella società ma piuttosto – e

soltanto – nei confronti dello Stato» (Forsthoff 2011, 21). Ma oggi, la società globale fondata sulla libera circolazione di tutto, salvo delle persone, che tipo di assetto sociale intende proteggere dagli stati nazionali e dalla rappresentanza politica che in essi si è affermata?

Non possiamo attenderci dal *global rule of law* che esso realizzi modelli di giustizia – avverte Palombella (152) – ma solo che impedisca che l'ingiustizia sia perpetrata invocando lo scudo del diritto. Ciò può essere reso possibile da un'*accountability* dei *decision-makers*, garantita non attraverso i canali della *responsabilità politica* verso gli elettori, secondo i vecchi schemi del costituzionalismo, ma grazie ai «meccanismi di *review*, gli obblighi di adeguata motivazione, trasparenza, responsabilità per le violazioni e via di seguito» (161).

È evidente che il ruolo dei giudici in tutto ciò diventa centrale: ma sono realmente *giudici* coloro che applicano norme che non provengono da un potere politico, e per altro non sono neppure immersi in una realtà sociale – fatta da uomini, non da enti o agenzie – capace di esprimere un *nomos*? È il dubbio che mi sorge ogni volta che leggo le sentenze della Corte EDU, in cui giudici di nomina politica provenienti dai paesi più lontani dispongono in merito alle leggi e alle prassi di un altro paese, di cui spesso ignorano la cultura e la storia. Ma può svolgersi un'effettiva funzione giurisdizionale in assenza dei suoi termini dialettici, cioè una comunità sociale e un potere politico – senza la sintesi tra produzione normativa *paideica* e produzione *imperiale*? Forse è anche la domanda che mosse letro a rivolgersi a suo genero, Mosè, per invitarlo a non dissipare i suoi giorni cercando di comporre ogni genere di lite sorta nella sua tribù, consigliandogli invece di nominare dei giudici e di occuparsi lui stesso di porre le leggi. Consiglio che Mosè seguì, incamminandosi verso la buia e minacciosa vetta del Sinai (*Esodo*, 18.14 – 19).

## Bibliografia

- BELLAMY R. (2007), *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge
- BIN R. (2011a), *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto, Annali IV*, Milano, 1149 ss.
- BIN R. (2011b), *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, a cura di G. Arena e F. Cortese, Padova 2011, 3 ss.
- CONSTANT B. (1819), *De la liberté des anciens compare a celle des modernes*, in *Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris 1874, 258 ss.
- COSTA P. (2002), *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano.
- COVER M.R. (1983), *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, 97 *Harv. L. Rev* 4 ss. Di questo scritto esiste una versione italiana, curata e ben introdotta da M. Goldoni (*Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino 2008).

- FORSTHOFF E. (2011), *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, tr. it. di A. Mangia, *Lo Stato nella società industrial*, Milano
- GOLDONI M. (2011), *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2011, 336 ss.
- GOLDONI M. (2012), *Two internal critiques of political constitutionalism*, in *Int J. Constitutional Law* 10 (4), 926 ss.
- GUIZOT F. (1834), *Discussion de l'adresse de la Chambre des pairs pour l'ouverture de la session de 1835* (Chambre des pairs, séance du 9 août 1834), in *Histoire parlementaire de France*, II, Paris 1963, 275 ss.
- KRAMER L. D. (2004), *The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford - New York
- MACCORMICK N., (1964), *Der Rechtsstaat und die rule of law*, in *Juristenzeitung* 1984, 65 ss
- SCHMITT C. (2011), *Sul Leviatano*, a cura di C. Galli, Bologna (il saggio citato è la tr. it. di *Die vollendete Reformation*, in *Der Staat*, 1965, 51 ss.)
- TÖNNIES F. (1925), *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart 1925<sup>3</sup>
- TUSHNET M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Harvard University Press, Cambridge Mass.
- TUSHNET M. (2010), *Abolishing Judicial Review*, in *27 Const. Comment.*, 581
- VERMEULE A. (2006), *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Mass.-London
- WALDRON J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- WALDRON J. (2006), *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Yale L.J.* 1346