

STATO DI DIRITTO (*)

0. Secondo l'art. 1 della Costituzione vigente: "La Spagna si costituisce in uno stato sociale, democratico e di Diritto..."

Perché tale formulazione risulti intelligibile, i tre appellativi utilizzati dai nostri parlamentari dovrebbero avere un significato univoco, affinché coloro che parteciparono al referendum costituzionale e lo approvarono sapessero di che cosa si trattava realmente. Se infatti i votanti si fossero divisi in posizioni interpretative diverse ed il valore semantico fosse dipeso da un consenso maggioritario, ciò che veniva ratificato dagli elettori sarebbe rimasto di oscura interpretazione.

Ma c'è di più. Anche se i referendari, nel loro intimo, avessero meditato ed avessero dato un significato a queste parole chiave, essendo impensabile un accordo tacito, tutti noi ignorerebbero il significato di termini tanto usati quanto indefiniti.

Che vuol dire perciò "sociale", "democratico", "Stato di Diritto"? Vediamolo.

1. L'aggettivo "sociale" è, nella sua accezione più ampia, così diffuso che non può non essere applicabile a ciascun Stato. giacché indiscutibilmente ogni organizzazione politica presuppone una previa struttura sociale, vale a dire un gruppo di persone che collaborano tra di loro.

Nel redigere la Costituzione, la società spagnola rimaneva inalterabile: si voleva soltanto modificare il suo regime politico. O si potrebbe forse negare una "socialità" allo Stato spagnolo sorto dopo "l'Alzamiento" del 18.07.36? Sarebbe possibile discutere se lo Stato attuale sia più o meno "sociale" di quello precedente, ma non che quello Stato o qualsiasi altro non siano sociali.

Che valore ha allora il termine contenuto nella Costituzione spagnola? Rimanendo indefinito, il suo significato è retorico. Lo scopo dei nostri parlamentari era di sollecitare gli elettori ad un voto favorevole e lo raggiunsero essendo ambigui. A questo aspirano le "fisarmoniche" ideologiche! Quando ad esempio il poeta Zarrilla scrive l'ultima strofa della sua "Primera Impresión de Granada", con versi di innegabile bellezza, dice:

"Salve oh città dove nasce l'alba
e dove il Sole tramontando si adagia,
dove la nebbia si dissolve in perle,
e le perle in argento trasparente:
dove la gloria riposa tra gli allori

e la cui immensa fiaccola ti illumina;
santuario dell'onore e della fede scudo,
sacrosanta città, io ti saluto!

Se invece di riferire i suoi versi a Granada avesse voluto dedicarli a qualsiasi altra città senza cambiare una sola parola, i suoi abitanti si sentirebbero orgogliosi di un così splendido panegirico. Persino i più razionali e meno propensi alla lirica li applaudirebbero! Tuttavia la descrizione è un cliché: l'alba nasce dovunque ed ugualmente non v'è luogo dove il Sole tramontando non si adagi e la nebbia non si dissolva in perle ed argento cristallino.

2. Qualcosa di simile potrebbe dirsi dell'aggettivo "democratico". Le sue accezioni sono così varie e anfibologiche che solo empiricamente se ne può conoscere la denotazione. Vi è la democrazia Ateniese, quella vagheggiata da Rousseau, e ancora quella nordamericana e quella svizzera. I Greci consideravano incompatibili democrazia e monarchia. Oggi molti paesi pretendono di conciliare entrambi i regimi anche se devono sorvolare su alcuni principi che proclamano come fondamentali (per esempio l'uguaglianza di fronte alla legge e l'universalità del suo dominio).

Osservando ciò che accade nel mondo, risulta evidente che un conto è definirsi "democrazia" ed altro esserlo veramente. Se definiamo la democrazia nel significato letterale del termine, dobbiamo ammettere che essa non è mai esistita, neppure in Grecia. Ma c'è di più: essendo tale regime di realizzazione impossibile, quanti si presentano come suoi sostenitori non faranno altro che servirsi di questo mito politico per stroncare ribellioni e proteste.

Se riconosciamo che l'autogoverno popolare risulta impraticabile – ma lo accettiamo come un fine ideale verso il quale aspirare – dovremmo valorizzare le varie figure a seconda della maggiore o minore vicinanza a questo ideale irraggiungibile. Ci dovremmo così chiedere – ad esempio – se sia preferibile la democrazia organica o quella inorganica; se raggiunga meglio i propri fini la monarchia oppure la repubblica; se il suffragio debba essere universale e uguale o differenziato e molteplice secondo i meriti, ecc.

Riguardo alla Spagna ed alla nostra Costituzione, il principio democratico sfocia in una incolmabile antitesi. L'art. 1,2 afferma che "la sovranità nazionale risiede nel popolo spagnolo dal quale derivano i poteri dello Stato" (1); e questo popolo spagnolo, che ha potuto dare la sua approvazione alla Costituzione

(*) Pubblicato su "Razón Española", n. 101, maggio 2000, tradotto per gentile concessione dell'autore e della rivista.

mediante il referendum e che gli artt. 167,3 e 168,3 proclamano come giudice supremo per la sua revoca o riforma, viene ridotto, nelle questioni di speciale importanza (con decisione eccedente i poteri dei suoi rappresentanti! (2)), ad un ruolo puramente consultivo.

Molti – probabilmente la maggioranza – negano la realtà dei governi misti e riducono a due le forme di organizzazione del potere: dittatura e democrazia. Ma siamo in pieno equilibrio politico perché per forza di cose il comando sarà condiviso da pochi, e mai sarà nelle mani di uno solo o di tutti. Un individuo armato potrà anche imporsi su una moltitudine disarmata, ma solo per un brevissimo periodo. Senza esecutori volontari dei suoi ordini è impossibile obbligare una folla per parecchio tempo. Per ottenere l'obbedienza di tutto un popolo risulta quindi indispensabile una catena di comandi ed in ogni caso un centro di provenienza per ogni ordine impartito. Dirò di più: il potere politico probabilmente converge verso un limite: vale a dire, fluttua intorno a una *quantità costante* e viene sempre esercitato, più o meno subdolamente, da qualche soggetto che detiene il comando. Non ha importanza come si chiami: la forza di chi giunge ad esibire tale potere sarà statisticamente irresistibile (3). In pratica, non sempre il potere di diritto ed il potere di fatto coincidono; ma fintantoché sussiste lo Stato, qualcuno lo eserciterà con maggiore o minore efficacia. E in misura inversamente proporzionale vedremo fluttuare "l'anarchia" che, se pur mai totale, tutti gli Stati tollerano in dosi più o meno grandi. Ecco perché si produce il movimento pendolare dei popoli verso le (cosiddette) democrazie o le dittature, o meglio, le preferenze collettive per la libertà o l'ordine.

