

LO STATO DI DIRITTO NEL XXI SECOLO*

SOMMARIO: 1. Definizioni ed evoluzioni. 2. Requisiti minimi dello Stato di diritto. 3. Solidità e fragilità del sistema. 4. Come limitare l'arbitrio del legislatore? 5. Limiti formali e limiti sostanziali. 6. Crisi dello Stato nazionale e garanzie dei diritti.

1. Definizioni ed evoluzioni.

L'espressione "Stato di diritto" viene usata in molteplici significati, sia per la varietà dei modelli e delle esperienze che si sono succeduti nell'evoluzione storica concreta delle forme di Stato e di governo, sia perché la stessa evoca valori rivendicati da questo o quel regime politico, o da opposte forze politiche, che talvolta si accusano vicendevolmente di allontanarsi dai suoi più autentici principi ispiratori. Persino teorici del fascismo italiano e del nazionalsocialismo tedesco hanno rivendicato, per i sistemi di governo da essi sostenuti, il titolo di "Stato di diritto"¹.

Per chiarire l'ambito concettuale entro cui ci muoviamo, è opportuno porre alcune definizioni e tracciare alcune distinzioni, nel solco della più accreditata dottrina costituzionalistica. Ciò per evitare, nei limiti del possibile, ambiguità e confusioni.

Stato di diritto è uno degli aspetti dello Stato liberale. Come è noto, il presupposto fondante del liberalismo è la considerazione primaria dell'individuo, della "persona", ai fini della costruzione dell'intero apparato dei pubblici poteri. La concezione liberale della società e dello Stato fa piazza pulita del tradizionale organicismo, che anteponeva all'individuo l'organismo-istituzione, in cui il primo si trova inserito, in base ad un ordine naturale non modificabile, che assegna a ciascuno un suo posto pre-stabilito.² I grandi totalitarismi del XX secolo hanno riutilizzato lo strumentario concettuale dell'organicismo, mescolandolo con elementi di volontarismo politico e giuridico, utili a rendere compatibili le vecchie dottrine con le esigenze di forme dittatoriali moderne, ben lontane dalle istituzioni dell'antichità o del medio evo.

Fuori dall'orizzonte dello Stato liberale non ha senso quindi parlare di Stato di diritto. Dentro quest'orizzonte deve tuttavia essere messa in rilievo una differenza concettuale, che è pure frutto di una evoluzione storica, segnata, in via generale e approssimativa, da due fasi.

La prima fase è quella dello "Stato legale", in cui la <<garanzia dell'autonomia dei singoli è data dalla natura dell'atto limitativo - cioè la legge avente a suo contenuto un comando generale - o dal fatto che il suo processo formativo sia regolato dal diritto in modo che ad esso partecipino gli organi rappresentativi della "volontà generale".>>³

La seconda fase è caratterizzata dal <<principio che gli atti della pubblica autorità devono essere sottoposti al sindacato del giudice, affinché sia assicurata la loro effettiva conformità agli imperativi di legge,>>⁴

Un'idea piena e completa di "Stato di diritto" risulta dalla integrazione delle due fasi, giacché sarebbe illusoria una tutela dell'individuo senza una legge generale votata dai rappresentanti del popolo, inteso come somma degli individui destinatari di diritti e obblighi, e senza che sia possibile verificare in una sede indipendente e imparziale la legalità degli atti e dei comportamenti dei detentori del potere. Da questa idea bisogna partire per ogni riflessione sulla natura, lo sviluppo e l'attualità dello "Stato di diritto". I tentativi, che

* Il presente scritto è destinato agli Studi in memoria di Enzo Silvestri.

¹ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 19.

² <<(…) mentre l'individualismo ha come obiettivo quello di "liberare" l'individuo dalle costrizioni che gli derivano dall'essere parte di una società organizzata secondo leggi obbiettive, scale gerarchiche intangibili ecc. - l'organicismo mira allo scopo opposto, il controllo delle energie individuali, considerate distruttive, secondo un piano obbiettivo>>: G. ZAGREBELSKY, *Società - Stato - Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1988, p. 52.

³ C. MORTATI, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, pp. 39 s.

⁴ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 40.

talvolta si ripropongono, di scorporare gli elementi insiti nelle due fasi suddette portano inevitabilmente a porre l'etichetta di "Stato di diritto" su teorie, ordinamenti o prassi di stampo più o meno autoritario e comunque estranei all'universo concettuale e assiologico del liberalismo.

2. Requisiti minimi dello Stato di diritto

Si riconosce comunemente che lo Stato di diritto è legato in modo indissolubile alla presenza di alcune forme istituzionali, senza le quali la sua astratta proclamazione rimarrebbe priva di effettività. Queste possono essere individuate nella separazione dei poteri, nel principio di legalità e nella contemporanea tutela di libertà ed eguaglianza. Solo la presenza di questi "pilastri" può rendere possibile la realizzazione di un "antico sogno", il governo delle leggi ritenuto, già nella *Politica* di Aristotele, migliore di quello degli uomini, in quanto capace di imporre regole al potere.⁵

