

*Rule of law e ideologie**

Roberto Bin

1. *Che fine ha fatto la «parola di lotta»?*

Nella storia dello Stato di diritto il punto centrale è sempre stato porre limiti al potere. Ma non sempre risulta chiaro di quale potere si tratti. Quella che abbiamo ereditato è una stilizzazione dello Stato di diritto pesantemente influenzata dal pensiero liberale e dall'ideologia anti-statalista che lo pervade. Di ideologia però si tratta, di una deformazione dei significati autentici e originari dell'espressione.

La versione corrente del *Rechtsstaat* guarda quasi sempre alla teoria dello Stato di diritto in senso formale, quella elaborata in particolare da Stahl e dalla dottrina giuspubblicistica tedesca della seconda metà dell'800. Ma – come altrove ho cercato di mettere in evidenza¹ - questa rilettura ha cancellato le origini autentiche della teoria del *Rechtsstaat* e la funzione polemica che essa ha assolto ai suoi esordi. La lettura formale ha appiattito il sistema dello Stato di diritto imbalsamando la «parola di lotta»² in un insieme di regole che riguardano, non tutto il diritto, ma solo il rapporto tra la legge e il potere esecutivo e la giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione³. Era quello che bastava a soddisfare l'obiettivo liberale della limitazione del potere pubblico attraverso l'imposizione del vincolo alla legge e la garanzia della tutela giurisdizionale nei confronti di ogni aggressione della sfera privata.

Così ridotta, la prospettiva dello Stato di diritto ha perso buona parte del suo significato di fronte ai principi e le regole ben più articolati che le costituzioni rigide contemporanee hanno introdotto allo scopo di assicurare il controllo sull'amministrazione pubblica e la piena tutela di diritti e interessi legittimi. E ancor meno feconda appare se collocata nel panorama di un mondo segnato dalla globalizzazione, in cui i caratteri assolutistici dello Stato nazionale sembrano essersi dissolti assieme alla sua sovranità. Ma, come spesso accade con le grandi idee, non è il senso autentico dello Stato di diritto ad aver perso pregnanza, ma la calcificazione che ha subito nella storia e nell'ideologia che si è imposta.

Prima che il liberalismo economico volgesse la teoria dello Stato di diritto contro lo Stato, i teorici del *Rechtsstaat* avevano esaltato la funzione dello Stato e del suo diritto come garanzia di eguaglianza degli individui e protezione dei diritti e della proprietà dal potere economico e cetuale esercitato da altri individui⁴. Lo Stato di diritto veniva invocato come baluardo della sicurezza dei cittadini, perché non lo Stato, ma la società, il popolo, la prepotenza dei privati costituivano la minaccia per gli individui.

Da questo punto di vista ha perfettamente ragione Carl Schmitt⁵ nel riconoscere in Hobbes il precursore dello Stato di diritto, tutto all'opposto di quanto ritiene il pensiero

* Questo scritto rielabora un precedente saggio, dal titolo *Las relaciones entre poderes en el Estado de Derecho del siglo XXI*, in corso di stampa in *Fundamentos* 2013. Diversi cambiamenti sono stati apportati rispetto a quel testo, specie nel primo e nell'ultimo paragrafo.

¹ In *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali IV*, Milano, 1149 ss., 1161.

² Così lo definiva M. RUINI, *La distinzione tra società e Stato e la teoria dello Stato di diritto*, Roma s.d. (1905?), 10 e 45.

³ Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre I*, Stuttgart 1869², 297 s.

⁴ Cfr. E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, 21-26 (ora tradotto da A. Mangia, Milano 2011).

⁵ Cfr. C. SCHMITT, *Die vollendete Reformation* (in *Der Staat*, 1965, 51 ss.), tr. it. di C. Galli in *Sul Leviatano*, Bologna 2011, 147.

dominante che ne fa il teorico dell'assolutismo per antonomasia. Infatti si dimentica così come la tutela della sicurezza dei cittadini e della loro eguaglianza di fronte alla legge fossero centrali nel pensiero di Hobbes e costituissero l'unica ragione che giustificava la concentrazione nel sovrano del potere e dell'uso della forza⁶. Quello era il primo obiettivo del contratto sociale immaginato da Hobbes: il problema di come lo Stato debba esercitare il potere viene dopo, sorge solo una volta che l'autorità pubblica abbia conseguito il risultato promesso di porre sotto controllo l'esercizio del potere privato. Ben si spiega perciò perché la cultura giuridica dell'illuminismo dell'Europa continentale abbia posto come prima tappa del suo programma riformatore la codificazione penale e civile – ossia la riscrittura delle regole che proteggono la vita e i beni degli individui contro le aggressioni e le prepotenze di altri individui, di chi esercita il *potere privato* – e solo dopo la codificazione costituzionale, come regola che delimita il *potere pubblico*⁷. Com'è stato ben spiegato, la legge – la legge dello Stato – riveste un significato centrale per la teoria dello Stato di diritto, perché è «il tramite indispensabile della libertà» e costituisce per l'individuo «l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio»⁸. Di ciò si trova conferma nello stesso modello kantiano, anche oggi così spesso evocato ma forse non sempre attentamente esplorato: «la nascita del diritto è legata alla sistematica prevenzione dell'interferenza privata, unilaterale, nell'intento di garantire la libertà e l'indipendenza degli individui da ciascun altro»⁹. È la protezione degli individui dalla prepotenza esercitata da altri individui, e perciò l'imposizione di un ordine alla «società civile», il programma da cui ha preso avvio la storia dello Stato di diritto.

2. Separazione dello Stato dalla società civile

Nel suo prelude, dunque, la teoria dello Stato di diritto non predicava affatto il distacco netto dello Stato, detentore del potere pubblico, dalla società civile. Le prime teorizzazioni del *Rechtsstaat* neppure contemplavano alcuna rigida delimitazione delle finalità dell'azione del potere pubblico. La classica contrapposizione con il *Polizeistaat* guardava all'aspetto dispotico dell'esercizio del potere, non al perseguimento del benessere dei sudditi cui tendeva la sua azione politica: riguardava i *modi* in cui lo Stato agiva, non le sue *finalità*. Come si chiedeva polemicamente lo stesso Mohl¹⁰, chi vorrebbe vivere in uno Stato che si preoccupasse solo di amministrare la giustizia e non anche del benessere dei cittadini?