8 Infatti, quando il potere si allenta, crescono le percentuali di anarchia a causa dell'eccessivo sfrenarsi della libertà. E man mano che i disordini rimangono impuniti, l'effettività del Diritto declina e la gente che soffre per i soprusi chiederà maggiore energia per porre loro un freno.

(1) Sostenere che "la sovranità nazionale" risiede nel popolo spagnolo, ma al tempo stesso ammettere l'esistenza di altre "nazionalità" appartenenti, conduce a porsi la questione del perché queste altre "nazionalità" debbano essere esenti dalla sovranità dei propri rispettivi popoli. Affermata dall'origine la "uguaglianza democratica" con quali basi si afferma poi la disuguaglianza dei vari popoli in relazione al potere sovrano?

(2) Può un mandatario limitare i poteri del mandante?

(3) Si dice "statisticamente" perché è impossibile per il potere pubblico eseguire sempre le proprie decisioni.

(4) Ho trattato questa questione in "La eterna polémica sobre las fuentes del Derecho, Santiago, 1994, pag. 36 e ss. Per la distinzione tra "auctoritas" e "potestas", vedi D'Ors Alvaro: *Ensayos de teoría política*, Pamplona, 1979, pag. 74 e ss. 76 e ss. Ed altri vari suoi interventi, ancor più concretamente attinenti al tema in *Escritos Varios sobre el Derecho en crisis*, Roma Madrid, 1973, specialmente "Lex y Jus en la experiencia romana de las relaciones entre auctoritas y potestas", pagg. 87 ss., "Autoridad y potestad" pagg. 93 ss., "Addenda" pagg. 105 ss.

(5) L'art. 159 della Costituzione trasforma il Re in un robot che è costretto a nominare, senza alcuna libertà, i membri proposti dalla

Camera, dal Senato, dal Governo e dal Cons. Sup. della Magistratura. Sia la Camera che il Senato, con la maggioranza dei 3/5, designano quattro membri ciascuno ("propongono" è in realtà un eufemismo). Una simile maggioranza non si ottiene alle Camere se non mediante accordi tra partiti. Ciascuno rende quindi le "proprie" nomine "incondizionate" in previsione di eventi futuri, poiché, aspirando ogni partito al potere, la sua guida consiste nel conseguimento di tale risultato. I due rami del Governo non hanno altro scopo e quelli del Cons. Sup. della Magistratura saranno il risultato degli schieramenti di origine. Anche l'enunciazione del paragrafo 2 del medesimo articolo risulta infelice. I suoi riferimenti a magistrati, pubblici ministeri, professori di Università, funzionari pubblici ed avvocati non aggiungono nulla a ciò che realmente dovrebbe contare: giuristi di riconosciuta competenza con più di 15 anni di esercizio professionale. Ma neppure questa espressione è felice. Ciò che è importante non sono gli anni di attività professionale ma la dedizione effettiva allo studio della Costituzione e dei diritti fondamentali (che saranno poi il tema delle loro decisioni) e la libertà di giudizio, ma questo chiaramente non lo volevano nemmeno i redattori della Costituzione.

Del resto il "potere legislativo", malgrado il nome, non va al di là di una valenza puramente nominale, poiché manca di vero potere (avendo tutt'al più *auctoritas* (4)). E così, di fronte ad un esecutivo debole, i giudici erodono progressivamente la legge e, perdendo credibilità per le loro reciproche incoerenze, diminuiscono l'efficacia sanzionatoria dell'ordinamento.

3. Molti pensano che la democrazia e la dittatura siano estremi perfettamente distinguibili: la prima rispetta la divisione dei poteri e la seconda no. Tuttavia "gli estremi si toccano" e la divisione dei poteri rimane quasi sempre soltanto un "progetto" di Diritto che non si realizza in nessuna sua parte. L'esecutivo è in teoria controllato dal potere legislativo ma in realtà detto esecutivo, contando sull'appoggio della maggioranza delle Camere ed antepoendo la disciplina di partito al voto di coscienza, non permette nessun effettivo controllo. Ed affinché nemmeno la magistratura possa porre un freno a questa situazione, il Governo ricorre a vere e proprie trappole che lo rendano intoccabile. Infatti il Governo da un lato afferma la indipendenza del "potere giudiziario" ma dall'altro si riserva il massimo potere nelle nomine o nelle promozioni dei giudici. Così questi vengono stimolati con l'eterno incentivo che sempre spinge gli uomini: la speranza di un premio o il timore di possibili rappresaglie e di emarginazione. Parlando concretamente di ciò che accade in Spagna, i membri del Consiglio Superiore della Magistratura, con il beneplacito della Corte Costituzionale, sono diventati una creatura dei partiti, malgrado il dettato inequivocabile della Costituzione. E per ottenere la docilità dei propri giudici, la stessa Corte Costituzionale effettua le nomine in modo simile, degenerando in una cooptazione partitocratica (5). Non per altro motivo la gente dà prove costanti di rifiutare il sistema e tra tutte le istituzioni spagnole, la magistratura è quella che ispira meno fiducia. Ecco quindi la ragione per cui a volte il popolo affida ad un capo un potere