È appena il caso di sottolineare che il modello di Stato di diritto risultante dalla presenza dei suddetti elementi non ha una conformazione fissa e invariabile, ma assume consistenza e struttura diverse, a seconda dei contesti storici, pur mantenendo, per conservare la sua identità, l'attitudine alla tutela concreta dei diritti fondamentali dei singoli. I fini materiali non rilevano – perché presupposti – nella configurazione istituzionale di questa forma di Stato. Non si può dubitare che l'intento originario dei teorici del liberalismo fosse quello di creare un sistema solido di garanzie per la libertà e la proprietà del borghese, ansioso di liberarsi dall'invadenza del potere assolutistico, illuminato o meno che fosse. Il cittadino aspirava a cercare da sé la via per la propria "felicità", come è bene espresso nella Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 luglio 1776, dove si rivendica il diritto inalienabile alla "ricerca della felicità", senza attendersi, né richiedere, che sia lo Stato a dispensarla, anzi rifiutando in modo netto ogni sollecitudine paternalistica dei governanti. Circa due decenni dopo, il filosofo che può essere considerato il massimo e insuperato teorico dello Stato liberale individualista in Europa, Immanuel Kant, affermava in modo deciso che la forma dello Stato conserva la libertà mediante la separazione dei poteri, senza perseguire, in quanto Stato, né il benessere né la felicità dei cittadini, i quali, singolarmente e occasionalmente, potrebbero, in ipotesi, concretamente stare meglio persino in uno Stato dispotico⁶.

Separazione dei poteri significa indipendenza e controllo reciproco tra gli stessi, in modo da porre al centro del sistema la legge, in quanto norma generale indifferente alle sorti degli esseri umani concreti, cui però assicura la possibilità di una tutela effettiva dei diritti previsti dalla legge stessa. Il principio di legalità, cioè la conformità dell'azione dei pubblici poteri alle norme giuridiche, è una conseguenza logica di questo assetto, in quanto a nulla varrebbe proclamare i diritti, se i soggetti titolari di potestà pubbliche potessero comportarsi secondo il loro arbitrio. Ulteriore conseguenza logica è l'indipendenza dei giudici, perché, se essi dipendessero dal potere esecutivo, i cittadini non si troverebbero di fronte ai garanti dei loro diritti, ma a meri agenti di chi, in ipotesi, li ha violati.

3. Solidità e fragilità del sistema

La formula di Montesquieu – nelle sue diverse attuazioni istituzionali – metteva al riparo dalla concentrazione del potere nelle stesse mani, ma non dava alcuna garanzia, per scelta esplicita dei fondatori dello Stato liberale, sui contenuti della legislazione. Aver sottratto il potere del principe al mero arbitrio della sua volontà era indubbiamente un grande risultato, cui da secoli tendevano anche i teorici della politica più disincantati, come Nicolò Machiavelli, che nella soggezione dello stesso monarca alle leggi vedeva lo strumento migliore per la sicurezza dello Stato e dello stesso principe⁷. Rimaneva tuttavia il grande

⁵ Per una recente, lucida sintesi in proposito, cfr. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 7 ss.

⁶ <<Sono dunque tre diversi poteri (*potestas legislativa, executiva, iudiciaria*) quelli mediante cui lo Stato (*civitas*) è autonomo, vale a dire forma e mantiene se stesso secondo le leggi della libertà. Nella loro riunione consiste la *salute* dello Stato (*salus reipublicae suprema lex est*); sotto il qual nome non si deve intendere il *benessere* dei cittadini e la loro *felicità*, perché può darsi (come sostiene anche *Rousseau*) che quest'ultima si verifichi meglio ed in modo molto più comodo nello stato di natura o anche sotto un governo dispotico, ma s'intende quello stato di cose in cui la costituzione si accorda il più possibile con i principi del diritto, e che è come lo scopo a cui la ragione stessa *per mezzo di un imperativo categorico* ci fa un dovere di tendere>>. I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), in *Lo Stato di diritto*, a cura di N. Merker, Editori Riuniti, Roma, 1973, pp. 137 s.

⁷ <<Perché in tutte le repubbliche, in qualunque modo ordinate, ai gradi del comandare non aggiungono mai quaranta o cinquanta cittadini; e perché questo è piccolo numero, è facil cosa assicurarsene, o con levargli via o con fare loro parte di tanti onori che secondo le condizioni loro e' si abbino in buona parte a contentare. Quelli altri ai quali basta vivere sicuri, si soddisfano facilmente facendo ordini e leggi dove insieme con la potenza sua si comprenda la sicurtà universale. E quando uno principe faccia questo, e che il popolo vegga

problema del fondamento e delle modalità della soggezione dello stesso Stato al diritto. Anche il più perfezionato sistema di separazione dei poteri o, nella versione dinamica del costituzionalismo nordamericano, di *checks and balances*, non mette al riparo dalla tirannia che potrebbe derivare da decisioni del legislatore contrarie ai diritti dei cittadini. Anzi, nella versione positivista della dottrina tedesca del XIX secolo, la stessa nascita e vigenza dei diritti è legata alla volontà del legislatore, che, incarnando la potestà sovrana non limitabile dello Stato, si “auto-limita” e, naturalmente, rimuove il limite a suo piacimento.

Era difficile sfuggire al dilemma della autoreferenzialità di un sistema di garanzie fondato, sul piano giuridico-formale, sul dominio della legge, i cui contenuti erano ritenuti non predeterminabili in alcun modo.

A ben vedere, la risposta al dilemma era già contenuta nell’art. 4 della Dichiarazione dei diritti francese del 1789: “La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così l’esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti: Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge.” In questa proposizione di principio il perno si rinviene nella considerazione dei diritti dell’uomo come “naturali”, nel solco delle analoghe Dichiarazioni dei diritti degli Stati americani indipendenti negli anni precedenti alla deliberazione della Costituzione federale. La “naturalità” era ovviamente riferita alla libertà e proprietà dei singoli, che valevano come presupposti dell’intera costruzione dello Stato liberale. In altri termini, il fondamento dello Stato di diritto - come sempre accade per ogni forma di Stato - sta fuori di esso.