La drastica delimitazione dei compiti dello Stato, che porta con sé il netto rifiuto di ogni intervento mirato al *Wohlfahrt* dei cittadini, è quindi un'aggiunta ideologica spuria e posteriore, che risponde a una fase successiva in cui la sicurezza interna e esterna erano traguardi ormai da tempo acquisiti e perciò l'intervento dello Stato non era più apprezzato dall'*establishment* borghese. È solo a questo punto che s'impone una visione dello Stato di diritto distorta dall'ideologia liberale, la quale postula una rigida separazione dello Stato dalla società civile: le istituzioni pubbliche hanno solo il compito di difendere l'*ordine*

⁶ Cfr. F. TÖNNIES, *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart 1925³, 221 s.

⁷ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, 485 s.

⁸ P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano 2002, 94.

⁹ Così G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna 2012, 217.

¹⁰ *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. I, Tübingen 1866/3, 5, n. 1. Che la teoria del *Rechtsstaat* non fosse affatto incompatibile con i compiti di «polizia» è ampiamente dimostrato da H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, 779 ss.; G. DIETZE, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen 1966, 26-29; E. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, 55. Ne era consapevole anche la dottrina italiana, quando l'espressione divenne «di moda»: cfr. L. RAGGI, *La parabola di un concetto*, Camerino 1921 (estratto dall'*Annuario dell'Università 1907-1908*), 6.

sociale, non certo di cambiarlo; l'ordine sociale è il prodotto dei rapporti che s'instaurano «spontaneamente» nella società; su di esso il potere pubblico non può intervenire se non per garantirne la protezione da aggressioni esterne, per assicurarne la stabilità e impedire con tutti i mezzi ogni tentativo di sovvertirlo attraverso l'azione politica. Lo Stato di diritto si ritira nel suo recinto, domina solo quella parte del diritto che regola l'azione del potere esecutivo, di cui la legge costituisce fondamento e limite – limite vigilato dalla giurisdizione¹¹. Che la legge non superi il suo perimetro è una fondamentale esigenza garantita dalle severe regole della rappresentanza parlamentare, da un suffragio censitario debitamente ristretto; e che il suffragio resti ristretto è assicurato dalla repressione armata di ogni rivendicazione sovversiva del suffragio universale. Solo così il «sommo bene» del mantenimento dell'ordine sociale *spontaneamente* stabilito dalla società può essere difeso dalle indebite ingerenze della politica e della sua roccaforte, lo Stato.

Come spesso è avvenuto nella storia, una parola d'ordine rivoluzionaria si è trasformata così in un motto della conservazione. È chiaro che questo tipo di Stato di diritto, ridotto alla sua dimensione formale, non abbia però retto alla spinta per la democratizzazione dello Stato che ha dominato il '900. L'affermazione del suffragio universale ha importato il conflitto sociale – prima trattenuto lontano dai palazzi del potere dai cavalli di frisia - dentro le istituzioni rappresentative; la Costituzione rigida ha incorporato il progetto di mutamento dell'ordine sociale al fine di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini¹²; la stessa legislazione è sottoposta al principio di legalità costituzionale e un giudice garantisce a tutti noi che essa non si svolga oltre i limiti tracciati dalla Costituzione¹³. La separazione tra Stato e società civile si è rovesciata nel suo opposto: le politiche redistributive e il riconoscimento dei diritti sociali hanno come presupposto che il potere pubblico sia uno – se non lo – strumento della trasformazione della società.

Ma se l'immagine «liberale» dello Stato di diritto sembra dunque svanita nell'evoluzione costituzionale del '900, qualcosa del suo significato ancestrale appare al contrario riemergere oggi e offrire un nuovo significato allo Stato di diritto nella dimensione della globalizzazione. Al centro della scena sembra essere ritornato il problema antico dell'equilibrio nei rapporti di potere tra soggetti privati, dell'*homo homini lupus*.

3. *Rechtsstaat vs Rule of Law?*

Nella nuova dimensione del mondo globalizzato dei nostri tempi, lo Stato di diritto non parla più tedesco, ma inglese. Non è più il *Rechtsstaat* a riproporsi nella traduzione verso le diverse lingue nazionali del continente europeo, ma è il concetto di *rule of law* a entrare nell'uso comune. Entra senza alcuna traduzione, perché la traduzione in un'altra lingua ne forzerebbe il senso.

Confesso di provare sempre un certo allarme quando in un sistema giuridico viene importato un termine straniero privo di un corrispondente linguistico che lo possa tradurre. Non certo per nazionalismo, ma per chiarezza delle implicazioni e per la compressione che ne subiscono le corrispondenti nozioni della lingua nazionale, che designano altrettanti istituti giuridici - in parte coincidenti, in parte no - che di conseguenza vengono oscurati o distorti nel loro più autentico significato¹⁴. O le aree semantiche del termine autoctono e di quello d'importazione sormontano, e allora l'uso

¹¹ Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart 1869², 297 s.

¹² Così l'art. 3.2 della Cost. italiana.

¹³ Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.* 1/2007, 11 ss.

¹⁴ In questa direzione, ho provato a sottoporre a critica la nozione di *governance* in *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*», a cura di G. Arena e F. Cortese, Padova, Cedam, 2011, 3 - 15

della terminologia straniera e solo un omaggio alla moda; oppure non sormontano affatto, e allora è indispensabile chiarire con esattezza che parti avanzino o vengano a mancare.

Per giunta, nella stessa letteratura di lingua inglese *rule of law* è una locuzione il cui significato è tutt'altro che chiaro. Com'è noto, è molto discusso nella letteratura anglosassone quali siano i contenuti essenziali del *rule of law* e in che misura questa nozione si discosti da quella di *Rechtsstaat* (e dalle locuzioni che ne sono la traduzione). Ma su questa discussione non intendo soffermarmi, perché in larga parte trascende lo scopo di questo scritto. Essa pone al centro il problema di quanti e quali valori siano ricompresi nella nozione di *rule of law*, che viene spesso confusa con gli ideali di democrazia, giustizia, tutela dei diritti e della dignità umana¹⁵; il mio obiettivo è invece capire che cosa quella nozione possa dire oggi a proposito del rapporto tra *ordine politico* e *ordine sociale*, cioè del problema storico attorno a cui si è sviluppata la teoria dello Stato di diritto. Forse le due prospettive non sono molto lontane, ma io non vorrei occuparmi delle eventuali implicazioni morali del *rule of law*, ma cercare piuttosto di intendere perché la versione inglese abbia soppiantato negli usi correnti la versione *storica* di Stato di diritto.