Camera, dal Senato, dal Governo e dal Cons. Sup. della Magistratura. Sia la Camera che il Senato, con la maggioranza dei 3/5, designano quattro membri ciascuno ("propongono" è in realtà un eufemismo). Una simile maggioranza non si ottiene alle Camere se non mediante accordi tra partiti. Ciascuno rende quindi le "proprie" nomine "incondizionate" in previsione di eventi futuri, poiché, aspirando ogni partito al potere, la sua guida consiste nel conseguimento di tale risultato. I due rami del Governo non hanno altro scopo e quelli del Cons. Sup. della Magistratura saranno il risultato degli schieramenti di origine. Anche l'enunciazione del paragrafo 2 del medesimo articolo risulta infelice. I suoi riferimenti a magistrati, pubblici ministeri, professori di Università, funzionari pubblici ed avvocati non aggiungono nulla a ciò che realmente dovrebbe contare: giuristi di riconosciuta competenza con più di 15 anni di esercizio professionale. Ma neppure questa espressione è felice. Ciò che è importante non sono gli anni di attività professionale ma la dedizione effettiva allo studio della Costituzione e dei diritti fondamentali (che saranno poi il tema delle loro decisioni) e la libertà di giudizio, ma questo chiaramente non lo volevano nemmeno i redattori della Costituzione.

concentrato ed illimitato affinché questi possa realizzare ciò che nessuna partitocrazia consente di conseguire (6). I partiti si mostrano unanimi nel considerare questi comportamenti come "antidemocratici"; ma sarebbe contraddittorio qualificarli così e poi affermare la sovranità popolare. Quando Hugo Chavez, nel Venezuela dei nostri giorni, partecipò alle elezioni, le vinse con una schiacciante maggioranza, malgrado il fallito tentativo di golpe rimproveratogli da tutti i partiti coalizzati contro di lui, e tale vittoria fu ratificata quando indisse successivamente altre elezioni per eleggere un nuovo potere costituente. Altre volte la volontà del popolo si manifesta in modo diverso: con un crescente malcontento nei confronti del governo e con l'adesione a un capo il quale, ponendo in essere un colpo di stato, non fa altro che rendersi interprete del sentimento generale ed incarnare da protagonista il generale dissenso. Anche se oggi viene passato sotto silenzio, Mussolini in Italia poté porsi alla testa di una marcia trionfale su Roma perché aveva il sostegno della maggioranza del popolo. Con presupposti diversi, la sua azione sarebbe andata incontro ad un clamoroso fallimento e le istituzioni ed il re avrebbero rafforzato le proprie prerogative. In Spagna, quando Primo de Rivera, dopo il suo proclama del 12 settembre 1923, giunse a Madrid da Barcellona, moltitudini entusiaste furono solidali con il suo proclama. Ed anche se il Governo, prima di presentare le sue dimissioni, propose al re di adottare misure energiche contro i generali ed i comandi militari ribelli, il re accettò il fatto compiuto, giacché si era già convinto che la volontà nazionale stava dalla parte del generale insorto. Così, sia in Italia che in Spagna, l'aver preferito i rispettivi sovrani la sostanza alla forma, la volontà effettiva del popolo ad una norma costituzionale artificialmente instaurata ma non vissuta, preservò i loro regni da una probabile guerra civile (7).

(6) Nel suo famosissimo *Discurso sobre la dictadura*, Doloso Cortés affermava: "Quando la legalità è sufficiente per salvare la società, la legalità; quando non basta, la dittatura...".

(7) R.A.C. PARKER, nel suo minuzioso racconto dei fatti europei tra il 1918 ed il 1945, descrive quanto accaduto in Spagna in questo periodo come inconciliabile con l'uguaglianza democratica. Egli infatti dice che: "Anche se le città più piccole votarono per i monarchici, nessuno prestò attenzione a questo atteso risultato, dato che ciò che realmente interessava era che praticamente tutte le grandi città votarono per i repubblicani"...."La Repubblica ...contava inizialmente sull'appoggio, o almeno sull'accettazione, dei più importanti elementi della società spagnola". *Historia Universal* siglo XXI, vol. 34, El siglo XX, Europa 1918-1945, pag. 222. Questa versione dei fatti mostra con chiarezza come si scriva la storia da un ben determinato punto di vista. Ho detto in più di una occasione che la Spagna è una democrazia senza democratici e forse ciò non accade solo in Spagna. Il risultato delle elezioni municipali del 1931 fu favorevole alla monarchia. Ma, nonostante la proclamazione retorica dell'uguaglianza dei suffragi, si parlò dal presupposto contraddittorio che il voto delle grandi città fosse molto più importante di quello dei piccoli centri (idea che Parker sembra condividere). Non esistendo quindi un vero consenso in merito ad un cambio

di regime, che c'è di strano se la repubblica fallì? Soprattutto quando la sua realizzazione pratica ed i risultati delle elezioni successive furono manipolati da una piccola minoranza per conseguire un potere costituente completamente dominato dalla sinistra. Una tale manipolazione causò al paese mali che ancora oggi non sono stati sanati.

Il fantasma di una guerra civile fu abilmente fatto balenare dalla propaganda repubblicana, prendendo come pretesto la dittatura primoriverista di cui non riconobbe mai la necessità e così il re, scoraggiato dai primi risultati di alcune elezioni municipali (le quali comunque alla fine gli avrebbero dimostrato il favore popolare) ed assai mal consigliato, rinunciò precipitosamente al trono ed altrettanto precipitosamente abbandonò la Spagna.

Qualcosa di esattamente opposto accadde nel 1936 (8). L'insurrezione militare del 17 luglio costituì una risposta alla richiesta dei molti che si sentivano oppressi. In quell'anno, la lotta politica aveva assunto tendenze integraliste. E sicuramente non poteva essere definita una guerra "fredda" visto che il governo, dopo la sua presa del potere, aveva organizzato una vera e propria "caccia agli oppositori". Consci di essere in minoranza, i repubblicani temevano una reazione monarchica e tentarono di premunirsi. Credevano inoltre che la Chiesa fosse loro ostile per cui rimasero passivi di fronte alle violenze operate contro personalità ed istituzioni cattoliche. E man mano che cresceva l'opposizione, aumentava proporzionalmente la repressione. Nel 1934 due movimenti sovversivi, di importanza molto diversa, attaccarono in Catalogna e nelle Asturie; ciò equivaleva allo scatenamento di una guerra aperta. Diedero quindi alla destra un fondamento per sospettare nel luglio 1936 una congiura rivoluzionaria organizzata dall'URSS. Temendo le conseguenze della propria passività, la maggior parte dell'Esercito si sentì chiamato ad intervenire. Alla testa degli insorti v'era il veterano generale Sanjurjo. Il generale Franco, la cui superiorità come stratega era riconosciuta da tutti gli insorti, fu eletto come capo dalla giunta militare in ottobre, al fine di dare al comando quella unità indispensabile per il conseguimento della vittoria.