Dalla struttura di questa norma fondamentale si evince che era escluso ogni intervento dello Stato sulla società, che non avesse un carattere di garanzia-repressione⁸. Il ripudio del paternalismo statale, chiaramente espresso nella formula kantiana prima ricordata, si legava in modo necessario alla permanenza di uno *status quo* sociale legato all’autosufficienza dell’individuo.

I presupposti dello Stato di diritto nato dalle rivoluzioni americana e francese della fine del XVIII secolo cominciarono a dimostrarsi insufficienti a coprire le esigenze di tutela dell’*homme situé* del XX secolo, con la sua complessa rete di interdipendenze sociali e con la conseguente esigenza di essere protetto anche contro forze e gruppi particolari.⁹ Il sistema vacillava perché vacillava il suo fondamento esterno, quel nucleo di valori dato per scontato dalla teoria liberale classica. Lo Stato di diritto mostrava tutta la sua fragilità e all’inizio del XX secolo si trovò stretto nella morsa delle masse popolari escluse dalle condizioni dei borghesi proprietari, per i quali lo Stato di diritto era sorto, e di questi ultimi, che non intendevano certo che gli strumenti creati per difendere i propri interessi si potessero volgere contro loro stessi.

La storia successiva della prima metà del XX secolo segnò quella che può essere definita la catastrofe della democrazia e dello Stato di diritto. Quest’ultimo veniva apertamente ripudiato dalle teorie sovietiche, che ponevano gli interessi della classe rivoluzionaria al di sopra del rispetto delle regole formali, e dalle teorie fasciste, che negavano l’idoneità del diritto a limitare la forza della decisione politica. I tragici sviluppi delle dittature del secolo scorso - pur negli orrori della guerra e delle repressioni poliziesche - hanno dimostrato tuttavia che la fragilità contingente dello Stato di diritto doveva dimostrarsi, nel lungo periodo, la causa principale della sua solidità storica. Le conseguenze nefaste della sua distruzione misero in luce la validità epocale dei suoi principi, ben al di là delle condizioni storico-sociali che lo avevano originato. Lungo il cinquantennio successivo alla fine della seconda guerra mondiale crollarono sia i regimi che le teorie che avevano preteso di cancellare, in modo baldanzoso, le regole dello Stato di diritto, in nome di opposti sostanzialismi, insofferenti di regole e limitazioni. Ritornò in primo piano il nucleo essenziale dello Stato di diritto, che lo aveva reso indispensabile agli occhi dei borghesi del secolo precedente, ma che si rivelava altrettanto indispensabile per tutti gli uomini che volessero allontanare definitivamente lo spettro dei totalitarismi, che avevano soppresso la libertà, senza dare in cambio alcuna felicità.

4. Come limitare l’arbitrio del legislatore?

Ben presto si pose all’attenzione di politici, filosofi e giuristi il punto debole di tutta la costruzione dello Stato di diritto: il dominio della legge, potente argine all’arbitrio del principe negli anni del “trionfo della borghesia”¹⁰ - a causa della libertà assoluta del potere legislativo nella determinazione dei contenuti - costituiva, per

che per accidente nessuno ei non rompa tali leggi, comincerà in breve tempo a vivere sicuro e contento.>>: N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, L. I, XVI, in *Opere scelte*, a cura di G.F. Berardi, Editori Riuniti, Roma, 1969, pp. 193 s.

⁸ M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 714.

⁹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale* (1991-1992), ed. it. a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Giuffrè, Milano, 2006, p. 158.

¹⁰ Si riprende la nota espressione di E. J. HOBSBAW, *Il trionfo della borghesia (1848-1875)* (1976), ed. it. Laterza, Roma-Bari, 2003.

effetto del progressivo allargamento del suffragio, un pericolo per gli assetti dati della società, per la cui conservazione tutto il sistema era sorto, mentre, al contrario, si rivelava inidoneo a soddisfare le esigenze di tutela di interessi sociali sino ad allora esclusi dal quadro politico-istituzionale del liberalismo classico. Come abbiamo accennato prima, il XX secolo diede risposte di segno opposto, ma accomunate dal rifiuto delle regole dello Stato di diritto, considerato sprezzantemente “borghese” sia dalle dottrine comuniste che da quelle fasciste. Alle vecchie regole universalistiche, ancorché formali, dello Stato di diritto, oggetto di una gigantesca disaffezione di massa in tutta l'Europa, si sostituirono i *soviet*, le corporazioni e i partiti unici; alle faticose e lente deliberazioni parlamentari furono sostituite le decisioni del Duce, del *Führer*, del *Caudillo* e di altri ispirati interpreti della vera volontà dei popoli.

Le dittature fasciste e comuniste realizzarono, con mezzi brutali e con opposte finalità, l'inserimento delle masse nella vita politica e segnarono il tramonto definitivo dello Stato elitario: nell'esaltazione collettiva, i cittadini si sentivano più partecipi dei destini dello Stato di quanto lo fossero prima e si lasciavano guidare da demagoghi, nell'illusione di una superiore unità spirituale tra potere e popolo.

Quando la tragedia arrivò a compiersi per intero e le dittature anti-liberali crollarono, in tempi diversi, in Italia, in Germania, in Spagna, in Russia ed in tanti altri Paesi, lasciarono dietro di loro tante rovine, ma anche, tutti interi, i problemi che ne avevano facilitato la nascita e lo sviluppo.