La confusione potrebbe essere una prima risposta. Come ha scritto Jeremy Waldron, *rule of law* fa parte di un «*cluster of ideals*» che costituisce il nucleo della moralità politica moderna, e in cui ogni termine s'integra con gli altri e ad essi si surroga, quasi fossero concetti interscambiabili: «*democracy, human rights and perhaps also the principle of free market*»¹⁶. Ciò potrebbe significare che, mentre il *rule of law* sembra essersi espanso riempiendosi di implicazioni «sostantive», di contenuto, il *Rechtsstaat* ha subito viceversa da tempo un'evoluzione in direzione opposta, riducendosi ad un concetto formale che pone poco più di un astratto principio di legalità dell'amministrazione. Molti dei giuristi dell'era fascista trovavano possibile conciliare i principi dello Stato di diritto con quelli del regime: ciò non sarebbe neppure immaginabile in riferimento al *rule of law*.

Oggi dobbiamo fare i conti con la più recente evoluzione dello Stato di diritto nello Stato costituzionale moderno. L'evoluzione è stata segnata – in conseguenza dell'affermarsi del suffragio universale, come si è ricordato poco fa – dall'inclusione dei diritti sociali nel catalogo dei diritti fondamentali e dall'affermazione dell'eguaglianza sostanziale accanto a quella formale. I vecchi principi dello Stato di diritto della tradizione liberale (legalità, tutela giudiziale dei diritti, separazione dei poteri, eguaglianza formale) sono stati ormai inglobati nel testo costituzionale, ricevendo in dotazione specifici meccanismi che li trasformano in regole precise; ad essi si sono aggiunti i nuovi «contenuti» sociali, per lo più strutturati come principi non ancora «ingegnerizzati», ma che comunque estendono gli interessi tutelati ben oltre al catalogo delle libertà «negative», dei diritti «liberali», dell'eguaglianza formale. Oggi il vecchio Stato di diritto è stato soppiantato dallo Stato costituzionale di diritto, il suo programma liberale di separazione tra ordine sociale e ordine politico è sostituito dal programma democratico di trasformazione sociale attraverso le istituzioni costituzionali. È con questa concezione dello Stato, sviluppatasi essenzialmente nella seconda metà del XX secolo, che dobbiamo fare i conti.

La tendenza odierna a importare la nozione di *rule of law* e sovrapporla a quella di Stato di diritto, ritenuta ormai obsoleta, va quindi considerata con attenzione, perché, al di là delle mode linguistiche, sembra poter alludere ad uno spostamento di prospettiva: vi sono cose che il *rule of law* riesce esprimere e che non corrispondono né al *Rechtsstaat* classico né alla sua ristrutturazione ad opera delle costituzioni democratiche (il *sozialer*

¹⁵ Si vedano le caustiche considerazioni di J. RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford-New York, 1979, 210 s.

¹⁶ *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in *Dworkin and his critics* (Burley J. ed.), Malden, MA-Oxford 2004, 318.

Rechtsstaat della costituzione tedesca). È possibile – ed è in questa direzione che vorrei muovere ora – che la differenza emerga in due punti essenziali e fortemente interdipendenti: la rinuncia alla statualità del *Rechtsstaat* e l'emarginazione del suo carattere sociale.

4. *Rule of law e processi «jusergenerativi»*

Il ricorso al concetto di *rule of law* «de-statalizza» lo Stato di diritto e quindi lo trasforma in uno strumento utile ad affrontare la sfida della globalizzazione: potrebbe essere questa la tesi che legittima la sostituzione del vecchio concetto continentale di Stato di diritto con l'espressione inglese.

Che il *rule of law* prescindendo dallo Stato non sarebbe soltanto la conseguenza dell'assetto linguistico e dogmatico del diritto pubblico britannico, ma uno specifico tratto genetico dell'esperienza inglese. Come è stato affermato da Dicey, i diritti costituzionali sono, in Inghilterra, il prodotto di un processo «jusergenerativo» che proviene dalla società e dalle sue strutture giudiziarie, non da un atto normativo volontario o da un organo costituente. Lo stesso può dirsi del diritto costituzionale: nell'esperienza inglese «le regole che in alcuni paesi stranieri sono per loro natura parte di un codice costituzionale, configurano non la fonte bensì la conseguenza dei diritti individuali così come essi sono definiti e garantiti dalle corti di giustizia»; da cui la fondamentale conclusione che «da noi, attraverso l'operato delle corti e del parlamento, i *principi del diritto tra privati* si sono estesi a tal misura da definire la posizione della Corona e dei suoi agenti»¹⁷.

È un'immagine che risulta un po' antiquata nel contesto dello Stato moderno¹⁸, ma da essa Gianluigi Palombella ha recentemente preso le mosse per tracciare alcune ipotesi che valorizzano proprio i tratti «de-statalizzati» del *rule of law* per farne il fulcro dell'edificazione teorica di un diritto globale in cui la legalità e la tutela dei diritti possano essere sganciate dallo schema tradizionale della sovranità degli Stati¹⁹. Ciò che attrae dell'esperienza inglese del *rule of law* è la natura comunitaria del diritto e dei diritti così plasticamente contrapposta alla pietrosa statualità germanica del *Rechtsstaat*: il primo sembra concepito per contrastare e limitare il sovrano, proprio laddove il secondo esalta invece la funzione dello Stato e del diritto prodotto da esso. Oggi, quando ormai sembra irreversibilmente superata la dimensione nazionale della sovranità - anzi la stessa sovranità «politica» come nota dominante dello spazio pubblico – proprio lo spazio pubblico sembra che possa essere ricostruito su scala mondiale, senza dover ricercare una nuova dimensione del politico, che ci riporterebbe inevitabilmente dentro i confini della statualità nazionale. La risposta potrebbe essere ricercata in un nuovo processo di produzione normativa di tipo sociale²⁰. In campo internazionale vi sono «istituzioni jusergenerative»²¹ fatte di giudici e tribunali, ma anche di una densa nebulosa di organismi amministrativi e internazionali, di norme consuetudinarie, di regole di mercato ecc.: tutto ciò sembra evocare la «normatività sociale» che il *rule of law* ha storicamente imposto come limite all'esercizio della «volontà di governo» delle istituzioni politiche²².