(8) Oggi si è soliti discutere sulla legittimità dell'*Alzamiento*. Non sono pochi coloro che pensano che il ricorso alle armi non può essere mai giustificato. Ma per la verità la tradizione filosofica (che ha tra le sue file nomi illustri come quelli di S. Agostino, S. Tommaso d'Aquino, Suárez, Molina, Bañez, Victoria, Soto, il cui peso specifico è incomparabilmente superiore a quello di coloro che oggi li contestano) ha preso vie molto diverse. Il suo difetto sta nel non concretizzare quando sia realmente lecito prendere le armi contro il potere, o meglio, quando il potere perda la sua iniziale legittimità. Di rigore, sembrerebbe sempre lecito rovesciare governi che abbiano preso il potere illegittimamente, vale a dire i tiranni. Ma quando il potere legittimo cessa di esserlo? La teoria classica fornisce una risposta qualitativa che, per sua propria natura, è sempre avvolta dalla nebbia del dubbio. Da parte mia, per evitare alla radice gli equivoci in questa scabrosa materia, ho creduto necessario ricorrere a formule matematiche concrete per giustificare l'insurrezione.

4. Le precedenti considerazioni non hanno altra finalità che quella di dimostrare le tremende difficoltà che comporta la definizione obbiettiva e scientifica del (cosiddetto) "Stato di Diritto". Perché se questa espressione deve avere un valore più pregnante, una proprietà cioè che non tutti gli Stati posseggono e che per questo "distingue" e "nobilita" chi possa vantarsi di un titolo così onorifico, è di assoluta evidenza che non è sufficiente che la volontà politica si esprima con una forma normativa, cosa non sempre possibile e parzialmente necessaria, ma richiede anche altre condizioni non facili da ottenere e per di più difficili da concretizzare (9).

Procedendo per esclusione, come esige il metodo scientifico, eliminerò per prime le posizioni estreme, secondo le quali: a) Ogni Stato è uno Stato di Diritto (Kelsen) (10) e b) Nessuno Stato lo è perché, per essere tale, lo Stato dovrebbe essere onnisciente (per non tradire la Giustizia) e onnipotente (per poterla realizzare).

Esaminiamo dapprima la tesi kelseniana, che identifica Stato con Diritto. Costituendo – egli dice – entrambi un solo concetto, parlare di Stato di Diritto significa incorrere in una ripetizione inutile. Per Kelsen la Teoria dello Stato è la Teoria del Diritto Politico e dell'ordinamento statale, la cui esistenza "deriva dalla sua validità oggettiva". Ambedue le espressioni non sono chiare perché, tra gli altri motivi, Kelsen è costretto a disinteressarsi dell'empirico e a rinchiudersi in un mondo di puro dover essere inapplicabile a qualsiasi Stato. In questo modo deve affermare la precedenza delle norme sui diritti soggettivi e dissolvere questi in quelle. Di fronte alle tradizionali definizioni del diritto soggettivo come "volontà (Savigny) o interesse giuridicamente protetto (Iehring)", Kelsen prende in considerazione soltanto la norma che li riconosce. Anche se non ha un interesse concreto, il diritto soggettivo sussiste se viene sancito da una norma. Solo la norma può stabilire se qualcuno è titolare o no di un diritto soggettivo. Se il diritto soggettivo fa riferimento alla volontà, si autodistrugge. Apparentemente una persona può far uso dei suoi beni liberamente e pretendere che gli altri si astengano da qualsiasi disturbo nell'esercizio di tale diritto, ma tale astensione altrui è la semplice conseguenza del dovere giuridico che l'ordinamen-

to impone loro, costituisce cioè un effetto normativo. Il diritto viene definito come una libera condotta dove non esistono divieti; ed anche questo è un effetto dell'ordinamento, giacché questo non li proibisce. In questo modo la legge conferisce validità alla volontà di una parte "come un assegno in bianco che si incarica di riempire" il delegato o il beneficiario da quella. Kelsen comprende bene che un Diritto naturale o superpositivo costituirebbe un ostacolo insormontabile per la sua teoria. Poiché se lo Stato dovesse essere fedele al Diritto naturale, Stato e Diritto non potrebbero identificarsi. Perciò – secondo il grande giurista austriaco – "il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo anche se è indipendente da questo ovvero anche se la sua validità non deriva dalle norme o se – come insegnano anche alcuni positivisti – lo precede temporalmente". Se vi sono "diritti innati ed indistruttibili", come affermano i giusnaturalisti, il diritto soggettivo precede e condiziona quello positivo statale, per cui Diritto e Stato non potranno mai identificarsi (11). Con la sua pretesa di rigorismo logico, Kelsen tenta di enunciare poi tutto il teorema politico derivante dall'iniziale approccio giuridico. Come viene sintetizzato da Legaz: "Il territorio è semplicemente l'ambito spaziale di validità delle norme di un sistema giuridico; il popolo è la sfera personale di validità di queste norme, cioè il problema dei soggetti dell'ordinamento giuridico; l'autorità e il potere indicano l'efficacia sociale effettiva di un ordinamento giuridico; la sovranità rappresenta la condizione di un ordinamento giuridico di non dipendere da nessun altro..." ecc. (12).

La tesi normativista di Kelsen è stata acutamente confutata da Carl Schmitt, il quale le ha contrapposto il proprio decisionismo, secondo il quale è impossibile ridurre il Diritto, e tanto meno lo Stato, a semplici norme. L'essenza del potere statale risiede nella sovranità la quale non si fonda sull'indipendenza da un sistema normativo ma nella capacità di prendere decisioni in situazioni eccezionali in cui mancano norme regolatrici. Per questa ragione, in tali casi entra in crisi il presunto governo delle leggi (non quello degli uomini) postulato da Aristotile e riecheggiato da Kelsen. Lungi dal confondersi il politico ed il giuridico, questo deriva da quello: il Diritto positivo deve essere introdotto da decisioni iniziali che lo istituiscano con un atto a-legale di nudo potere (13).

L'errore commesso da Kelsen in questo punto consiste nel trascurare la vera realtà del Diritto Privato. Per far sì che Diritto e Stato siano la stessa cosa sarebbe necessario che non esistesse altro Diritto se non quello emanato dal potere statale. Ma con tale criterio vengono totalmente ignorati il Diritto consuetudinario, le clausole contrattuali create dalle parti e, soprattutto, gli usi e la giurisprudenza contra legem. Di rigore tutto il Diritto "privato" che – non bisogna dimenticare – prospera in un nume-

(9) Per tale motivo affermare, come fa la Costituzione, che la Spagna "si costituisce" come uno Stato di Diritto è tanto utopistico quanto ciò che viene proclamato negli artt. 4 e 6 della Costituzione del 1812. L'art. 4 recitava: "La Nazione è obbligata (sarebbe da chiedersi da chi) a tutelare e proteggere con leggi sagge e giuste la libertà civile, la proprietà e gli altri diritti legittimi di tutti gli individui che la compongono". L'art. 6, riportato più volte in maniera critica da tutti i costituzionalisti, affermava dogmaticamente: "L'amore verso la patria è uno dei principali doveri di tutti gli spagnoli, come pure l'essere giusti e utili agli altri."

(10) J. PERICH dice qualcosa di simile in *La notion de Rechtsstaat et le principe de légalité*, in Bol. Fac. D. Coimbra, 1949, 305 ss. Un riassunto in LEGAZ: *Filosofia del Derecho*, 5 ed. 1961, 811, nota.

(11) Vedi *Teoria General del Estado*, (Legaz) Barcellona, 1934, 61 ss.

(12) LEGAZ: *Filosofia del Derecho*, cit. 809.

(13) SCHMITT: *Politische Theologie*, 1932.

ro di casi milioni di volte maggiore che quelli contenziosi a cui si applica coattivamente il Diritto pubblico, è opera di privati i quali realizzano i propri accordi in buona fede, anche nei casi in cui sono falliti i tentativi di ottenerne l'esecuzione per via giudiziale (14). Da ciò ne consegue che la discrepanza tra Stato e Diritto, come pure quella tra leggi e Diritto, è soltanto un fatto statistico.

E se molti giuristi credono che l'osservanza delle norme è dovuta al potere coattivo dello Stato, in realtà è vero il contrario; e cioè che la vigenza delle disposizioni giuridiche dipende completamente dalla misura in cui vengono rispettati gli accordi tra le parti e la proprietà altrui. Poiché, come abbiamo detto più volte: "La probabilità di correggere o di riparare l'errore giuridico è inversamente proporzionale alla sua grandezza statistica". Ovvero, se le violazioni degli accordi privati o gli attentati allo *status quo* (errori giuridici) sono molto numerosi, le probabilità di ristabilire l'ordine diventano molto scarse per il potere pubblico, tanto che spesse volte tendono ad essere nulle.

Questa vera e propria legge esterna al Diritto comporta notevoli ripercussioni sulla Scienza giuridica. Ad esempio ci mostra che quanto più logiche e connaturali sono le norme, tanto più sono propense a creare consuetudini e tanto meno sono esposte alla loro violazione. Quanto più è ipertrofico e complicato il Diritto tanto meno risulterà efficace ed al contrario quanto più sarà semplice, tanto più probabile sarà la sua osservanza. Ciò vuol dire, oltre a molte altre cose, che quell'utile precetto secondo il quale "ignorantia legis non excusat", pur apparendo necessario, è applicabile soltanto al caso individuale, giacché una ignoranza di massa rende inefficace qualsiasi legge. Per questo anche il Diritto è "la statistica di come la gente si comporta quando lo vive, non ciò che "prescrive" il legislatore o ciò che decide il giudice". L'individuale e lo statistico differiscono, non si confondono. L'eccezione non conferma la regola: la disattende. Molte eccezioni dello stesso tipo creano "un'altra" regola.

5. La seconda posizione estrema nega radicalmente la possibilità che esistano Stati di Diritto, perché non riescono ad interpretare fino a che punto si concilino necessità e contingenza in una realtà statistica come quella del Diritto. E tuttavia, per strano che possa sembrare, da sempre si è a conoscenza che le norme non annullano la libertà e che l'uomo può infrangerle. Sono quindi contingenti nei casi particolari e la loro necessità è statistica. In questo, come oggi è noto, le leggi fisiche non sono differenti da quelle giuridiche in quanto entrambe sono probabilistiche. Basta ricordare il principio di corrispondenza, dovuto a Bohr, per rendersi conto che se le leggi della Fisica classica non sono più leggi causali assolute, ma "il limite verso cui tendono le leggi dei quan-

ti quando i numeri quantici sono molto grandi" (15), non si possono riscontrare differenze tra il mondo fisico e quello giuridico perché entrambi sono espressioni della legge dei grandi numeri, enunciata da Jacopo Bernoulli e consolidata da Borel.

Se dobbiamo quindi escludere l'esistenza di un'alternativa tra queste due sole posizioni, affermando che non tutti gli Stati sono di Diritto e contemporaneamente non negando a tutti questa qualità, risulta evidente che alcuni stati la posseggono ed altri no. Si pone allora il problema di sapere quali requisiti debba avere uno Stato perché meriti di essere considerato uno Stato di Diritto. Dall'esposizione precedente sappiamo già che le esigenze da affermare, oltre ad essere di indole statistica, dovranno consistere in una certa relazione tra gli elementi che modellano nella sua integrità la realtà giuridica: vale a dire le norme vissute, le proposte di legge e le sentenze. In altre parole: per determinare se uno Stato può essere definito di Diritto dovremo confrontare le proposte di legge (che non sono altro che la totalità del Diritto Pubblico, cioè le norme emanate dal potere legislativo e dal Governo) con la loro ricezione nella vita pacifica e/o nella loro applicazione nei casi contenziosi. Quando le leggi suscitano un dissenso generalizzato e non vengono vissute dalla collettività dei cittadini o non vengono realmente applicate dai Tribunali (perché solo dopo aver pronunciato le loro sentenze, cercano nelle raccolte di leggi il fondamento delle loro decisioni), lo Stato, a partire da un certo livello di inosservanza, cessa di essere veramente di Diritto. Sarà quindi: o del tutto anarchico (impotente) o dispotico. Questo è un fatto noto: leggi soltanto di carta non sono leggi e non sono altro che parole vuote. La questione importante è qui di carattere quantitativo: che quantità di inosservanza è necessaria perché uno Stato non possa più essere considerato Stato di Diritto? O, detto in altro modo, che grado di osservanza è necessario perché sia possibile parlare di Stato di Diritto?

Tali domande, malgrado la loro importanza, non sembrano aver preoccupato i giuristi, nemmeno in relazione a testi così importanti come le Costituzioni le quali, per il fatto stesso di essere promulgate, già si considerano vigenti fino alla loro abrogazione. In tal modo, peccando di eccessiva teorizzazione, si finisce col piantare radici nell'utopia. Invece, affrontando il problema della repressione penale di certi reati contro il sistema politico, come la ribellione militare ed i colpi di stato, si è avvertita la difficoltà di mantenersi nei limiti di una logica punitiva rigorosa.

Voglio ricordare a questo riguardo alcune parole di Groizard: "Le pene di questo articolo - diceva commentando

(14) Secondo i miei calcoli la proporzione tra giudizi e accordi privati è di 0,00000007077.

(15) Ho trattato questo argomento in *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica*, Santiago 1954, 173 ss. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. cit. 258 ss. *La Lucha por la objetivación del Derecho*, Vigo 1965, 63 ss. Ma già nel 1951, ne *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico procesal*, Santiago, 148 ss. iniziai l'applicazione di queste idee a questioni di pratica giuridica.

l'art. 184 del Codice Penale del 1870 – anche se opportunamente graduate, ci sembrano tuttavia esagerate. Non siamo di quelli che pongono i crimini politici al vertice della scala di gravità della delinquenza umana né li ritengono una delle più fosche espressioni di criminalità. Ma non siamo neppure di quelli che negano che i delitti politici siano delitti in sé e che affermano che non sono altro che creazioni arbitrarie dei Poteri pubblici, inventate per opporsi alle correnti ideologiche. Queste opposte tesi sono due grandissime esagerazioni che non si fondano sulla giustizia ma sugli antitetici interessi dei partiti autoritari o rivoluzionari. L'insurrezione non costituisce sempre un crimine di fronte alla ragione e alla coscienza né lo è il più delle volte. A coloro i quali si spaventano considerando anarchica questa dottrina, a nostra volta diremo che devono comunque far i conti con essa malgrado ciò che pensano a meno che non abbiano il coraggio di affermare che non esiste mai diritto contro la forza. La difficoltà – che non neghiamo – sarà di distinguere il fatto dal diritto; ma dall'esistenza di questa difficoltà non discende come conseguenza logica che, secondo un principio di giustizia e di moralità astratta, non vi sia altra guida per lo spirito umano, per non smarrirsi nella realizzazione di una aspirazione, che accettare il brutale trionfo dei fatti come unica manifestazione della verità e del diritto nella Storia" (16).

Quasi tutti i regimi politici attuali – scrissi anni fa – si sono corrotti trasformandosi in sistemi di pretestuosa giustificazione del potere per occultare il fatto delegittimante di servirsi del Diritto invece di porre al servizio del Diritto tutta la propria condotta.

La conclusione è facile: qualsiasi potere che si affanna a stabilire la propria legalità, mancherà da quello stesso momento di legittimità. In altre parole il Diritto Pubblico, lungi dall'essere "costituente" e creatore del Diritto Privato – cioè del diritto spontaneamente vissuto dal popolo – troverà in questo il proprio fondamento e la propria *ratio*. E la sua praticabilità, vale a dire la sua concordanza proporzionale con questo, stabilirà se è legittimo o meno.

L'illegittimità sopravvenuta nell'esercizio del potere si rende percettibile nell'esperienza senza nemmeno calcolare l'entropia politica secondo i dati disponibili o mediante campioni aleatori di dimensioni appropriate. Perché, da una parte tale entropia si confonde con l'errore giuridico e l'arbitrarietà e dall'altra può essere desunta dalle resistenze che le norme pubbliche invadenti incontrano nel popolo. Quando l'entropia politica supera certi livelli, non hanno alcuna importanza i risultati elettorali: l'illegittimità ed il sostanziale rifiuto sociale, anche se "istintivo", balzano alla vista.

Il delicatissimo problema delle cause che fanno perdere gli iniziali titoli legittimanti consiste nel decidere quando si giustifica il rifiuto politico generalizzato o addirittura, la rivolta armata, per l'esistenza di uno stato di necessità collettivo.

(16) GROIZARD Alejandro: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, III, 1911, 390.

Svelare tutte le incognite è, in ogni caso, fondamentale ed è necessario adottare delle precauzioni sistematiche per non soccombere alle difficoltà della questione. Chiediamoci quindi innanzitutto: l'illegittimità nasce per aver oltrepassato qualche frontiera qualitativa o a causa di una accumulazione quantitativa di violazioni?

Molte volte ho prospettato questa alternativa agli specialisti i quali sempre mi hanno risposto senza alcuna esitazione che la legittimità è essenzialmente qualitativa. Ho compreso allora che la tesi mi risultava strana e sommamente pericolosa. Strana perché, se si riesce a dimostrare, come sembra, che la Giustizia possa manifestarsi soltanto in valori quantitativi (17) e se l'illegittimità non è altro che l'impossessamento o l'uso ingiusto del potere, dovremmo attenderci che la legittimità non costituisca un assoluto ma bensì un qualcosa di relativo e di graduale, in funzione delle persone e delle circostanze. La tesi risulta inoltre pericolosa perché, documentata l'illegittimità, come si fa ad imporre limiti al rovesciamento di un governo dal momento che ormai risulta la caducità del suo titolo?

