

## **"Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto" (a proposito del volume di G. Cogliandro)**

di Stefano Ceccanti  
(15 febbraio 2013)

Il "rule of law" è difficilmente comprensibile e, anche per questo, facilmente strumentalizzabile nel contesto italiano. Per questo come costituzionalisti vale la pena di leggere e meditare questo libro di filosofia del diritto di G. Cogliandro. Avevo capito da Sartori, a suo tempo, e ritrovo qui in termini simili la concezione secondo cui il Rule of law non postula lo Stato o, meglio, lo relativizza: postula un diritto autonomo, fatto valere dai giuristi, che rendono vitali i diritti della tradizione, del common law, della natura o, quanto meno, visto quanto è usurata questa parola, di un patrimonio di esperienze rivelatesi storicamente feconde. Stato e diritto, legge e diritto non coincidono, come ci ricorda anche la "Legge Fondamentale" di Bonn. Lo Stato è soggetto a un diritto che, almeno in parte, non possiede. Come dice Gustav Radbruch nel piccolo ma storico libro *Lo spirito del diritto inglese* il "rule of law" rappresenta l'autonomia del diritto accanto e sopra lo Stato, la subordinazione al diritto anche del potere statale." E tuttavia non dobbiamo cadere nell'errore di considerare la traduzione di rule of law con Stato di diritto come una traduzione linguisticamente e concettualmente priva di criticità. Anzi, al contrario, si tratta di un passaggio assai problematico, come spiega anche Augusto Barbera nella sua Introduzione a "Le basi filosofiche del costituzionalismo". Stato di diritto e rule of law rimandano a tradizioni giuridiche diverse, una delle tante varianti del confronto tra anglosassoni e continentali, che per essere conciliate hanno bisogno di un percorso argomentativo complesso. Ad esempio è assai dubbio che il passaggio sul rule of law di Benedetto XVI nello storico discorso a Westminster potesse essere tradotto semplicemente con Stato di diritto. Stato di diritto in tanta cultura giuridica finiva infatti con il significare una giuridificazione dell'azione dei pubblici poteri alla quale corrispondeva una depoliticizzazione della scienza giuridica. Nel rule of law l'impasto tra diritto, politica e morale è, al contrario, essenziale. Ciò è stato recentemente ricordato anche da Flavio Felice "richiamarsi al rule of law significa quindi fare la scelta di una visione poliarchica, che relativizza le volontà monarchiche del potere politico". Ovviamente i concreti esiti pratici possono essere diversi: come richiama Guido Alpa nell'inizio della Prefazione in nome del rule of law si può giungere alla "giustificazione dell'esistenze" o ad un' "istanza rivoluzionaria". D'altronde sulla strada delle Rivoluzioni i poliarchici inglesi e americani sono venuti prima dei monarchici francesi, sia pure in nome della restaurazione di un ordine violato e non di uno da creare sovranamente. Per questo è interessante la ricerca di regole attraverso le quali il rule of law non smentisca se stesso e realizzi un raccordo ragionevole tra morale e diritto, in raccordo col pensiero di matrice religiosa, anche se non saprei personalmente aggiungere contributi teorici.

**Mi limito pertanto a chiosare due punti delle Conclusioni di Cogliandro, sviluppando le conseguenze di contenuti che condivido**

Il primo punto (pag. 401) è quello che sottolinea che, soprattutto sul piano internazionale, la tutela dei diritti è meglio affermata da funzioni di garanzia affidata a Corti piuttosto che da suggestioni di democrazia rappresentativa planetaria che potrebbero produrre effetti oppressivi perché in realtà il rapporto col corpo elettorale sarebbe comunque debole e il potere delle istanze così legittimate rischierebbe di essere eccessivo. Al contrario, come dice Sabino Cassese, non dobbiamo proiettare su scala

globale il rapporto tra democrazia e rule of law che abbiamo conosciuto nell'evoluzione degli ordinamenti statali: "L'inesistenza di istituzioni elettive globali non può essere considerata espressione di un deficit democratico perchè non esiste un'autorità superiore dalla quale difendersi e sulla quale esercitare un controllo". **Difficile trovare un testo più vicino, come ispirazione, al paragrafo 57 della *Caritas in Veritate* che utilizza le categorie di sussidiarietà e di poliarchia (in questo caso per la prima volta) come principi regolatori per la governance della globalizzazione:**