Si aprono scenari suggestivi sull'imponente e incoerente movimento che spinge verso la produzione del diritto a livello globale, ma il processo è ancora lungi da compiersi

¹⁷ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, tr. it. di A. Torre, Bologna 2003, 168 s. (il corsivo è aggiunto).

¹⁸ Così J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris* 1989, 79 ss., 80.

¹⁹ Cfr. G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? cit.* Al libro è stato dedicato un dibattito (cui hanno partecipato, oltre all'A., R. Bin, B. Marchetti e E. Scoditti) da *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2013.

²⁰ Su cui vedi, in questo volume, il contributo di B. PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*.

²¹ G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 136.

²² G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 65.

e non è affatto privo di incognite. Che siano in funzione organi giurisdizionali che interagiscono tra loro e si riconoscono reciprocamente, e che essi applichino norme prodotte da soggetti diversi dagli Stati può essere il sintomo che nella dimensione globale si vadano formando lembi del tessuto di legalità e che in questi si possano fissare meccanismi di trasparenza delle decisioni e di controllabilità delle motivazioni, di garanzia dagli abusi e di responsabilità per gli illeciti: ma non si può certo trovare tutto ciò molto tranquillizzante. Il *global rule of law* è ancora ben lontano da offrirci – a noi cittadini sforniti di cittadinanza nelle comunità globale, che è ancora essenzialmente composta da grandi operatori economici – neppure l'apparenza del sistema di garanzie dei diritti a cui siamo stati abituati dai nostri Stati sovrani. Anzi, si può ben dire che a causa della globalizzazione noi abbiamo visto arretrare in misura impressionante il livello di tutela dei nostri diritti, e non solo di quelli sociali. Si pensi all'enorme sproporzione delle parti contraenti nei tanti contratti che noi stipuliamo con i colossi del mondo digitale cliccando sulla casella «*I agree*», alla perdita di tutela dei nostri dati derivanti dal *far west* della rete, alla spersonalizzazione dei rapporti fiduciari con gli intermediari finanziari, alla conseguente perdita di effettività della tutela dei nostri diritti individuali. L'aspetto più eclatante di questo increscioso fenomeno sposta l'attenzione sull'altro margine lasciato scoperto dalla sovrapposizione del *rule of law* allo Stato di diritto costituzionale, quello della tutela dei diritti e dei diritti sociali in particolare.

5. Rule of law e diritti sociali

Può oggi il *rule of law* coniugarsi con la tutela dei diritti sociali? Come osserva Waldron, quell'espressione sembra evocare i diritti umani e *forse* i principi del libero mercato. Ma nessuna teoria del *rule of law* – a quanto ne so – ci chiarisce che cosa sia compreso nel *cluster* «diritti umani», né tanto meno vi abbraccia anche i diritti sociali. Riletto nella chiave del *rule of law*, il *Rechtsstaat* ha perso la scandalosa aggettivazione «*sozialer*» che gli aveva aggiunto la costituzione tedesca, rappresentando con un unico aggettivo il punto di approdo di una lotta secolare per l'affermazione del costituzionalismo democratico e della sua visione dei diritti fondamentali.

Così depurato e scollegato dal necessario riferimento alla statualità, lo Stato di diritto può divenire perfetto sinonimo di *rule of law*. Lo è per il Trattato europeo, che all'art. 6.1. TUEF ci presenta l'Unione fondata «sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri»: nella versione tedesca si parla di *Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit* e in quella inglese semplicemente di *rule of law*. Del resto la giurisprudenza della Corte di giustizia sin dagli anni '60 ha fatto un uso intenso di richiami alle esigenze o ai principi dello Stato di diritto per sostenere le proprie decisioni: i contenuti che essa ricavava da questo principio erano e sono però sempre legati ai «valori» classici della legalità²³ e della proporzionalità²⁴, della pubblicità degli atti²⁵ e della loro giustiziabilità in conformità ai trattati²⁶ (e poi anche ai «diritti fondamentali»²⁷), della (tendenziale) irretroattività di essi²⁸, della tutela dell'affidamento²⁹ e della separazione dei poteri³⁰. Né i risultati cambiano di molto se guardiamo ai copiosissimi richiami ai principi

²³ C-92/78; C-241/01 (punto 50).

²⁴ C-29/69; C-11/70; C-31/70.

²⁵ C-16/65.

²⁶ C-294/83; C-15/00 (p. 75); C-131/03 (p. 121); C-402 e 415/05 (p. 81); C-428 a 434/06 (p. 80); C-521/06 (p. 45); C-46/08 (p. 88); C-336/09 (p. 36).

²⁷ C-229/05 (p. 109); C-232/05 (p. 57); C-583/11 (p. 91).

²⁸ C-614/11 (p. 24).

²⁹ C-44/79; C-221/97 P (p. 41).

³⁰ C-279/09 (p. 58).

dello Stato di diritto contenuti nelle conclusioni degli Avvocati generali³¹. Insomma, i tratti attribuiti allo Stato di diritto non sono diversi da quelli dipinti un secolo e mezzo fa da Friedrich Julius Stahl. I riferimenti allo Stato sociale, all'opposto, sono rarissimi e totalmente ininfluenti nel ragionamento del giudice europeo³² o degli avvocati generali³³; anche se non mancano riconoscimenti di singoli «diritti sociali» come le ferie retribuite³⁴, l'indennità per l'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro³⁵, l'orario di lavoro settimanale³⁶, il calcolo dell'anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione³⁷, il riconoscimento degli scatti di anzianità dei lavoratori a tempo determinato³⁸, il congedo parentale³⁹. Vengono riconosciuti singoli diritti, tutti affermati all'interno delle relazioni di lavoro: sono spezzoni di una tutela minima che viene accordata da quasi un secolo dagli ordinamenti nazionali. Di fronte a questi riconoscimenti *piecemeal*, però, si pongono le ben note decisioni «strategiche» della Corte di giustizia, come le sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert*⁴⁰, in cui i «principi di mercato» vengono fatti prevalere incondizionatamente sui diritti sociali e sulla tutela del lavoro.