Affinché venga a mancare la legittimità per aver commesso azioni arbitrarie è necessario indicare qualche cifra o proporzione a partire dalle quali detta legittimità debba essere considerata perduta. Un'unica violazione non è certo sufficiente, o dovremmo rinunciare definitivamente al concetto, poiché dov'è quel governante che non è mai incorso in un errore o in un eccesso? In questo argomento ciò che conta sono solo i numeri! Vale a dire, la domanda chiave che ci dobbiamo porre è: quanti abusi possono giustificare la sollevazione contro governi tirannici?

Prima di tutto dobbiamo riconoscere che in temi come questo non scio è necessaria la massima prudenza ma debbono essere usate al massimo grado pazienza e cautela. Un Governo, semplicemente per rimanere al potere, si barrica dietro una presunzione di legittimità e soltanto prove oggettive e intersoggettivamente corroboranti possono validamente essere utilizzate per rovesciarlo.

D'altra parte, come ci venne insegnato a suo tempo dai grandi scolastici (18), è necessario meditare con freddezza che pro-

(17) La risposta qualitative alle grandi questioni che pone la Giustizia è pura logomachia. Per esempio si afferma solitamente che ai lavoratori deve essere corrisposto un salario "giusto". Ma se non si quantifica il salario, che significato ha questa espressione?

(18) Sul tema, ad esempio: SCHMIDT H.C.: *Die Lehre von Tyrannenmord*, Tübingen und Leipzig, 1901. MARAVALL J.A.: *Teoría española del Estado en el siglo XVII*, Madrid 1944. Per una sintesi schematica: LUÑO PEÑA E.: *Historia de la filosofía del Derecho*, Barcellona 1955, 484 ss. Interessante e meditata esposizione in GIL ROBLES E.: *Tratado de Derecho Político, según los principios "Tyrannis" y "Tirannicidio y democracia"*, in *Ensayos de teoría política*, cit. 177 ss.; 193 ss. Vedi anche: ZAMAYON P.: *El derecho a la defensa durante el estado de agresión permanente*, in *Rev. Española de Teología*, 1942, 200, pagg. 681 ss. (Estratti pubblicati da Gabriel ALFÉREZ in *Verbo*, n. 229-230, 1205 ss. Nello stesso numero di *Verbo* vedi l'articolo di GIL de SAGREDO: *La conciencia y la legislación moral. La resistencia activa contra el poder ilegítimo, conforme a la moral católica. según el magisterio pontificio*, pagg. 1281 ss.

babilità offre la vittoria; che prezzo bisogna pagare, in ogni ordine di beni, per ottenerla e quale è il bilancio comparativo tra i prevedibili rischi e i danni a cui si vuol porre rimedio con un movimento insurrezionale. Da ultimo non bisognerà trascurare altre obiezioni essenziali. Ad esempio: non sarà forse una situazione passeggera che potrà essere corretta da sé e dall'interno, quella che oggi suscita generale rifiuto? Quali fondate aspettative esistono che i nuovi governanti non incorrano a loro volta nelle stesse o peggiori aberrazioni di quelle sopportate fino a quel momento?

Questi interrogativi preliminari obbligano a desumere che i livelli di entropia che giustifichino una rivolta armata debbono essere molto alti. Ed in concreto di che ordine di grandezza? Le leggi sull'errore (19) indicano i criteri valutativi indispensabili per quantificare la soluzione del problema. Quando la probabilità di correggere gli arbitrii, in considerazione della loro quantità, è tanto esigua che il deterrente giuridico rivela una manifesta inefficacia, è chiaro che il Diritto, ormai vacillante, rende imminente la rivoluzione o l'anarchia e richiede, per evitare danni anche maggiori, un cambio politico immediato e drastico.

Si potrà dire, con delle formule matematiche o con un grado di approssimazione sufficiente, quando viene raggiunto il punto critico che giustifichi la ribellione? Contro tutte le apparenze, si impone una risposta affermativa.

Infatti il fallimento del Governo risulta innegabile nei casi in cui si raggiunga l'evidenza statistica della sua impotenza nel garantire ai singoli il necessario clima di fiducia nella normale salvezza dei loro diritti. In buona sostanza noi ci sentiamo giuridicamente protetti finché nutriamo la convinzione che le aggressioni alla nostra persona, alla nostra famiglia ed ai nostri beni costituiscono solo fatti anormali i quali, se perturbano l'ordine giuridico, lo fanno soltanto in un numero di casi molto limitato e per breve tempo, poiché sappiamo che molto presto verranno applicate misure correttive a quelle anomalie che ci disturbano.

Con leggeri ritocchi, l'arguta caratterizzazione che fece Montesquieu della libertà politica ci può servire per valutare elementi molto importanti come l'efficienza di un Governo, il grado di discriminazione a cui è soggetta una persona, l'allontanamento – maggiore o minore – di cui soffre un paese rispetto al "vero" Stato di Diritto, e così via.

A tale proposito, è assolutamente necessario passare da un linguaggio più o meno retorico ad uno quantificabile e matematico. Ciò non è difficile. Basta sostituire "fiducia", termine soggettivo non misurabile, con "probabilità matematica" o "valore probabile", espressione già quantificata dalla teoria delle probabilità e perfettamente adattabile al tema in questione. Ci contenteremo allora di definire: "Libertà politica è il valore che ha per

l'uomo medio (una persona "S", presa a caso) la probabilità di non subire interferenze perturbatrici in una unità "t" di tempo".

Se la probabilità di subire turbamenti equivale, poniamo il caso, al numero frazionario f , la probabilità di non subirli sarà uguale al numero complementare dell'unità, cioè $1-f$. In realtà quest'ultimo è il numero importante al quale bisogna fare riferimento.

Quando la probabilità di soffrire turbamenti cresce con rapidità ed in forma continuativa, il fallimento del regime politico vigente si renderà evidente senza incertezze. Nessuno potrà sottrarsi al sentimento generale di frustrazione che risuona per le strade: la rivoluzione, latente o palese, starà covando.