Occorreva innanzitutto premunirsi contro le stesse maggioranze politiche, che, pur democraticamente elette, potessero, con leggi votate dal parlamento, distruggere i diritti fondamentali dei cittadini e sconvolgere l'assetto della separazione dei poteri. Lo avevano ben previsto i Padri Fondatori americani, che temevano moltissimo la “dittatura della maggioranza”, consapevoli che una società, come quella americana rivoluzionaria, non più legata a divisioni cetuali e corporative, potesse esprimere dal suo seno una rappresentanza politica potenzialmente totalitaria. Il lungimirante sistema di *checks and balances* introdotto nella Costituzione degli Stati Uniti trovò, pochi anni dopo il varo della Carta, nel controllo di costituzionalità delle leggi effettuato dalla Corte suprema, il suo naturale complemento. Tutto il complesso sistema di equilibrio, tra poteri e tra Stato federale e Stati membri, aveva il suo naturale controllore, una Corte, che a causa della nomina vitalizia dei suoi componenti, disponeva di una forte indipendenza non intaccabile dai singoli Presidenti – titolari del potere di nomina dei giudici – per la brevità del mandato di questi ultimi, che avrebbero quindi dovuto confrontarsi con una Corte composta in maggioranza da giudici nominati dai loro predecessori.

Il modello americano stentò a riprodursi in Europa, per la maggiore resistenza dell'idea, di derivazione francese, della supremazia assoluta della legge, espressione della volontà generale. Nel contesto culturale della dottrina giuridica tedesca, il principio della supremazia della legge – temperato peraltro da una forte potestà regolamentare del potere esecutivo – si fondeva con il dogma della sovranità dello Stato-persona, che non poteva conciliarsi con il presupposto, autenticamente liberale, che i diritti fondamentali fossero il presupposto del potere statale e non il prodotto della sua libera volontà legislativa.

Lo spettro del “governo dei giudici”¹¹ turbava i sonni dei politici, gelosi di un potere parlamentare, che aveva stentato ad affermarsi di fronte ai monarchi e che si voleva pieno, unitario e non limitabile dall'esterno, proprio come quello degli antichi sovrani assoluti. L'introduzione di un controllo di costituzionalità delle leggi, proposto da Hans Kelsen ed attuato in Austria negli anni '20 appariva, anche in area culturale tedesca, come il prodromo di quel predominio del potere giudiziario che appariva il peggiore dei mali. Non mancò chi, con grande acutezza teorica, mise in luce che la giurisdizionalizzazione dello Stato era l'inevitabile esito degli stessi principi insiti nello Stato di diritto, che, anche per questo motivo, doveva essere respinto.¹² L'esito infelice della Costituzione di Weimar dimostrò inoltre che il pericolo per il sistema democratico poteva provenire dall'interno stesso del meccanismo di produzione della decisione politica, se nel sistema stesso l'equilibrio tra i poteri non avesse avuto un garante in grado di mantenerlo integro anche contro un blocco legislativo-esecutivo, quale quello – formatosi nella realtà – tra maggioranza parlamentare, Cancelliere e Presidente del *Reich*. La Costituzione di Weimar mise in luce il lato debole dello Stato di diritto democratico,

¹¹ Di cui è testimonianza la lettura dell'esperienza americana fatta dal giurista francese E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (1921), ed. it. a cura di R. D'Orazio, Giuffrè, Milano, 1996.

¹² Sono molte chiare, in proposito, le parole di C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), ed. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, p. 181: <<L'ideale perfetto dello Stato borghese di diritto culmina in una generale forma giurisdizionale di tutta la vita statale. Per ogni specie di divergenze e controversie, sia fra le supreme autorità dello Stato sia fra le autorità e singoli sia in uno Stato federale fra federazione e Stati membri sia fra Stati membri, ecc., dovrebbe esserci secondo questo ideale di Stato di diritto, senza riguardo alla specie del conflitto e all'oggetto della controversia, un procedimento, in cui si decida secondo la forma del procedimento giurisdizionale.>>

la cui Costituzione fosse affidata a garanzie esclusivamente politiche. Lo Stato di diritto aveva al suo interno un potenziale autodistruttivo, che poteva essere messo in opera dalla convergenza autoritaria della maggioranza parlamentare e dei massimi detentori del potere esecutivo. Qualcosa del genere era accaduto in Italia, dove l'avvento del regime fascista era stato propiziato dalla nomina regia del Presidente del Consiglio dei ministri e dalla maggioranza parlamentare che aveva concesso la fiducia al Governo, due atti costituzionali, in sé legittimi, che avevano aperto un processo inarrestabile di distruzione delle libertà.

Le Costituzioni europee del secondo dopoguerra fecero tesoro delle esperienze negative dello Stato liberale pre-fascista e si preoccuparono di porre argini alla stessa maggioranza parlamentare, attuando, dopo un secolo e mezzo, il lungimirante disegno dei Padri Fondatori americani. La garanzia giurisdizionale della Costituzione rigida apparve il complemento necessario di uno Stato di diritto non più protetto, in modo "naturale", dall'assetto elitario del regime liberale classico, ma esposto, viceversa, ai venti della demagogia, di destra o di sinistra, che poteva, ancora una volta, prendere il sopravvento. Venne accolto il nucleo essenziale della lezione kelseniana sulla democrazia costituzionale, che «non si identifica con la sovranità popolare e con il principio di maggioranza, ma trova il suo compimento nei limiti di tale potere e nel "compromesso" tra maggioranza e minoranza.»¹³ In questa prospettiva, tutela dei diritti fondamentali, statuto costituzionale delle minoranze e garanzia giurisdizionale della Costituzione formano un tutt'uno. Lo Stato di diritto si "arma", facendo ricorso, in favore di se stesso, allo strumento più antico di garanzia del diritto, il controllo di un giudice. La scelta dei Costituenti del secondo dopoguerra fu seguita dai popoli che si liberarono dalle dittature in tempi successivi. Corti costituzionali sono state istituite in Spagna, in Portogallo, in Russia ed in tutti i Paesi dell'Est europeo. Il mito dell'unità del potere sovrano, che si esprime nella decisione politica illimitabile e incontrollabile è caduto per sempre e la stragrande maggioranza delle Costituzioni contemporanee non accoglie più né l'idea autoritaria, di derivazione tedesca, dell'auto-limitazione del potere sovrano dello Stato, né l'assioma giacobino francese della necessaria corrispondenza tra deliberazione parlamentare e volontà generale, abbandonato peraltro, proprio nella Patria di elezione di Rousseau, da una famosa ed esemplare decisione del *Conseil constitutionnel*.¹⁴

5. Limiti formali e limiti sostanziali

Le Costituzioni europee del secondo dopoguerra, proprio per evitare che si riproducesse la disaffezione per le procedure democratiche e garantiste dello Stato liberale, inserirono contemporaneamente nel sistema il controllo di costituzionalità e la tutela dei diritti fondamentali: civili, politici e sociali. È noto – e ormai datato – il dibattito che si accese nella dottrina giuridica sulla "giuridicità" delle nuove Costituzioni e sulla loro compatibilità con il modello tradizionale dello Stato di diritto. Sia gli interventi delle Corti in difesa dei principi costituzionali sostanziali, sia le correzioni degli squilibri, provocati da atti o comportamenti, nei meccanismi di *checks and balances* si presentavano, ad una dottrina ancora legata all'idea dell'applicazione puntuale della norma generale e astratta nel caso concreto, come un allontanamento dal disegno autentico dello Stato di diritto. In particolar modo, lo "Stato sociale", con la sua necessità di prevedere tutele normative non indirizzate a tutti i soggetti potenzialmente destinatari delle norme giuridiche e con la concreta considerazione di categorie, gruppi, specifiche situazioni, sembrava reintrodurre ciò che la Rivoluzione francese aveva voluto bandire dall'orizzonte dei moderni ordinamenti giuridici: la frammentazione giuridica, quale specchio della frammentazione sociale. Si profilava, in altri termini la caduta della rigida separazione tra Stato e società civile, ritenuta – a torto, come vedremo – presupposto indispensabile dello Stato di diritto. La concretezza dei rapporti civili, economici e sociali non svanisce più nel cielo terso dell'astrazione giuridica, ma crea, modella e trasforma continuamente regole e discipline particolari. Il compromesso parlamentare, auspicato da Kelsen per la salute della democrazia, si raggiunge su questioni specifiche, su pretese di tutela riguardanti categorie di cittadini unite da interessi di gruppo, di cui i diversi settori della rappresentanza politica si fanno portavoce.

Lo Stato sociale va alla ricerca della sua peculiare dimensione giuridica battendo altre vie, diverse da quelle dei fondatori dello Stato liberale. In quest'ultimo la garanzia del cittadino era affidata principalmente alla natura generale e astratta delle leggi ed all'universalità dell'attribuzione della qualifica di soggetto giuridico, nel primo invece il peso delle garanzie ricade prevalentemente sulla verifica, nelle singole

¹³ G. BONGIOVANNI, *Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 335.

¹⁴ «<(...) la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution.>> : Decision 85 – 197 DC, Rec. 70

fattispecie normative, del rispetto del principio di eguaglianza, in una lettura resa duttile e adattabile alla complessità sociale dalla sua integrazione con il principio di ragionevolezza.

La nuova veste assunta dalle garanzie giuridiche non implica però - come troppo frettolosamente è stato annunciato da teorici di corto respiro - l'abbandono dei presupposti classici dello Stato di diritto. Lo aveva bene inteso chi aveva sottolineato che Stato di diritto e Stato sociale dovessero mantenersi in una situazione di "tensione fruttuosa", per evitare il ritorno alla natura classista del vecchio modello, ma anche l'incontrollato prevalere di interventi amministrativi particolari, non sorretti dalla previsione legislativa.¹⁵ Il mutamento dei termini tradizionali del rapporto tra previsione normativa ed attuazione pratica (amministrativa o giudiziaria) non giustifica l'abbandono del caposaldo originario fondato sulla distinzione tra (previo) disporre e (successivo) provvedere, sullo *hiatus* tra norma e azione, implicito nel combinato disposto degli artt. 3 e 97 della Costituzione italiana.¹⁶

Lo Stato di diritto evolve in Stato sociale di diritto, con un ammodernamento delle categorie tradizionali, che non significa che le stesse debbano essere abbandonate in favore di una discrezionalità-arbitrio dei governanti, degli amministratori e dei giudici. Le finalità di eguaglianza e libertà devono fondersi e gli stessi interventi sociali dei pubblici poteri devono iscriversi in programmi di azione rispettosi del ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, non frutto dell'occasionalità della decisione politica, centrale o locale, ma della ponderazione preventiva, generale in quanto pre-disposta, delle diverse, e talora contrastanti, esigenze di tutela, tutte costituzionalmente protette. Al di là dei fatti di rilevanza penale, fenomeni degenerativi come il clientelismo, il favoritismo, l'elettoralismo, e simili, dipendono in buona parte dall'allentamento del vincolo tra previsione normativa ed attuazione concreta, che può arrivare sino al capovolgimento dei due termini, nel senso che da situazioni consolidate di arbitraria distribuzione di benefici pubblici si trae spunto per successive "razionalizzazioni" legislative, che si pongono pertanto in funzione di giustificazione *a posteriori* di decisioni prive di base normativa. La formula di Montesquieu mantiene la sua essenziale validità giacché non rientra nelle finalità di giustizia sociale proprie della democrazia pluralista contemporanea l'arbitrio dei detentori del potere. Il nucleo invariante dello Stato di diritto impone che i destinatari dei benefici siano individuati in base all'appartenenza ad una categoria di soggetti preventivamente identificata da una norma generale, che fissi, in modo parimenti generale, le modalità di erogazione delle risorse destinate alla soddisfazione degli interessi sottesi ai diritti costituzionalmente protetti. Lo Stato di diritto sopravvive e si riproduce all'interno dello Stato sociale sotto forma di sintesi di eguaglianza dei cittadini e imparzialità della pubblica amministrazione.

La *ratio* universale sottostante alla permanenza dei principi dello Stato di diritto (o, nella versione anglosassone, della *rule of law*) nelle nuove situazioni storiche delle democrazie pluraliste è sempre quella di giustificare la coercizione, in modo che questa risulti accettabile anche in un sistema in cui si confrontano pretese di singoli o di gruppi molteplici e contrastanti.¹⁷ Il pluralismo infatti innesca una continua competitività tra gruppi di interesse, che in mancanza di valide regole giuridiche, tendono a delegittimarsi vicendevolmente. La paventata "tirannia dei valori" tende a convertirsi in tirannia degli interessi particolari, che cercano nella politica gli appoggi opportuni per aumentare i propri vantaggi, anche a scapito di altri, ugualmente meritevoli di tutela. Il famoso bilanciamento dei valori e dei principi nella prassi si presenta quasi sempre come bilanciamento tra interessi immediati, che reclamano protezioni, agevolazioni e risorse. Se il mercato tende a liberarsi di "lacci e laccioli", i suoi attori non cessano di chiedere interventi pubblici di favore, mentre la tutela della concorrenza, assurta dal 2001, dopo la riforma del Titolo V della Parte II, a principio generale della Costituzione italiana (art. 117, secondo comma, lett. e), soffre limiti e deformazioni frequenti. In questa situazione, il bisogno di diritto non è diminuito, ma addirittura aumentato, giacché non si tratta di regolare dall'esterno rapporti tra privati e tutelare la loro autonomia, ma il legislatore è costretto a prendere posizione a favore di alcuni contro altri o a mediare qualità e quantità delle erogazioni nei singoli casi.

¹⁵ <<Se si trasformasse lo stato di diritto in roccaforte dei *beati possidentes* esso verrebbe meno al suo compito sociale e si esporrebbe così a pericoli. Uno stato sociale radicalizzato si trasforma necessariamente in uno stato amministrativo, che non può essere stato di diritto>>: E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione* (1964), ed. it. a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973, p. 66.

¹⁶ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pp. 135 ss.

¹⁷ <<Essa [la *rule of law*] è compatibile con un ampio numero di pretese tra loro in competizione che cercano di stabilire con precisione quali diritti e responsabilità, al di là dei paradigmi del momento, derivano da corrette decisioni politiche precedenti che, di conseguenza, permettono o richiedono un'applicazione di tipo coercitivo>>: R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), ed. it., il Saggiatore, Milano, 1989, p. 92.

La mancanza di una stabile base normativa rende la distribuzione delle risorse pubbliche inevitabilmente arbitraria. Anche sotto questo profilo, riemerge una delle basi razionali del vecchio Stato di diritto: la stabilizzazione nella legge delle scelte politiche, che, staccatosi l'atto legislativo dai suoi autori contingenti, si oggettivizzano progressivamente, anche per l'opera continua dell'interpretazione giudiziaria e delle diverse prassi applicative.

La stessa crisi dello Stato sociale rende più acuta la necessità della regolazione giuridica dei mercati e della tutela pubblica dei diritti fondamentali. Se poniamo mente allo strumento principale che consente ai pubblici poteri di acquisire le risorse per soddisfare le domande di tutela degli individui e dei gruppi sociali, nel rispetto del pluralismo costituzionale, dobbiamo mettere in primo piano la correlazione necessaria tra principio di eguaglianza e garanzia della giusta tassazione¹⁸. Ricollegando questa constatazione all'osservazione precedente, che cioè l'applicazione del principio di eguaglianza è la forma contemporanea dei canoni universalistici dello Stato di diritto, ci rendiamo conto come quest'ultimo sia ancora vivo e vitale al giorno d'oggi, anche se frettolosi teorici e interessati pratici ne decretano periodicamente la scomparsa.

6. *Crisi dello Stato nazionale e garanzie dei diritti*

Lo Stato di diritto nasce storicamente come Stato nazionale, anche se le esigenze di tutela che lo hanno animato erano già avvertite in epoche precedenti. Sarebbe tuttavia affrettato ritenere che la crisi dello Stato nazionale come ambito territoriale chiuso, caratterizzato da una cultura e da una lingua dominanti, porti con sé anche la crisi dello Stato di diritto. Anche a questo proposito si deve ripetere l'avvertimento a non confondere le forme storiche date in cui si realizza un'esigenza universale di tutela con quei principi di garanzia delle libertà e dei diritti, che, una volta emersi e consolidati nell'epoca moderna, sono entrati definitivamente a far parte del patrimonio ideale dell'umanità. Si moltiplicano le Carte e le Dichiarazioni dei diritti fondamentali della persona umana, si accrescono le possibilità e gli strumenti di tutela dei diritti stessi di fronte ad autorità giudiziarie indipendenti, si incrociano sistemi giuridici nazionali, sopranazionali e internazionali, con difficoltà di coordinamento, ma anche con maggiori *chance* di effettività per i diritti. Le Corti europee ed internazionali non si sostituiscono, ma si aggiungono, affinandole e implementandole, alle tutele giudiziarie offerte dai singoli ordinamenti nazionali.

La crisi e il lento, ma inesorabile superamento della dimensione nazionale del diritto, cui tuttavia si accompagna una grande fioritura di istanze di tutela dei diritti, induce a ritenere che anche per la crisi dello Stato nazionale si possa riprodurre il ragionamento che ha portato alla conclusione che i principi dello Stato di diritto non sono morti con la crisi dello Stato liberale classico. La forma storica degli Stati elitari del XIX secolo non esiste più, ma è sempre viva la sua interna forza animatrice, giacché «<l'essenza migliore del liberalismo è sempre consistita in una spinta dinamica non in una definizione statica.>>¹⁹ Questa spinta dinamica è ancora operante all'inizio del XXI secolo, se per liberalismo dobbiamo intendere la tutela dei diritti degli individui e dei gruppi sociali, la limitazione dell'autorità dei governanti, mediante la separazione e il controllo reciproco dei poteri pubblici, la garanzia delle minoranze, il principio di legalità nella pubblica amministrazione, l'autonomia delle comunità territoriali. Queste grandi acquisizioni dello Stato liberale di diritto possono entrare in conflitto (e storicamente ciò è avvenuto) con l'exasperazione dell'identità nazionale, che può condurre ad una «<chiusura nazionalistica, xenofoba e intollerante, l'esatto contrario dell'identità repubblicana delineata dalla Costituzione.>>²⁰ Il superamento dei confini nazionali ed il rafforzamento delle giurisdizioni europee (Corte di giustizia dell'UE e Corte europea dei diritti dell'uomo) allarga, invece di restringere, gli spazi di espansione dei principi dello Stato di diritto, anche se rimane da risolvere, oltre i confini stessi dell'Europa, il formidabile problema della ricomposizione in sistema di fonti di produzione del diritto collocate in ordinamenti diversi, poste su livelli differenti, non sempre collegabili ad autorità pubbliche e neppure identificabili con certezza.

Si è creato ormai un «<mondo ultrastatale>>, in cui si rileva «<un aumento del numero di produttori del diritto>>, che determina «<la perdita di completezza, di sistematicità e di unitarietà degli ordinamenti giuridici, a favore dell'informalità e dello sviluppo di zone grigie.>>²¹ In questa nuova situazione il bisogno di regole, e di regole effettive, cresce invece di diminuire. Credere fideisticamente che dalla complessità dei rapporti economici, finanziari possa nascere spontaneamente un sistema giuridico in grado di offrire

¹⁸ F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 97 ss.

¹⁹ F. DIAZ, *L'utopia liberale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 59 s.

²⁰ G. M. FLICK, *La globalizzazione dei diritti. Il contributo dell'Europa dal mercato ai valori*, Piemme, Casale Monferrato, 2004, p. 47.

²¹ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 49.

strumenti affidabili di governo dei rischi e di protezione dei diritti (delle popolazioni residenti, dei consumatori, etc.) significherebbe ignorare la grande lezione storica dello Stato di diritto. Occorrono autorità, ancorché non statali, in grado di emanare e far osservare norme di condotta obiettive e cogenti, memori dell'antico, pessimistico insegnamento di Montesquieu che chi ha il potere è portato ad abusarne, se non trova limiti in altri poteri. Ciò che era valido per le autorità nazionali del passato è valido anche per i poteri privati che agiscono, quasi in uno spazio di anomia, nei mercati globali. L'autoregolazione delle grandi *transnational corporations* non ispira più fiducia dell'autolimitazione dei monarchi europei dell'Ottocento. Un ordine giuridico mondiale è oggi la nuova utopia, che ricorda quella della pace perpetua di Kant²², irrealizzabile, ma necessaria e dotata di una immensa spinta dinamica. Lo Stato di diritto, argine al potere assoluto della politica nazionale, proietta i suoi principi – il governo della legge e non degli uomini – nella spazio globale e fornisce i principi per costruire argini ai poteri privati che operano al di là e al di fuori di ogni regolamentazione eteronoma. Se la rete di protezione che lo Stato di diritto ha creato intorno ai diritti della persona rischia di essere lacerata, un primo passo importante è senza dubbio una presa di coscienza del problema da parte del legislatore europeo e di quelli nazionali, che possono introdurre, nei propri ordini locali, rimedi alle minacce dei diritti provenienti dai poteri privati, che si avvalgono pure dei mezzi potenti della comunicazione telematica²³.

È vero tuttavia che il principio della sottoposizione del potere al diritto non può essere realizzato, nel mondo globalizzato di oggi, solo dalla legge intesa come atto formale approvato da un organo rappresentativo. Non è possibile per l'assenza di un'autorità legislativa mondiale e per la rapidità di trasformazione dell'economia globale, che mal si concilia con la rigidità della legge scritta. La forma regolativa in questa sfera ultrastatale e ultranazionale tende sempre più ad essere il contratto: la società civile esprime dal suo seno regole e discipline, in coerenza con la concretezza degli interessi da tutelare.²⁴ L'effettività normativa dei contratti, nella spazio globale di oggi, come in quello nazionale di ieri, è garantita dai giudici, che, come aveva intuito Hegel, sono organi della società civile, più che dello Stato²⁵. Per questo motivo, i giudici sono attori non secondari del processo di "destatizzazione del diritto" e si pongono come <<costruttori del sistema globale degli ordini giuridici>>²⁶

Può dirsi altrettanto però delle tutele dei soggetti deboli, dei diritti sociali, delle libertà della persona, che dai quei contratti sono incise non necessariamente in senso espansivo? Sembra profilarsi nell'epoca contemporanea un divario drammatico tra una sfera giuridica dei soggetti dotati di potere (soprattutto economico) ed una sfera giuridica dei soggetti privi di potere, che hanno difficoltà ad affidarsi alla tutela contrattuale, senza il vincolo di norme costituzionali e legislative imposte con autorità a coloro che, in posizione paritaria, disciplinano in modo autonomo i propri rapporti. Da quelle discipline infatti nascono inevitabili ricadute sull'occupazione, la salute, la dignità del lavoro, etc., in breve sull'insieme dei diritti fondamentali.

Non sembra aderente alla realtà l'idea che lo Stato, nell'era della globalizzazione, possa corrispondere alla definizione che Lassalle diede dello Stato liberale, "guardiano notturno", vale a dire che il superamento dei confini nazionali ai fini della regolazione del mercato abbia ridotto le funzioni pubbliche a mera garanzia delle condizioni esterne e di sicurezza della società civile. Al contrario, gli Stati spesso devono farsi carico delle conseguenze sociali delle crisi e tempeste che si scatenano, al di fuori di ogni controllo, nei mercati globali.²⁷

²² G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Adelphi, Milano, 2008, p. 94: <<Per non assegnare alla capra il compito di giardiniere, giuristi e politici sono (...) chiamati a studiare nuove regole, se possibile nella forma di convenzioni internazionali, approvate e applicate da tutti gli Stati. L'obiettivo può suonare vagamente utopico, e in effetti, se dai tempi di Kant a oggi non ha avuto applicazione, è probabile che in parte lo sia.>>

²³ M. FORTINO, *Il soggetto privato di fronte alle "nuove" tecnologie: alcuni profili problematici*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, pp. 102 ss.

²⁴ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), ora in *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006: <<Noi non dobbiamo né possiamo misurare la giuridicità avendo in mano il solo metro fornito dallo Stato; dobbiamo, al contrario, rendere feconde ed effettive quelle intuizioni della scienza giuridica novecentesca che hanno teso a svincolare il diritto dall'apparato di potere statale e lo hanno collegato all'interesse della società civile.>>

²⁵ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 236.

²⁶ S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, pp. 93 ss.

²⁷ A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 296: <<A causa della loro origine incontrollata, i conflitti sociali innescati dalla globalizzazione si scaricano sul piano nazionale/locale con una dimensione e una violenza inusitate, tanto da richiedere ai singoli Stati una propensione a intervenire nelle dinamiche sociali interne con la forza necessaria ad assicurare una coesione sociale continuamente messa in pericolo e un ordine pubblico costantemente perturbato. In breve, anche al livello statale lo scenario che la globalizzazione prospetta rivela fisionomie molto diverse, se non proprio opposte, rispetto a quelle proprie dello "Stato guardiano notturno".>>

Così come l'avvento dello Stato sociale non aveva cancellato i principi dello Stato di diritto incorporati nelle istituzioni del vecchio Stato liberale andato in crisi, allo stesso modo il progressivo indebolimento degli Stati nazionali, nel cui ambito si sono sviluppate le più significative esperienze di *Welfare*, non può e non deve comportare l'abbandono dei principi di solidarietà sociali iscritti nella gran parte delle Costituzioni moderne. Le garanzie nate con lo Stato di diritto classico si sono allargate e stratificate, di modo che nella formazione, faticosa e frastagliata, di un nuovo ordine giuridico mondiale esse fanno parte del patrimonio giuridico dell'umanità, che nessuna retorica efficientistica potrà mettere da parte. Dentro le "istituzioni della globalizzazione"²⁸ rinveniamo i segni dello Stato sociale e dentro le istituzioni di quest'ultimo rinveniamo quelli dello Stato di diritto. Le necessarie innovazioni non devono rompere il filo di continuità delle garanzie, formali e sostanziali, dei diritti della persona.

L'ultima grande crisi mondiale, prima finanziaria e poi economica, non ancora conclusa, dimostra la validità di questa osservazione: abbiamo visto i Governi dei singoli Stati correre in soccorso di banche e imprese, ricorrendo a cospicui stanziamenti di risorse pubbliche nazionali, allo scopo di tutelare lavoratori e consumatori, con ciò smentendo l'ideologia della globalizzazione come ordine totalmente spontaneo, che spontaneamente mantiene gli equilibri. Si tratta di una vera e propria riedizione contemporanea della vecchia illusione – bersaglio dell'amaro sarcasmo di Giacomo Leopardi - sulle "magnifiche sorti e progressive", che un "secol superbo e sciocco", l'Ottocento, aveva coltivato. Il secolo XX ha visto la follia dei totalitarismi e la tragedia di due guerre mondiali. Sarà più saggio il secolo XXI?

²⁸ Riprendo l'espressione di M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000.