Proprio questa giurisprudenza ci segnala con evidenza quanto sia difficile, per non dire impossibile, conciliare lo Stato sociale con le regole di un mercato internazionalizzato. Lo Stato sociale di diritto è una costruzione che è venuta edificandosi, con enormi difficoltà e con lotte durissime, all'interno dei perimetri degli Stati nazionali, cioè nei confini entro cui operano le regole della tassazione e della rappresentanza politica. Tassazione e rappresentanza sono a loro volta i due gameti che, unendosi, danno vita allo Stato costituzionale, ossia a quella forma di Stato in cui il potere pubblico (di cui la tassazione è espressione tipica) è soggetto al diritto e questo è legittimo se prodotto da organi sostenuti dal consenso elettorale, cioè da coloro che le tasse dovranno pagare.

Questo legame era chiarissimo ai primi teorici del *Rechtsstaat*⁴¹, ma è stato rescisso dalla revisione formale operata dai pensatori liberali, al punto che il senso di pudore non ha impedito ad alcuni studiosi dell'epoca di predicare la permanenza dei principi della *Rechtstaatlichkeit* anche nei regimi totalitari del '900⁴². Oggi i richiami della giurisprudenza europea a tali principi e alla loro traduzione inglese *rule of law* ripristinano la stessa versione vuota e formale di essi; e – quel che più conta – segnano con nuovi reticolati e invisibili barriere doganali i confini che impediscono all'azione dei pubblici poteri di incidere sulla società civile e il suo ordine «spontaneo» basato sulle regole del libero mercato.

Con l'uso dell'espressione *rule of law* il linguaggio giuridico sembra voler ripristinare la separazione tra istituzioni politiche e regole pubbliche, da un lato, e società civile e la sua autoregolazione, dall'altro. Il libero mercato, d'altra parte, si è instaurato ben

³¹ Si vedano per es. le conclusioni nei casi recenti C-113/12 (punto 89) e C-501/11.

³² Si vedano per es. le sentenze C-279/09 (in tema di gratuito patrocinio) e C-300/07, sempre però citando il *Bundesverfassungsgericht*

³³ Si vedano per es. le conclusioni nei casi C-166/12 (p. 63), C-282/10 (p. 97).

³⁴ C-282/10, C-78/11, C-229/11, 337/10 ecc.

³⁵ C-361/12.

³⁶ C-429/09, C- 243/09.

³⁷ C-395 e 396/08.

³⁸ C-307/05.

³⁹ C-5/12, C-49/10, C-116/08 ecc..

⁴⁰ Rispettivamente C-438/05, C-341/05 e C-346/06, a proposito del conflitto tra tutela sindacale e libertà di stabilimento delle imprese e di prestazione dei servizi. Ad esse si può aggiungere la più recente sentenza C-271/08 (*Commissione c. Germania*) che fissa la prevalenza delle libertà di circolazione sugli accordi tra le parti sociali.

⁴¹ Cfr. R. von MOHL, *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1840, 88. Sul punto, cfr. E. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1958, 178 ss. e *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, 58 s.

⁴² Cfr. R. BIN, *Stato di diritto*, cit., 1156.

oltre i confini nazionali - e della stessa Unione europea - e impone agli Stati di astenersi dall'interferire con le loro leggi nella regolazione «spontanea» del mercato stesso; al contrario, i diritti individuali - e ancor più i diritti sociali, ovviamente - si sono affermati dentro i confini nazionali, attraverso la democratizzazione delle strutture politiche dello Stato, dalle quali dipende la loro effettività. È vero che sin dalle origini la tutela dei diritti è parte inseparabile del *rule of law*, così come lo è stata del *Rechtsstaat*. Ma di quali diritti si sta trattando?

6. Il trionfo di Benjamin Constant

I diritti sono stati elaborati ricalcando l'immagine della proprietà. Alla loro origine c'è il concetto medievale di *dominium sui*: poi dalla proprietà di se stessi si è passati alla «libertà come *dominium*», un rapporto intersoggettivo immaginato come un insieme di meccanismi proprietari⁴³.

Per altri percorsi, anche i diritti politici⁴⁴ si sono modellati sulla proprietà, quantomeno a partire dalle antiche costituzioni in cui, mancando la separazione tra Stato e società, venne prendendo piede «il paragone dello Stato con una Società per azioni e della proprietà terriera con le singole azioni di tale Società»⁴⁵ – idea che ha alimentato le radici ideologiche del suffragio censitario. Le cose si tengono assieme, le libertà individuali e quelle politiche sono «cucite a doppio filo»⁴⁶. Un certo tipo di organizzazione politica è funzionale alla tutela di un certo tipo di diritti, come aveva perfettamente colto M.me de Staël⁴⁷. «In somma è da tenersi per cosa certa, che le proprietà non sono sicure, se non hanno una rappresentanza politica corrispondente; e che il potere politico non è sicuro se non è connesso ad una corrispondente proprietà», come sosteneva il liberale cattolico Rosmini⁴⁸. Ma la garanzia che le costituzioni rigide offrono alla proprietà non sono sufficienti a garantirne l'invulnerabilità?

Proprietà e ricchezza non sono esattamente la stessa cosa. Lo ha messo in luce Ernst Forsthoff, nella sua critica spietata al concetto di *sozialer Rechtsstaat*: la costituzione democratica continua a garantire il diritto liberale di proprietà, così come tutela tutti gli altri diritti «negativi» della tradizione liberale; ma la tassazione progressiva dei redditi, al cui continuo incremento spinge la richiesta di Stato sociale, colpisce la ricchezza prima che essa possa trasformarsi in proprietà⁴⁹. Quanto la distinzione sia gravida di conseguenze lo si può percepire oggi, poiché la distinzione tra proprietà e ricchezza è diventata cruciale. Se la pressione del suffragio universale sulle istituzioni politiche può poco nei confronti della proprietà, ancor meno può nei confronti della ricchezza.

La profezia di Benjamin Constant si è realizzata al di là delle sue stesse previsioni. Quando Constant esaltava l'ineludibile superiorità della proprietà rispetto alla politica, ne attribuiva la causa al commercio, che garantisce alla proprietà la possibilità di circolare,

⁴³ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma – Bari 2007, 70.

⁴⁴ Anche i diritti sociali, ignorati dalla Convenzione, nella interpretazione della Corte EDU possono ottenere protezione *sub tegmine* del diritto di proprietà, quando la legislazione nazionale instauri un sistema di sicurezza sociale che costituisca per il singolo un interesse patrimoniale (cfr. *Grand Chambre*, dec. *Stec et autres c. Royaume Uni*, 6.7.2005. punto 54).

⁴⁵ Così, con riferimento a Möser, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, tr. it. di P. Schiera, Milano 1970, 73 s.

⁴⁶ E. BÖCKENFÖRDE, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), tr. it. Di M. Carpitella in *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato modern all'Europa unitaria*, Roma – Bari 2007, 82 ss., 97.

⁴⁷ «La liberté politique est à la liberté civile, comme la garantie à l'objet qu'elle cautionne»: G. STAËL-HOLSTEIN, *Reflexions sur la paix intérieure* (1796), in *Oeuvres complètes de madame la baronne de Staël-Holstein*, I, Paris 1871, 57 s.

⁴⁸ A. ROSMINI-SERBATI, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, Firenze 1848, 63.

⁴⁹ Cfr. E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, tr. it. di L. Riegert e C. Amirante, Milano 1973, 91.

sottraendosi così alla voracità delle istituzioni politiche⁵⁰. Se questo poteva essere credibile quando la ricchezza era in larghissima parte formata da proprietà immobiliari, la smaterializzazione che la ricchezza ha subito nella nostra epoca realizza la profezia con ben più drammatica evidenza. Tassare la proprietà è oggi ancora una possibilità che gli Stati possono realizzare, almeno in astratto, tassare la ricchezza finanziaria è pressoché impossibile. La circolazione è stata effettivamente il grimaldello che ha fatto saltare il controllo fiscale degli Stati nazionali e resa vana qualsiasi ipotesi di un'efficace redistribuzione dei redditi: le pretese dello Stato sociale sono fiscalmente insostenibili, non tanto perché gli elettori vi si oppongono, ma perché i capitali si sottraggono al fisco convolvendo verso paesi fiscalmente più «comprensivi».

Persa di gravidanza l'aggettivazione «*sozialer*», che ha da dirci ancora il *Rechtsstaat* nel mondo globalizzato e della liberalizzazione finanziaria? Quello che resta è un concetto sbiadito e standardizzato di *rule of law*. Si può guardare con interesse e speranza ai tentativi delle organizzazioni internazionali e delle relative istituzioni di tipo giurisdizionale di assicurare lembi di legalità e di estendere la tutela contro gli arbitri più evidenti⁵¹: ma è evidente che stiamo ragionando di un'espressione che è ritornata a perdere qualsiasi capacità connotativa del sistema dei rapporti tra chi esercita il potere e chi lo subisce. Di quale diritto stiamo predicando la supremazia? Che nella *rule of law* possano insinuarsi anche i principi del libero mercato appare una cinica conseguenza dell'approccio realistico al tema della legalità nella globalizzazione. Il sistema finanziario detta le regole del mercato finanziario stesso, anche le regole che dovrebbero guidarci fuori dalla crisi da esso provocata⁵²: se accettiamo che quelle regole siano parte del *rule of law* abbiamo trasformato questo concetto in qualcosa di non meno vuoto dello *Rechtsstaat* inteso come formula applicabile al regime fascista o nazista. È la legalizzazione del dominio dell'uomo sull'uomo e la perdita di quella idea (tanto cara già a von Mohl) che la legge che ci governa non possa essere prodotta senza il consenso della rappresentanza dei governati.

7. Il ritorno del lupo

For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency⁵³.

Le enunciazioni del Segretariato generale dell'ONU ci confermano che l'affermazione del *rule of law* che oggi trova posto nel nostro linguaggio giuridico «globalizzato» fotografa uno stadio evolutivo della teoria del *Rechtsstaat* che ne riproduce la versione «formale», svuotata di ogni contenuto dal pensiero liberale. Sarebbe senza dubbio un obiettivo auspicabile che le garanzie che vi sono rivendicate contro abusi,

⁵⁰ «Le commerce donne à la propriété une qualité nouvelle: la circulation; sans la circulation, la propriété n'est qu'un usufruit; l'autorité peut toujours influer sur l'usufruit, car elle peut enlever la jouissance; mais la circulation met un obstacle invisible et invincible à cette action du pouvoir social»: B. CONSTANT, *De la liberté des anciens compare à celle des modernes* (1819), in *Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris 1874, 258 ss., 280 s.

⁵¹ In questo senso si veda il libro di G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale?*, più volte citato.

⁵² Cfr. J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, London, Penguin, 2013, 101.

⁵³ *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Report of the Secretary-General United Nations, Security Council, S/2004/616, § III.

illegalità e mancata responsabilità di chi esercita il potere *pubblico* vengano ad essere assicurate ovunque, in tutti gli Stati. Ma i detentori del potere oggi non sono solo gli Stati, e forse neppure gli Stati in primo luogo: anch'essi sono pesantemente condizionati da un potere economico e finanziario che sfugge al loro controllo e anzi pretende di dettare ad essi regole di comportamento «virtuoso» anche attraverso gli organismi internazionali.

Se gli Stati europei odierni hanno dovuto fare un passo indietro rispetto al cammino che era stato tracciato dalle costituzioni democratiche, e sono costretti a ridurre le prestazioni pubbliche e i programmi di redistribuzione del reddito, ciò deriva dall'impossibilità di sottoporre alle regole dello Stato di diritto il potere economico privato che la libera circolazione ha sottratto al controllo statale e la dimensione globale ha potenziato a dismisura. Il potere economico delle *élite* finanziarie che dominano i mercati globalizzati, si riflette inevitabilmente in potere politico, che pretende di guidare gli Stati sovrani verso scelte economiche, criteri di spesa pubblica, indici di tassazione e discipline del mercato del lavoro che favoriscono le stesse *élite* a detrimento delle masse, che pure sono dotate di diritto di voto. Si svolgano pure libere elezioni, ma queste non possono sovvertire le decisioni e le regole poste dai mercati finanziari internazionali⁵⁴. Il potere politico democratico deve cedere di fronte al potere economico delle *élite* internazionali. Ed anche il «livello intermedio continentale»⁵⁵, se guardiamo all'esperienza sin qui maturata dall'Unione europea, non sembra affatto capace ad opporsi alla dittatura dei mercati, ma piuttosto si presta ad esserne uno strumento efficiente, spesso corrivo e talvolta complice⁵⁶.

Siamo ritornati al problema che aveva suscitato l'attenzione di Hobbes: il Leviatano, il mostro biblico rappresentato non da una bestia disumana, ma da un *magnus homo*, che a sua volta dà forma e ordine alla massa degli uomini, non riesce più ad imporsi e inglobare l'enorme potere economico esercitato da soggetti privati. Sono uomini quelli che oggi impongono il loro potere incontrollato sugli altri uomini e sugli Stati. È la loro prepotenza ad annientare la difesa dei nostri diritti; il loro arbitrio non è arginabile dalle regole poste dagli Stati né vi è giudice che possa sanzionare i loro comportamenti. Il *global rule of law* non è molto di più di una speranza e non basta certo a ripristinare le condizioni

⁵⁴ Cfr. J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality* cit., 169 s..