"Per non dar vita a un pericoloso potere universale di tipo monocratico, *il governo della globalizzazione deve essere di tipo sussidiario*, articolato su più livelli e su piani diversi, che collaborino reciprocamente. La globalizzazione ha certo bisogno di autorità, in quanto pone il problema di un bene comune globale da perseguire; tale autorità, però, dovrà essere organizzata in modo sussidiario e poliarchico, sia per non ledere la libertà sia per risultare concretamente efficace." Come ha rilevato peraltro Flavio Felice, mi si passi il gioco di parole, la traduzione italiana sarebbe infelice ove parla di governo della globalizzazione giacché la versione latina parla di "moderamen globalizationis", che ci rimanda al verso moderari, porre limiti, per cui è più felice la traduzione inglese che parla di "governance of globalization".

A differenza del governo la governance richiama peraltro attori diversi dalle strutture pubbliche come le comunità e le imprese. La differenza non è pertanto secondaria.

Ovviamente, come accenna nel medesimo punto Cogliandro, ciò non esclude che sul piano nazionale e su quello europeo, accanto alle Corti e a vari sistemi di garanzia non vadano ripensate anche in modo più efficace le istituzioni politiche, valorizzando maggiormente il corpo elettorale e qui, mi permetterei di segnalare, che dentro l'Unione europea la zona euro abbisogna anche di una legittimazione politica del suo vertice.

**Il secondo punto, è quello relativo all'impatto interno sui sistemi nazionali dei vari strumenti multilivello della tutela dei diritti: "i giudici si trovano oggi nei sistemi di civil law ad affrontare problemi analoghi a quelli della judge-made law, ma senza il retroterra culturale e sociale dei paesi di common law" (p. 403). Qui cogliamo un aspetto fondamentale della comprensione del rule of law e dei rischi di strumentalizzazione ad opera del populismo giudiziario.** L'inevitabile attivismo giudiziario e l'altrettanto inevitabile compressione del quasi-monopolio del legislatore, in assenza di una visione che fa perno su un patrimonio condiviso di esperienze, di razionalità sperimentata, rischia di provocare **una forma di hybris del giudiziario**, soprattutto di chi è titolare dell'accusa, di scrivere unilateralmente il diritto, e, in caso di frustrazione, di trasformarsi direttamente in soggetto politico. Carlo Guarnieri parlò a questo proposito di vero e proprio "populismo giudiziario, una variante del populismo tradizionale, per cui la verità sta sempre nel popolo, ma questa volta rappresentato attraverso i media dal giudice che la persegue, magari anche al di là delle regole del gioco, contro le altre istituzioni". Insomma, l'attivismo giudiziario che dovrebbe iscriversi in un quadro poliarchico, finirebbe col dar vita a una nuova tendenza monarchica. L'attuale campagna elettorale ne dà una potente dimostrazione: per alcuni, dopo aver tentato di indebolire una delle due principali istituzioni di garanzia, la Presidenza della Repubblica, la politica sembra essere vista come la prosecuzione dell'azione penale con altri mezzi. Da questo punto di vista come antidoto potente, che cerca invece di trapiantare il senso del rule of law anche nel difficile contesto italiano, merita di essere letto il recente intervento di Luigi Ferrajoli al congresso di Magistratura Democratica "Nove massime di deontologia giudiziaria", tra le quali si segnalano "la consapevolezza del carattere relativo e incerto della verità processuale"; "il valore del dubbio e la consapevolezza della permanente possibilità dell'errore in fatto e in diritto"; "la comprensione e la valutazione equitativa della singolarità di ciascun caso"; "la

capacità di suscitare la fiducia delle parti, anche degli imputati". **Il diritto, anche quello giurisprudenziale, può essere veicolo di contenuti morali, ma solo a partire dalla consapevolezza della propria fallibilità.**

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali