

Stato di diritto e ideologie*

Roberto Bin

Premessa

La condivisione di un lungo percorso universitario e una grande amicizia ha segnato i miei rapporti con Roberto Martucci. In ricordo delle tante ore trascorse assieme, per lo più a Macerata e per lo più davanti a un bicchiere di vino, gli dedico questo saggio, che conclude un lungo percorso di riflessioni sullo Stato di diritto. Roberto perdonerà la superficialità delle mie ricostruzioni storiche: ma la superficialità – come gli ho sempre ribadito – ha i suoi innegabili vantaggi: sulla superficie si scivola e si possono percorrere distanze che altrimenti non sarebbero affrontabili. Almeno non da me.

1. *Da «parola di lotta» a motto reazionario*

Il richiamo allo Stato di diritto ha sempre corrisposto ad un obiettivo, porre limiti al potere. Ma non sempre risulta chiaro di quale potere si tratti: al potere di chi si vorrebbe porre dei limiti? E di che limiti si tratta? La prima risposta è cambiata nei tempi in modo radicale, fortemente influenzata dalle ideologie che del richiamo allo Stato di diritto si sono servite. La seconda è rimasta concettualmente la stessa, perché è sostanzialmente autoreferenziale: il concetto di ‘limite’ è sovrapponibile al concetto di ‘diritto’, il quale segna appunto il confine tra il lecito e l’illecito¹; applicato al potere, lo “normalizza”², lo sottopone alla norma giuridica, che traccia i confini del suo uso legittimo. Il vero problema è allora quale sia il potere che il diritto “normalizza”, a che cosa guarda la “norma” che si vuole applicata ad esso.

Le ideologie dominanti mutano nel tempo e lasciano detriti ingombranti negli usi linguistici, che di conseguenza si rivelano spesso piuttosto incerti nei significati che esprimono e tendono a evadere dalla risposta al problema appena posto. Abbiamo ereditato una stilizzazione dello Stato di diritto pesantemente influenzata dal pensiero liberale e dall’ideologia anti-statalista che lo pervade; poi su di essa si è sovrapposta un’immagine del tutto diversa dello Stato di diritto, riqualficato come “sociale” dagli stessi usi di alcune costituzioni contemporanee; ed oggi l’anglofilia imperante ci induce ad impiegare l’espressione *rule of law* come se fosse un sinonimo di ‘Stato di diritto’ senza troppo riflettere sulle trasformazioni di significato che la locuzione ha subito. Perché non si tratta affatto di un problema linguistico, una pura questione terminologica. Per chiarirlo, dobbiamo riavvolgere il filo della storia.

* Questo scritto rielabora parzialmente tesi già avanzate in precedenza in un saggio dal titolo *Las relaciones entre poderes en el Estado de Derecho del siglo XXI*, in *Fundamentos* n. 8, 2014, a cura di Miguel Ángel Presno Linera, 122 ss., e poi riformulate in *Rule of Law e ideologie*, in *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. Pino e V. Villa, il Mulino, Bologna 37 ss. I paragrafi finali riprendono tesi già proposte in *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.

¹ «The binary code of legal/illegal» di cui parla N. LUHMANN, *The Coding of the Legal System*, in A. Febbrajo and G. Teubner (eds), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Milano 1992, 146.

² Cfr. G. AMGABEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995, 31.

All'inizio della storia l'appello allo Stato di diritto aveva una forte funzione polemica³, era una «parola di lotta»⁴ intrisa di spirito rivoluzionario. Una lotta contro chi? Qual era il potere contro cui lo Stato di diritto veniva rivendicato?

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 individui⁵. 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 Schmitt⁶ nel riconoscere in Hobbes il precursore dello Stato di diritto, in dissonanza con quanto ritiene il pensiero dominante che lo riduce a 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 forza⁷. 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 e delimita il *potere pubblico*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. Forma e contenuti.

Di tutto ciò non resta traccia nella versione liberale dello Stato di diritto, che paga il debito culturale nei confronti del concetto di *Rechtsstaat* elaborato in senso formale dalla cultura tedesca, in particolare da Stahl e dalla dottrina giuspubblicistica della seconda metà dell'800. Questa rilettura ha cancellato le origini autentiche della teoria del *Rechtsstaat* e la funzione polemica che essa ha assolto ai suoi esordi.

³ Come ho cercato di mettere in evidenza in *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali IV*, Milano, 1149 ss., 1161.

⁴ 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.

⁵ Cfr. E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, 21-26 (ora tradotto da A. Mangia, Milano 2011).

⁶ Cfr. C. SCHMITT, *Die vollendete Reformation* (in *Der Staat*, 1965, 51 ss.), tr. it. di C. Galli in *Sul Leviatano*, Bologna 2011, 147.

⁷ Cfr. F. TÖNNIES, *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart 1925³, 221 s.

⁸ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, 485 s.

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

A ben vedere, anche la rilettura ottocentesca dello Stato di diritto ha avuto una funzione polemica nei confronti del passato, incarnato dal *Polizeistaat*. Con assoluta nettezza Otto Mayer liquida questo tipo di Stato affermando che con esso «il diritto non ha nulla a che fare»¹⁰. Tutta l'enorme opera di codificazione veniva posta fuori dall'osservazione, era data per scontata e non riguardava il nuovo problema: le regole che governano i rapporti tra l'autorità pubblica e i cittadini. La lettura formale ha appiattito il sistema dello Stato di diritto imbalsamando la «parola di lotta»¹¹ in un insieme di regole che riguardano, non tutto il diritto, ma solo il rapporto tra la legge e il potere esecutivo e, quindi, la giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione¹². 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, svuotata di qualsiasi contenuto, 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 gravidanza, ma la calcificazione che ha subito nella storia e nell'ideologia che si è imposta.

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 Mohl¹³, 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 ed 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 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

¹⁰ «Das Recht hat nichts damit zu thun»: *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Leipzig, 1895, 39.

¹¹ 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.

¹² Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart 1869², 297 s.

¹³ *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. I, Tübingen 18663, 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.

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 giurisdizione¹⁴. Che la legge non superi il suo perimetro è una fondamentale esigenza garantita dalle severe regole della rappresentanza parlamentare, cioè 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 in breve tempo in un motto della conservazione. È chiaro che questo tipo di *Rechtsstaat*, 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 dentro le istituzioni rappresentative il conflitto sociale, prima trattenuto lontano dai palazzi del potere, blindati e isolati dai cavalli di frisia. La Costituzione rigida ha incorporato il conflitto e adottato 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 cittadini¹⁵; la stessa legislazione è sottoposta al principio di legalità costituzionale e ad un apposito giudice è stato assegnato il compito di garantire a tutti noi che essa non si svolga oltre i limiti tracciati dalla Costituzione¹⁶. 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 (il principale) strumento della trasformazione della società.

3. Stato di diritto e conflitto sociale.

Qualcosa è però rimasto invariato nel significato dello Stato di diritto, pur nel netto cambiamento dei contesti storici e politici. Lo Stato di diritto si è mantenuto fedele alla sua funzione di indicare nel diritto il limite dell'uso del potere: è cambiata l'essenza del potere a cui è stato riferito, ma non la funzione polemica contro l'abuso di esso. Alla base dello Stato di diritto è rimasto pur sempre il conflitto sociale – il che non può sorprendere se solo si considera che è la funzione tipica del diritto la regolazione dei conflitti sociali¹⁷. Quello che cambia nel tempo è la direzione verso cui volge lo sguardo, il luogo del conflitto. Lo Stato di Hobbes guardava ai conflitti che insorgono tra individui e pretende di regolarli attraverso l'intervento della legge, del potere politico: è la disciplina dei rapporti tra privati la prestazione che gli viene richiesta. Lo Stato di diritto di epoca liberale guarda altrove, al conflitto tra l'autonomia dei privati e il potere politico, contrastando la pretesa di questo di cambiare l'ordine che la società si è data: è il mantenimento dell'ordine pubblico il suo compito fondamentale. Lo Stato sociale di diritto assegna al potere pubblico il compito di mutare l'assetto «spontaneo» della società e prende di mira i conflitti che insorgono tra le diverse componenti sociali e tra i partiti che le rappresentano all'interno delle istituzioni pubbliche: la prospettiva è il perseguimento dell'eguaglianza sociale.

¹⁴ Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart 1869², 297 s.

¹⁵ Così l'art. 3.2 della Cost. italiana.

¹⁶ Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.* 2007, 11 ss.

¹⁷ «[L]aw is one means, one process, by which those conflicts are continued or may be temporarily resolved. No more than that»: J.A.G. GRIFFITH, *Political constitution*, in *42 Modern Law Rev.* 1979, 20.

Cambiano conseguentemente i presidi che il sistema predispone perché la funzione dello Stato di diritto si svolgano con coerenza ed efficienza. Nello Stato di Hobbes il diritto promana dal sovrano, che è nello stesso tempo dentro e fuori del diritto: «la sovranità segna il limite (nel duplice senso di fine e di principio) dell'ordinamento giuridico»¹⁸. Come nella *Teogonia*, è l'uscita dal caos il primo passo: «non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima deve essere stabilito l'ordine: solo allora ha senso l'ordinamento giuridico»¹⁹. È opera del potere sovrano stabilire l'ordine: l'ordinamento giuridico, e lo Stato di diritto, è una conseguenza dell'atto del sovrano, del potere ad esso conferito – secondo la metafora di Bobbio²⁰ – da un contratto a favore di terzo, il *pactum subiectionis* stipulato dai sudditi, che non possono più «ritornare allo stato di confusione di una moltitudine disunita»²¹. Lo Stato di diritto sbarrata la strada al ritorno al caos.

Nello Stato di diritto liberale il problema è tracciare un confine controllabile tra il potere politico, lo Stato, e la società civile, l'autonomia dei privati. La generalità e astrattezza della legge è già di per sé un importante presidio di garanzia di questa separazione.

La legge riveste un significato centrale per lo Stato di diritto, perché è “il tramite indispensabile della libertà. L'individuo è libero in quanto agisce nei binari della legge e questa a sua volta è l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio”²². Contenendo l'arbitrio del potere politico, la legge garantisce all'individuo i sommi beni della libertà e della sicurezza: la supremazia della legge è la supremazia del principio della libertà dei cittadini²³; la sua certezza è la certezza della tutela di quelle libertà; l'eguaglianza giuridica è l'uguale sottoposizione alla legge ma anche l'eguale garanzia dei diritti. Ma perché il modello funzioni è necessario il verificarsi di due condizioni. La prima è che sia garantito un giudizio sul rispetto della legge in ogni atto emanato dalla pubblica autorità – giudizio che deve essere svolto da giudici che godano di piena indipendenza dal potere politico. La giustiziabilità della pubblica amministrazione diviene perciò un tassello fondamentale del sistema, che sorregge la «sovranità della legge». Ma ciò vale per qualsiasi legge? Rispondere a questa domanda significa spiegare in cosa consista la seconda condizione di funzionalità del sistema.

A porsi la domanda è lo stesso autore cui si è soliti attribuire la prima teorizzazione del *Rechtsstaat*, Robert von Mohl²⁴: nell'opera dedicata al sistema costituzionale del Württemberg²⁵, egli condiziona strettamente la configurabilità dello Stato di diritto alla presenza di un'efficace limitazione del potere politico da parte della rappresentanza popolare. La legge può essere accettata come auto-

¹⁸ Così, riflettendo su Schmitt (che riflette a sua volta su Hobbes), G. AGAMBEN, *Homo sacer cit.*, 19.

¹⁹ C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna 1972, 39.

²⁰ *Thomas Hobbes*, Torino 1989.

²¹ T. HOBBS, *Leviatano*, II, cap. XVIII (tr. it. di R. Giammanco, Torino 1955, 212).

²² 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.

²³ L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart 1869², 87.

²⁴ Concorda nel riconoscergli la paternità della nozione di *Rechtsstaat* I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London 1959⁵, 48, in nota); ma naturalmente non mancano ipotesi alternative: cfr. per es. R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, I, Paris 1920, 489 (in nota) e G. BURDEAU, *Traité de science politique*, IV, Paris 1964², 88, fanno risalire l'introduzione dello Stato di diritto alla teoria della costituzione adottata dall'Assemblea costituente del 1789; mentre B. KRIEGER, *Etat de droit ou Empire?*, Paris 2002, la fa discendere da Bodin e dai teorici della sovranità, una radice dunque francese, inglese e olandese (p. 82 e ss.), che però rimette in gioco la tesi di Schmitt sopra ricordata (e in qualche modo qui adottata). Del resto, che la teoria del *Rechtsstaat* si giovi della dottrina assai più risalente dei limiti del potere regio, era perfettamente chiaro anche a R. von MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, I, Graz 1960 (rist. dell'ed. 1855), 227 ss.

²⁵ *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1840, 88.

limitazione solo se è il prodotto di un procedimento pubblico a cui gli individui siano chiamati a partecipare attraverso un sistema effettivamente rappresentativo²⁶.

Sulle modalità della partecipazione popolare al processo legislativo si sposta perciò inevitabilmente l'attenzione. La dottrina "storica" dello Stato di diritto di certo non ha un'impronta democratica. Anzi, il dispotismo contro cui essa si erge, opponendogli il nuovo «tipo di Stato»²⁷, non è necessariamente ed esclusivamente monarchico, ben potendo essere democratico: la contrapposizione tra la sovranità della legge e la sovranità delle masse poteva vantare dalla sua parte l'autorità di Aristotile²⁸. È proprio sulla "qualità" della rappresentanza popolare chiamata ad approvare le leggi che si gioca la partita: da essa discende anche la trasformazione dello *Stato di diritto liberale* nello *Stato sociale di diritto*.

Le caratteristiche formali dello Stato di diritto liberale corrispondono ai severi limiti assegnati alla legge cui è precluso di mirare alla trasformazione dell'ordine sociale e assegnato l'obbligo di provvedere solo in via generale e astratta, ponendosi il fondamentale e pressoché esclusivo compito di preservare la libertà e l'autonomia dei privati dall'invasione del potere politico: tali caratteristiche trovano la loro fondamentale garanzia nel sistema elettorale ristretto su base censitarie²⁹. Solo una rappresentanza limitata ai ceti abbienti poteva garantire che la legge approvata dal parlamento non cercasse di cambiare l'«ordine spontaneo» della società. L'immagine di una società anonima in cui ogni azionista vota in ragione del suo conferimento era condivisa e richiamata a modello tanto dal laico e anticonformista Flaubert³⁰ quanto dall'abate Rosmini: «l'inviolabilità della proprietà scritta nella Carta costituzionale non è non può divenire una verità nel fatto se non si ammette il diritto elettorale proporzionale alle proprietà»³¹.

Del resto, era un'idea molto diffusa tra gli avversari del suffragio universale³². Le cose si tengono assieme, le libertà individuali e quelle politiche sono «cucite a doppio filo»³³. Vi è una relazione strettissima tra il tipo di diritti garantiti dall'ordinamento e il tipo di rappresentanza coinvolta nel procedimento legislativo. «Le libertà politiche stanno alle libertà civili come la garanzia al credito», è un celebre aforisma di M.me de Staël³⁴.

Se questo aforisma era stato immaginato per stabilire la precedenza della difesa delle libertà civile rispetto alle richieste di estensione del suffragio, esso può essere traslato senza alcun adattamento

²⁶ Mostra come il concetto di legge e di potere legislativo sia per i teorici liberali del *Rechtsstaat* comprensivo sia degli aspetti contenutistici (generalità e astrattezza) che dei profili attinenti invece alla rappresentanza E. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1958, 178 ss.; ID., *Entstehung cit.*, 58 s.

²⁷ «Staats-Gattung» lo definisce R. MOHL, *Das Staatsrecht cit.*, 88, fissandone i tratti distintivi.

²⁸ *Politica*, IV 4-5, 1292 a.

²⁹ Ho approfondito il tema della configurazione del potere legislativo nello Stato di diritto liberale in *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano 2011, 1149 ss.

³⁰ «Dans une entreprise industrielle (société anonyme), chaque actionnaire vote en raison de son apport»: lettera a George Sand del 18 ottobre 1871 (in *Oeuvres complètes de Gustave Flaubert: correspondance*, Sixième série (1869-1872), Paris 1930, 297).

³¹ A. ROSMINI-SERBATI, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, Firenze 1948, 42.

³² Cfr., con specifico 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.

³³ 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 moderno all'Europa unitaria*, Roma – Bari 2007, 97. «In somma - osservava Rosmini - 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» (A. ROSMINI-SERBATI, *La costituzione cit.*, 63).

³⁴ *Reflexions sur la paix intérieure* (1796), in *Oeuvres complètes I*, Paris 1871, 57 s.

all'assetto introdotto dallo Stato sociale di diritto. Anche in questo nuovo e diversissimo contesto si possono ripetere le stesse parole, perché è nel suffragio universale che risiede la garanzia dei diritti sociali. Ma non si può immaginare che l'estensione del suffragio non debba fare i conti con il timore, ben presente a M.me de Staël e a tutti i *doctrinaires*, che le "passioni" abbiano la meglio sulla "ragione", che i non abbienti cerchino di raggiungere la proprietà e il benessere, non con l'onesto lavoro, ma con gli strumenti della politica e attraverso leggi di espropriazione³⁵.

4. *Lo Stato sociale di diritto e la sua crisi.*

Lo Stato sociale di diritto nasce quindi con un'esigenza che è la conseguenza diretta dell'affermazione del suffragio universale. Se questo abbatte le barriere – anche fisiche – che separano i palazzi del potere politico dalle piazze ove per un secolo e mezzo si è svolto il sanguinoso conflitto sociale, sublimandolo nella competizione elettorale e nella lotta parlamentare, è in questo inedito contesto che vanno poste le garanzie che la "ragione" non venga travolta dalle "passioni": ossia che la proprietà e la iniqua distribuzione della ricchezza – in una parola, l'*ordine sociale* - non vengano cancellate con un solo tratto dalla legge voluta dalla maggioranza uscita dalle urne. Come assicurare che i privilegi detenuti dai pochi non siano travolti dalla domanda di redistribuzione che alimenta lo Stato sociale e che, probabilmente, è condivisa dalla larga maggioranza degli elettori? La risposta è ben nota: allargare i "beni" protetti dalla Costituzione ben oltre il catalogo "liberale" - le libertà civili e la proprietà³⁶ - per includervi i diritti sociali e imporre la prevalenza dell'interesse generale sul libero godimento dei diritti proprietari, pur mantenendo, al tempo stesso, ben radicata in Costituzione la tutela di questi ultimi. Tutela garantita dalla preminenza della Costituzione sulla legislazione ordinaria. La Costituzione rigida diviene così il limite oltre al quale la "passione" innescata dal conflitto sociale non può superare la "ragione" incarnata dalla carta costituzionale. Il disegno, insomma, è – ancora una volta - quello di imporre un limite giuridico al potere politico, estendendo in tal modo l'area sottoposta ai principi dello Stato di diritto, e assicurando la giurisdizione indipendente come garanzia del rispetto del limite costituzionale da parte della legislazione ordinaria.

L'orizzonte in cui si svolge tutta l'evoluzione storica della teoria dello Stato di diritto è tracciato da una linea precisa che lo comprende tutto: il punto fermo a cui essa è fissata è lo Stato - lo Stato che assicura agli individui la prevalenza della sua legge come limite del potere, quale esso sia; lo Stato che traccia un confine vigilato (dai giudici e da quel giudice particolare che è la corte costituzionale) tra il potere *legittimo* e quello *illegittimo*. Lo Stato e il suo diritto. Ma, come ha messo in luce Michel Foucault, il diritto ha ormai perso la presa come criterio di valutazione dell'esercizio del potere: non è più sul crinale legittimità/illegittimità che corre il giudizio sulla qualità dell'azione pubblica, ma su quello dell'efficienza economica: si è realizzata una progressiva sostituzione dell'economia al diritto come criterio di legittimazione e di limitazione del potere

³⁵ Cfr. B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles 1851, 143-145.

³⁶ 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 proprietari: cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma – Bari 2007, 70. 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).

politico³⁷. Il successo economico sostituisce le forme giuridiche di legittimazione: il mercato produce *verità*, e l'economia sostituisce il diritto come *criterio di veridificazione* del potere pubblico.

C'è di più: l'economia non conosce i confini dello Stato, tende a superarne le frontiere artificiali e a istituire un mercato di dimensione sovranazionale in cui le leggi nazionali perdono efficacia. Il che significa che la ricchezza – quella che garantisce il potere economico – tende a sottrarsi ai limiti e ai bilanciamenti fissati dalle leggi nazionali. Non è affatto una novità: era la profezia di Benjamin Constant, che si è realizzata al di là di ogni possibile previsione. 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, sottraendosi così alla voracità delle istituzioni politiche³⁸. 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 fondiaria è oggi ancora una possibilità che gli Stati possono realizzare, almeno in astratto; ma tassare la ricchezza finanziaria è pressoché impossibile³⁹.

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”. La grande ricchezza si è messa al riparo dalle velleità di redistribuzione e quel che è rimasto da redistribuire attraverso le politiche sociali è essenzialmente ciò che lo Stato riesce a prelevare dal lavoro dipendente.

5. Stato di diritto senza Stato?

C'è da chiedersi che cosa resti del sintagma ‘Stato sociale di diritto’. Sembra essere travolto dalla crisi ognuno dei nomi di cui si compone. Lo Stato non è più l'ambito entro cui il potere è esercitato e può essere quindi controllato; perciò il diritto (dello Stato) ha perso la capacità di segnare il limite dell'esercizio del potere, e la stessa connotazione dell'esercizio del potere secondo la coppia antinomica legittimo/illegittimo appare aver perso il legame con il principio di legalità e risente piuttosto di un giudizio basato sul principio di efficienza economica; infine, l'aggettivo “sociale” non ha più la capacità di connotare le politiche pubbliche, che sono largamente determinate dalle esigenze di bilancio, piuttosto che dalla garanzia costituzionale delle prestazioni sociali, dell'eguaglianza sostanziale e del lavoro (la cui rivendicazione come diritto aveva accompagnato la

³⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano 2012, 35 ss.

³⁸ «*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 comparée à celle des modernes* (1819), in *Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris 1874, 258 ss., 280 s.

³⁹ 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 proprietà. Cfr. E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, tr. it. di L. Riegert e C. Amirante, Milano 1973, 91.

lotta per il suffragio universale⁴⁰). Meno di un secolo racchiude il lento affermarsi di questa visione della società e della sua organizzazione, ma anche il suo rapido tramonto. Il tramonto coincide con il superamento dei confini nazionali, barriere necessarie a racchiudere il prelievo fiscale e l'erogazione dei servizi⁴¹, cioè il presupposto dello Stato sociale e della sua funzione redistributiva.

Il mercato, la libera circolazione, la concorrenza hanno costruito un sistema di condizionamenti in cui non trova posto un'adeguata considerazione dei diritti sociali. Il suffragio universale perde di conseguenza la sua funzione storica; le istituzioni rappresentative devono *prioritariamente* occuparsi dell'efficienza economica del sistema, e questa è giudicata non dagli elettori e dai loro rappresentati, ma da organismi e autorità che stanno fuori dei confini nazionali e usano metri di giudizio tutti interni all'efficienza del mercato: la quale dipende dalle condizioni che sono assicurate alle imprese e ai capitali d'investimento, non ai cittadini. In conclusione, sono stati restaurati i "valori" dello Stato liberale, in una prospettiva che ribalta la "tavola dei valori" a cui sedevano le istituzioni dello Stato sociale di diritto: non è certo la politica di redistribuzione della ricchezza, la progressività della tassazione e l'estensione dei servizi sociali a conquistare il consenso degli operatori di mercato, ma semmai l'abbattimento della tassazione sulle imprese, il contenimento del costo del lavoro, l'efficienza delle strutture essenziali dello Stato. Il che riporta indietro l'orologio della storia, mostrando quanto aveva visto lungo Constant.

Naturalmente si potrebbe replicare che il mercato e la concorrenza non si svolgono affatto fuori delle regole poste dal diritto. Come insegnava Adam Smith, la concorrenza è una gara per conquistare risorse che sono limitate⁴²; regolare questa gara è e rimane il compito del diritto, quale sia l'ambito in cui essa si svolga. Ogni dubbio nasce da una sovrapposizione di immagini e schemi ideologici al concetto di concorrenza, una sovrapposizione che non trae alimento dalla teoria classica dell'economia, ma ne tradisce la visione "scientifica" per degradarla a ideologia. La concorrenza richiede regole: scrisse Ronald Coase che «se c'è qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richiede normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti»⁴³. Questo sistema complesso di norme e regolazioni si chiama mercato. Il mercato non è affatto una formazione spontanea, ma un'istituzione a cui la forma è data dalla regolazione, ossia dalle norme giuridiche. Resta da discutere chi le debba porre queste norme e quali interessi esse vogliano immettere nella regolazione della concorrenza e del mercato, ma che questa debba esserci è fuori questione.

Lo sviluppo del mercato interno dell'Unione europea è un caso esemplare. Esso è stato costruito attraverso un'opera di regolazione gigantesca, che è venuta a disciplinare ogni settore verso cui il mercato si apriva. Lo sanno bene i paesi che sono stati coinvolti dall'allargamento dell'Unione europea verso l'Est-Europa, i quali hanno dovuto adeguarsi al complicato ed estesissimo complesso normativo che forma l'*acquis communautaire*: 97.000 pagine di *Gazzetta ufficiale*, in larghissima parte contenenti regolazioni che, direttamente o indirettamente, attengono alla disciplina del mercato. Il dato storico più stupefacente è proprio questo, come le competenze delle istituzioni europee si siano rafforzate ed estese includendo la disciplina di materie (come la tutela

⁴⁰ «Organizzazione del lavoro! Costituzione di uno speciale ministero del lavoro! erano, assieme all'invocazione del suffragio universale, gli slogan che echeggiavano a Parigi nella rivoluzione del 1848, come racconta K. MARX, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*, in C. MARX e F. ENGELS, *Il 1848 in Germania e in Francia*, Roma 1946, 151.

⁴¹ U.K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in *The Twilight of Constitutionalism?*, a cura di P. Dobner, M. Loughlin, Oxford, NY. 2010, 26 s.

⁴² Cfr. G.J. STIGLER, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in 65 *J. Pol. Econ.* 1957, 1 s.

⁴³ R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna 1995, 49.

dell'ambiente), non ancora attribuite alla loro competenza, ma risultate man mano rilevanti per una "corretta" disciplina del mercato⁴⁴.

Quindi, del sintagma 'Stato sociale di diritto' il termine 'diritto' sembra l'unico ad avere mantenuto un ruolo pregnante. Esso è centrale nel concetto di *rule of law*, che nella letteratura corrente sembra aver sostituito il termine tedesco *Rechtsstaat* e i suoi derivati nelle diverse lingue europee. Il mondo globalizzato dei nostri tempi non parla più tedesco, ma inglese. Mentre il termine *Rechtsstaat* ha avuto traduzioni sufficientemente fedeli nelle diverse lingue, il concetto di *rule of law* è entrato nell'uso comune senza alcuna traduzione, perché la traduzione in un'altra lingua ne forzerebbe il senso, obbligandolo a rinunciare ad una caratteristica che ne ha segnato la fortuna: una certa "liquidità".

È quello che spesso capita quando in un sistema giuridico viene importato un termine straniero privo di un corrispondente linguistico adeguato. Operazione da guardarsi sempre con una certa diffidenza: o le aree semantiche del termine autoctono e di quello d'importazione sormontano, e allora l'uso della terminologia straniera è solo un omaggio alla moda; oppure non sormontano affatto, e allora è indispensabile chiarire con esattezza che parti avanzino o vengano a mancare, altrimenti gli equivoci sono inevitabili. Ora, 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 quali siano i suoi contenuti essenziali e in che misura questa nozione si discosti da quella di Stato di diritto. La nozione di *rule of law* viene spesso confusa con gli ideali di democrazia, giustizia, tutela dei diritti e della dignità umana⁴⁵. Se cerchiamo di capire cosa il *rule of law* possa dirci 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, ci troveremo in grosse difficoltà. 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»⁴⁶. Ciò potrebbe significare che, mentre il *rule of law* sembra essersi espanso riempiendosi di implicazioni «sostantive», di contenuto, il *Rechtsstaat* ha subito viceversa già in epoca liberale 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 regime⁴⁷: ciò non sarebbe neppure immaginabile in

⁴⁴ Ho sviluppato questo argomento in *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di M. Ainis e G. Pitruzzella, Bari 2019, 65 ss.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in *Dworkin and his critics* (Burley J. ed.), Malden, MA-Oxford 2004, 318.

⁴⁷ Pur con qualche adattamento (cfr. le «tendenze divergenti» - cioè le vistose limitazioni della tutela giudiziaria - segnalate da F. PERGOLESI, *Su lo "Stato di diritto"*, Padova 1932, ora ristampato in *Scritti minori*, I, Bologna, s.d., 52), che lo Stato fascista fosse uno Stato di diritto era "opinione dominante in Italia": O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1937⁶, 122 (in nota). Secondo F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Torino 1932, 15, nello Stato fascista i presupposti dello Stato di diritto si sarebbero anzi addirittura "perfezionati". Ancora in seguito, nonostante le leggi razziali, M. T. ZANZUCCHI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 1940³, scriveva che "non si può aver il più piccolo dubbio nel dire che il nostro Stato è ancora Stato di diritto"; mentre E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino 1937, 494 s., definisce lo Stato fascista come "Stato legale" e "Stato di diritto" (sulla distinzione concettuale cfr. la precedente n. 50). Tra i teorici dello Stato corporativo come completamento dello Stato di diritto, cfr. ad esempio C. COSTAMAGNA, *Lo Stato corporativo quale Stato di diritto*, in *Diritto del lavoro* 1928, I, 397 ss. (in polemica con Maggiore). Sul piano della filosofia del diritto, la tesi per cui lo Stato fascista "è... e vuol essere, Stato di diritto" godeva dell'autorità di G. Del Vecchio (la citazione si trova in *Stato fascista e vecchio regime*, in *Saggi intorno allo Stato*, I, Roma 1935, 206). Per un quadro riassuntivo del dibattito cfr. F. BATTAGLIA,

riferimento al *rule of law*. Non si tratta quindi di concessioni alle mode linguistiche, sembra che dietro la sostituzione dei termini si celi 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 in senso contenutistico ad opera delle costituzioni democratiche (il *sozialer Rechtsstaat* della costituzione tedesca). La differenza emerge in due punti essenziali e fortemente interdipendenti: la rinuncia alla *statualità* dello Stato di diritto e l'emarginazione del suo carattere *sociale*.

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. Il termine origina, del resto, nel diritto pubblico britannico, e mantiene 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»⁴⁸. È un'affermazione che può risultare un po' antiquata nel contesto dello Stato moderno⁴⁹, ma si rileva utile a valorizzare i tratti «de-statalizzati» del *rule of law* e 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 Stati⁵⁰. 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 sociale⁵¹. In campo internazionale vi sono «istituzioni jusergenerative»⁵² 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 politiche⁵³.

Stato etico e Stato di diritto, in *Riv. int. fil. dir.* 1937, 237 ss. *Contra*, ma con percorsi diversi, cfr. C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formola: Rechtsstaat*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, I, 388 ss. 400 ss.; F. D'ALESSIO, *Aspetti attuali del diritto pubblico italiano*, in *Foro amm.* 1927, IV, 89 ss. Della cosa si è discusso anche dopo l'avvento del regime repubblicano e costituzionale: cfr. R. TREVES, *A proposito della polemica su Stato di diritto e Stati totalitari*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1956, 333 ss.

⁴⁸ 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).

⁴⁹ Così J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris* 1989, 79 ss., 80.

⁵⁰ Cfr. G. PALOMBELLA, *È 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.

⁵¹ Su cui vedi, in questo volume, il contributo di B. PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*.

⁵² G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 136.

⁵³ G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 65.

Si aprono scenari suggestivi sull'imponente e incoerente movimento che spinge verso la produzione del diritto a livello globale: un processo che è ancora lungi da compiersi e non è affatto privo di incognite, e su cui non intendo trattenere il lettore in questa sede⁵⁴. Vorrei concludere riprendendo le fila del discorso che si è svolto sin qui, e che hanno cercato di legare le diverse fortune dello Stato di diritto con le diverse ideologie che ne hanno riempito il contenuto: ideologie fortemente legate al rapporto tra il potere e la sua legittimazione, i limiti ad esso imposti e i diritti alla protezione dei quali quei limiti era preordinati.

Nel nuovo scenario di un mondo globalizzato, che ha superato il sistema confinario degli Stati sovrani, in cui la libera circolazione rende assai arduo agli Stati di imporre la *propria* disciplina dell'esercizio del potere e della tutela dei diritti, in cui le regole che disciplinano il mercato e i rapporti tra le persone tendono a riproporre una forma di prevalenza del diritto, il *rule of law*, quel diritto come si forma? L'idea che esso abbia un'origine "comunitaria" è molto suggestiva, ma lascia in ombra un aspetto: nulla ci dice su chi componga la "comunità". Lungo potrebbe essere l'elenco degli organismi internazionali che, a partire dalle istituzioni dell'Unione europea, svolgono funzioni di regolazione normativa e di applicazione delle norme poste: può essere che tra essi possano essere ricercati 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, per quanto ottimisti si voglia essere, 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 e legati al lavoro, ma persino di quelli della tradizione liberale: si pensi all'enorme sproporzione delle parti contraenti nei tanti contratti che ogni giorno ci capita, quasi inavvertitamente, di stipulare con i colossi del mondo digitale; oppure ai rischi a cui è esposto il risparmio – che l'art. 47 Cost. promette di tutelare e incoraggiare – a fronte dello strapotere esercitato da organismi privati come le agenzie di *rating* o alla sovranità che sta acquisendo il sistema bancario europeo.