⁵⁵ È la terminologia usata da O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, tr. it. di F. Ferraresi e C. Sandrelli, Bologna 2007, 217 ss. per indicare un tassello fondamentale della sua costruzione visionaria della democrazia mondiale.

⁵⁶ Si possono trarre conclusioni assai pessimistiche sulla reale corrispondenza della prassi tenuta dalle istituzioni europee ai principi – pur costantemente professati dalla legislazione e dalla giurisprudenza dell'UE – di trasparenza, legalità e responsabilità se si riflette su quanto siano oscure, misteriose e slegate dal controllo democratico le attività svolte dal c.d. «Comitato 133» (ora, con il Trattato di Lisbona, rinominato *Trade Policy Committee*) nella negoziazione degli accordi commerciali internazionali. Parlamento europeo e parlamenti nazionali sono stati tenuti sistematicamente all'oscuro, e anche il Trattato di Lisbona ha concesso al Parlamento europeo un ruolo di rilievo assai marginale, limitato alle «misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune» (art. 207.2 TUE) ed all'obbligo per la Commissione di riferire periodicamente al comitato speciale del Parlamento europeo (art. 207.3 TUE); mentre esso non ha alcun potere autorizzativo o di controllo nella fase di negoziazione degli accordi commerciali (il Parlamento è coinvolto nel procedimento di ratifica degli accordi internazionali solo in alcuni casi e comunque a negoziazione già avvenuta: art. 218.6 TUE). La situazione può però essere migliorata attraverso la ormai consueta prassi di accordi interistituzionali tra Parlamento e Commissione, che sono sempre stati lo strumento che ha fatto evolvere la «forma di governo» europea (qualche evoluzione sembra già registrarsi se è vero che l'attività di *lobbying* relativa agli accordi commerciali deve ormai rivolgersi anche ai parlamentari europei: cfr. J. HILLMAN, D. KLEIMANN, *Trading Places: The New Dynamics of EU Trade Policy under the Treaty of Lisbon*, GMF Economic Policy Paper, German Marshall Fund, Washington D.C., 2010: www.gmfus.org/galleries/ct_publication_attachments/Hillman_Kleiman_TradingPlaces_Oct10_final.pdf; più in generale L. RICHARDSON, *The Post-Lisbon Role of the European Parliament in the EU's Common Commercial Policy: Implications for Bilateral Trade Negotiations*, EU Diplomacy Paper 5/2012: http://aei.pitt.edu/39239/1/edp_5_2012_richardson.pdf).

minime della *Rechtsstaatlichkeit*. Da molti anni la distanza dei redditi e dei «punti di partenza» ha ripreso ad aumentare e i rapporti tra privati appaiono sempre più strutturati secondo quelle logiche cetuali che la Rivoluzione francese e la teoria dello Stato di diritto avevano voluto sconfiggere. La divaricazione tra i livelli di reddito appare ormai incollabile, e questo blocca l'ascensore sociale e tutte le prospettive e i comportamenti che erano legati al suo funzionamento, fosse esso effettivo o solo immaginario. Il movimento di *Occupy Wall Street* non esagera nello scrivere nei propri slogan *we are the 99 percent*, perché pone così il dito sullo scandalo della concentrazione della ricchezza: essa è così marcata che «se tale evoluzione dovesse proseguire, la società del XXI secolo tornerebbe a essere una società dominata da chi vive di rendita»⁵⁷. E se ciò lo si può osservare all'interno dei singoli sistemi nazionali, su scala internazionale la concentrazione della ricchezza raggiunge dimensioni tali da essere facilmente equiparabile a quella esistente dentro tutti i paesi europei prima della Rivoluzione francese.

Non è un caso che la logica dei mercati globalizzati sia improntata ad un forte antistatalismo e ispirata dalle teorie economiche neo-liberiste. Solo da un'iniziativa che parta dagli Stati è pensabile che scaturiscano quegli interventi e quelle regole che siano capaci di ripristinare garanzie effettive per la tutela dei diritti individuali, garanzie che oggi si sono in larga parte perse. Il tendenziale equilibrio cui porterebbe inevitabilmente un mercato lasciato libero di autoregolarsi è un'utopia su cui si basano ampi strati della «scienza» economica che vedono nella «politica» l'avversario da battere: i meccanismi del mercato «permettent en effet de penser la société biologiquement et non plus politiquement»⁵⁸. Come è stato affermato di recente, capitalismo e democrazia sono «a somma zero», «more market inevitably means less democracy»⁵⁹.

8. Diseguaglianza sostenibile

La prospettiva che ci si presenta è affetta da strabismo. Si potrebbe essere indotti a distinguere con nettezza tra ciò che avviene all'interno degli Stati e fuori di essi. Dentro gli Stati vigono tutti i principi che fanno dello Stato di diritto la formula di sintesi di un sistema di organizzazione dei poteri pubblici che abbiamo ereditato dal costituzionalismo liberale: divisione dei poteri, legalità dell'esercizio di ogni forma di pubblico potere, giustiziabilità degli atti, tutela dei diritti e dell'eguaglianza formale dei cittadini sono tutti presidi che gli Stati *normalmente* assicurano. Ad essi si sono aggiunti i contenuti sociali delle costituzioni democratiche. Fuori dagli Stati le garanzie sono di molto attenuate, anche se un certo livello di legalità e di giustiziabilità delle decisioni può talvolta essere assicurato e così anche trovano protezione i diritti umani. A voler essere ottimisti, dunque, qualche sintomo di un *global rule of law* può essere rintracciato e proiettato in uno scenario futuro confortante.

Ma è un ottimismo piuttosto eccessivo. La stessa separazione tra dentro e fuori è difficile da sostenere. Uno dei primi requisiti dello Stato di diritto è garantire un certo grado di prevedibilità alle persone, consentire loro di programmare la propria vita sulla base di un legittimo affidamento sulla stabilità delle regole, la chiarezza e la trasparenza dei procedimenti decisionali e la responsabilità dei soggetti che decidono, perché in ciò

⁵⁷ J-P. FITOUSSI, *Il teorema del lampione*, Torino 2013, 85 (ove si riportano dati statistici che ben rappresentano il fenomeno). Cfr. anche i dati relativi agli USA riportati da T. BORSTELMANN, *The 1970s: A New Global History from Civil Rights to Economic Inequality*, Princeton – Oxford 2012, 69 ss. e soprattutto da J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, cit., 47 s., 51 ss.