Quando sarà possibile sostenere che si registra oggettivamente un incremento duraturo ed accelerato dell'insicurezza sociale o un decremento costante e rapido della libertà politica? Spersonalizzando da questo stesso istante la risposta, immaginiamo un flusso di fatti che abbiano le seguenti caratteristiche: a) il prodursi con relativa stabilità nel tempo; b) il non venire intaccata la probabilità di ogni elemento per l'accadimento degli altri eventi; e c) risultare disprezzabile la probabilità corrispondente a un caso isolato in intervalli molto piccoli di tempo.

Tali requisiti definiscono quello che si chiama un processo di Poisson o legge dei casi rari. Quindi consideriamo ora la serie degli errori giuridici come un certo flusso di fenomeni che accadono in un tempo t : ci troviamo o no di fronte al processo di Poisson?

6. Se dobbiamo rispondere affermativamente, non ci troveremo più in uno Stato di Diritto. Se la risposta sarà negativa, lo Stato meriterà invece tale qualifica. Ma come saperlo? La grandezza da valutare per rispondere a questa domanda è l'efficienza del Diritto. O meglio, come in tante occasioni, più che misurare immediatamente tale grandezza, misureremo, conteggiandole, le manifestazioni osservabili di inefficienza. Perché se l'efficienza consiste nel livello di effettività o nel grado effettivo di una libertà elargita teoricamente, tutti gli errori giuridici, tutti gli attentati alla libertà, tutti i comportamenti arbitrari dovranno essere espressione di inefficienza.

Per ragioni di comodità e di semplificazione, designeremo tutto ciò che precede come errore giuridico e lo contraddistinneremo con la lettera H.

La libertà e l'errore giuridico sono inversamente proporzionali. La libertà diminuisce quando aumenta l'errore giuridico (mantenendo costanti gli altri fattori importanti). Allo stesso modo, se si riduce l'errore giuridico la libertà aumenterà proporzionalmente. Il punto culminante investe il modo per misurare oggettivamente l'errore giuridico. Vi sono diverse forme corrispondenti ed io propongo la seguente: ogni procedimento trattato (penale, civile, amministrativo, tributario, contenzioso-amministrativo) è sempre conseguenza di un errore (o forse di più errori) commesso da qualcuno (identifico qui arbitarietà con errore!). Pertanto il numero totale dei procedimenti ci per-

(19) Sulle "leggi dell'errore giuridico" vedi LOIS: *El saber del Estado y sus repercusiones pragmáticas*, cit. 4. Id.: *Una justa distribución del poder*; cit. 136.

mette di calcolare approssimativamente (20) l'ordine di grandezza dell'errore giuridico H (che possiamo concepire come l'entropia del nostro sistema politico). Tutti coloro che hanno compreso il significato di questi calcoli, avranno capito che H/D – designando quest'ultima lettera i casi pacifici – può essere la

(20) Ovviamente la valutazione avviene per difetto. Molte persone, vittime di aggressioni ingiuste alla persona o ai diritti si rassegnano a subirla ancora prima di ricorrere alla via giudiziale, sia per mancanza di prova sia per non aver fiducia in essa.

(21) In qualsiasi controversia sono coinvolte almeno due persone. Ecco perché vanno moltiplicati per due i dati statistici. In qualsiasi caso il numero delle "interferenze" è calcolato per difetto, giacché molti preferiscono rinunciare ai propri diritti piuttosto che andare in causa. Invece il totale della popolazione è sovrastimato perché sarebbe più realistico limitarsi alla popolazione adulta (i bambini non sono soliti infatti dar luogo a controversie giudiziali). Voglio aggiungere, a beneficio degli interessati a questo problema, un dato comparativo: alla morte di Franco, nel 1975, avevamo invece $3,35/35,4=0,09322$ valore più di 1,5 inferiore a quello del 1979; ciò vuol dire che l'efficacia del diritto ha subito con l'avvento della democrazia una drastica riduzione.

(22) Si possono fare calcoli analoghi in qualsiasi epoca. Per chi sia interessato alle espressioni matematiche indicate, rimando al mio libro *Tras eufemismo demo-a-cracia*, 2^a ed. Santiago 1993, 365 ss.

misura della vera proporzione in cui sta vivendo il Diritto. Facendo un ulteriore passo, abbiamo la possibilità di interpretare l'entropia come la totalità degli "errori" o delle "disfunzioni" di cui soffre il diritto. "D" rappresenterebbe in questo caso tutto il complesso giuridico. Potremmo allora calcolare l'errore giuridico "pro capite" in un unità di tempo, per esempio in un anno. Così, nel 1979 le statistiche ufficiali registrarono (arrotondando) circa 2.720.000 errori giudiziari di tutti i tipi. La popolazione assommava a circa 37,5 milioni di abitanti. Gli "errori" o le "deficienze" ammontavano dunque, pro capite, a $5,44/37,5=0,14506$, cifra sottostimata rispetto al suo reale valore (21). Ci è ora possibile chiedere che cosa può significare il valore rappresentato dalla differenza fra il risultato dell'espressione sopra calcolata e l'unità o il valore residuo di uno di questi errori pro capite: $1-0,14506=0,85494$. Se il primo numero rappresenta l'antigiuridico pro capite nel 1979, la differenza per arrivare all'unità deve indicare la probabilità per ogni abitante di vivere il Diritto in quell'anno e quindi, in termini statistici, l'efficacia attuale del Diritto o, se si preferisce, fino a che punto è possibile parlare in quel momento di Stato di Diritto (22).

José Lois Estévez

(Traduzione di Damiano Gianandrea)

catholica

Inverno 2000-2001

N° 70

Direttore: Bernard Dumont

Violence, pouvoirs et médias
 Liturgie: le temps favorable
 Les Lumières et la manipulation mentale
 Eglise: 1965-69, le tournant décisif
Radical Orthodoxy, émergence d'un courant théologique
 L'islam, l'Egypte, le Soudan: un avertissement
 Les désarrois de l'esprit révolutionnaire

Contributi di: Florent Gaboriau, Jean Sarocchi, Eric Werner, Claude Barthe, Alexis Campo, Alberto Wagner de Reyna, R.R. Reno, Bernard Dumont, Marie Raynaud, François Vauthier, Xavier Martin, Uli Windisch, Thomas Molnar, P. Henri Boulad, s.j.

Amministrazione: B.P. 246 F – 91162 Longjumeau E-mail: catholica@free.fr