⁵⁸ P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris 1979, 46.

⁵⁹ N. LAWSON, *Dare more democracy - From steam-age politics to democratic self-governance*, Compass (<http://www.compassonline.org.uk/publications.asp>). In termini del tutto analoghi osserva D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, New York – London 2011, che «the greater the emphasis on deep economic integration, the less the room for national differences in social and economic arrangements, and the smaller the space for democratic decision making at the national level».

risiede la garanzia contro l'esercizio arbitrario del potere⁶⁰. Questi sono valori che usualmente sono connessi al *rule of law* dai maggiori fautori del pensiero liberale, come Nozick e Hayek⁶¹. Su questa linea lo Stato sociale ha svolto il suo compito, nell'intento di assicurare un sistema di protezione sociale in grado di estendere le tutele e rafforzare le reti di sicurezza su cui i cittadini possono contare. Sono questi i traguardi mediamente conseguiti dagli Stati costituzionali moderni. Ma sono standard che non hanno alcuna applicabilità ai meccanismi decisionali che dominano il mercato globalizzato. L'internazionalizzazione dei mercati ha spostato grandi percentuali del potere decisionale lontano dalla vista dei cittadini, dal controllo democratico e dalla responsabilità politica.

Da questa angolazione il piano «interno» e quello «esterno» tendono a confondersi. Per due secoli la storia europea è stata dominata dall'obiettivo di fare della legge il perno delle decisioni pubbliche e, al contempo, di allargare la base sociale del corpo legislativo in modo da includervi anche i ceti socialmente meno avvantaggiati: perseguire questo obiettivo significava legare il potere esecutivo alla volontà della maggioranza parlamentare e alla responsabilità politica nei confronti degli elettori. L'estensione della tutela dei diritti si accompagnava di necessità con scelte di politica fiscale e di spesa pubblica che l'esecutivo doveva compiere sotto il controllo parlamentare. Certo, la gestione equilibrata del bilancio pubblico ha sempre avuto regole e tecnicità che il governo poteva opporre alla pressione elettorale e parlamentare per l'espansione della spesa pubblica, ma il consenso elettorale metteva comunque un giogo all'esecutivo. L'egemonia dei mercati finanziari internazionali quel gioco ha spezzato: i governi determinano il loro indirizzo politico – per quel poco che è consentito loro fare - in sedi internazionali e poi lo impongono come *constraint* di cui non si può più discutere. Lo strabismo è istituzionalizzato e l'occhio dominante è fisso sulla sfera esterna, quella in cui il parlamento e il corpo elettorale non hanno una visuale indipendente.

Con la capacità della legislazione nazionale di regolare la vita dei propri consociati si è drasticamente ridotta anche la prevedibilità, stabilità e certezza delle regole e la capacità degli individui di costruire il proprio futuro. L'incertezza e la perdita di affidamento sono caratteristiche che dominano la nostra vita, condizionata ogni giorno da eventi rispetto ai quali nessuna delle nostre istituzioni è in grado di esercitare guida e controllo. Il crollo dei redditi della maggior parte degli abitanti della maggior parte dei paesi europei, l'incredibile diffusione della povertà e la non meno incredibile concentrazione della ricchezza, la divaricazione dei redditi sempre più marcata tra le esigue élite dominanti e le larghe masse lasciate prive di strumenti per reagire, sono tutti questi fenomeni che non possono essere privi di conseguenze per il *rule of law*.

È stato scritto che la democrazia non può attecchire in paesi in cui non sia garantito un reddito *pro capite* superiore ad un certo livello⁶². Si potrebbe immaginare un teorema simile anche per lo Stato di diritto: non può resistere in sistemi in cui l'incremento della disuguaglianza sociale superi un certo livello⁶³. La disuguaglianza sociale non è un problema soltanto per lo Stato sociale, tra i presupposti domina l'idea che si possano e debbano garantire pari condizioni di partenza e che sia possibile per ognuno raggiungere i livelli più elevati della società: e che spetti al potere politico il compito di garantire queste condizioni attraverso una politica di redistribuzione del reddito. Se la disuguaglianza sociale continua ad aumentare e supera un certo livello, ciò significa (a) che i meccanismi

⁶⁰ Cfr. In questo volume il contributo di G.J. POSTEMA, *Law's Dominion: Mutual Accountability and the Rule of Law*.

⁶¹ Cfr. J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, cit., 84 s.

⁶² «Che cosa consente [alla democrazia] di durare? La storia non ci indica che una risposta: la ricchezza»: F. ZAKARIA, *The Future of Freedom*, tr. it. di L. Di Lella, Milano 2003, 86.

⁶³ Qualcosa del genere è sostenuto anche da J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality* cit., il cui cap. 7 intitola significativamente *Justice for all? How inequality is eroding the rule of law*.

di rappresentanza e di legittimazione basata sul consenso non sono più alla base della legislazione, e che (b) un ceto sociale si è impossessato dei meccanismi di produzione delle regole e li utilizza per migliorare il proprio *status* e per preservare o accrescere la diseguaglianza. Non si è più di fronte ad un sistema basato sulla sovranità della legge, perché la legge non incarna più i valori della *fairness*, dell'interesse generale, dell'eguaglianza: si è invece ritornati ad un sistema basato sul predominio del potere privato.

Che prospettive allora, in una situazione siffatta? La risposta non può che essere una: lo Stato di diritto può essere ripristinato solo se la situazione che lo nega venga rovesciata. Nulla di nuovo, in fondo: l'affermazione dei diritti è sempre stata il frutto di una lotta politica, non di uno sviluppo «spontaneo» della società. I fautori del libero mercato e gli apologeti della naturale capacità auto-regolativa del mercato, nella loro costante contestazione dell'intervento pubblico, delle politiche sociali e della redistribuzione dei redditi, hanno sempre difeso uno stato di natura di hobbesiana memoria, in cui *homo homini lupus*. Proprio quella condizione contro cui il *Rechtsstaat* è suonato come grido di battaglia duecento anni fa.