L'ideologia ha sempre affrescato le volte dello Stato di diritto, luogo in cui si sono elaborati gli schemi teorici dei rapporti tra potere e diritti dei soggetti su cui il potere incombe. L'ideologia che colora lo «Stato di diritto oltre lo Stato» e il mercato: o meglio, una visione distorta e liberista del mercato, che vede nello Stato e nelle istituzioni politiche non il naturale regolatore, ma un intralcio al libero dispiegarsi della magia dell'autoregolazione. Però, se è nella dimensione della nazionalità che si manifestano i diritti fondamentali (i diritti che sono posti a fondamento della comunità nazionale) e vengono tutelati i diritti costituzionali, quanto più sbiadisce il ruolo degli Stati nella globalizzazione, tanto meno quei diritti riescono a preservare la loro pregnanza. I diritti sono prodotti della storia, del duro conflitto sociale che l'ha segnata: nella dimensione globale si perde la storicità dei diritti, tanto è vero che ai diritti costituzionali, che della storia sono l'eredità, si sostituisce l'ambigua categoria dei «diritti umani», collocati in una dimensione a-storica, diritti apolidi, attribuiti non sulla base della cittadinanza, ma riconoscibili a un uomo generico, ridotto alla

⁵⁴ Rinvio a R. BIN, *Rule of Law e ideologie*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino e V. Villa, il Mulino, Bologna 37 ss.

«astratta nudità dell'essere-nient'altro-che-uomo»⁵⁵. Siamo parlando di quel massimo comun divisore dei diritti che non può «non connotare l'identità della persona, di qualsiasi persona»⁵⁶.

L'esaltazione del ruolo dei diritti umani, così frequente e insistita nella letteratura contemporanea, sembra attribuire una valenza positiva alla globalizzazione, la propone come conquista dell'umanità. L'internazionalizzazione sembra proseguire la strada della costituzionalizzazione dei diritti, consentendo lo sviluppo di una «nozione internazionale di Stato di diritto», una sintesi tra il *Rechtsstaat* e il *rule of law* che si basa su fattori diversi ma convergenti, quali la definizione di un minimo di regole fondamentali poste a beneficio di tutti gli uomini e opponibili agli stati, la cui sottomissione al diritto internazionale apre la prospettiva di una “giuridicizzazione” del rispetto dei diritti dell'uomo⁵⁷. Il sistema dei diritti umani sembra capace di imporsi come una autorevole “lingua franca” che detta agli Stati gli standard relativi a come essi devono trattare coloro che sono sottoposti alla loro giurisdizione; le istituzioni internazionali - ma soprattutto le giurisdizioni nazionali, che spesso ad essi guardano ammirate – sono incaricate di vigilare sulla loro applicazione⁵⁸. In qualche modo, attraverso i diritti umani – a cui si richiama una «*active agitation*» che mobilita l'opinione pubblica contro gli Stati che non rispettano la dignità dell'uomo⁵⁹ - lo Stato di diritto sembra riprendere vigore come «parola di lotta», anche come segno di resistenza alla globalizzazione economica e contro gli effetti deleteri che da essa derivano per le persone e per i popoli⁶⁰. Ma è una «parola di lotta» che sembra riportarci molto indietro, alla prima origine dello Stato di diritto, quando lo Stato non era il nemico ma il protettore dei diritti individuali, minacciati non dalle istituzioni pubbliche, ma dallo strapotere di altri soggetti privati. Che nuovamente sembra essersi impossessati di un potere incontrollato.

Suscita una certa impressione osservare come, a distanza di un paio di secoli o poco più, ai temi e alle varianti storiche dello Stato di diritto si riallaccino temi e varianti che non appaiono mutati nella loro sostanza, ma essenzialmente nella dimensione geografica in cui si collocano. Nella dimensione sovranazionale della globalizzazione tornano a prendere vigore rivendicazioni che ormai apparivano aver perso attualità nella dimensione interna, essendosi da tempo chiusa la pagina storica in cui i privati chiedevano al sovrano la protezione nei confronti del potere di altri privati. Oggi è proprio questa la rivendicazione che riassume vigore e attualità. Il fenomeno della concentrazione della ricchezza su scala mondiale – concentrazione che si manifesta in percentuali non molto diverse dalle condizioni economiche che hanno generato la Rivoluzione francese - porta con sé anche la concentrazione del potere di influire sulla vita di miliardi di persone senza incontrare alcun limite o condizionamento da parte di soggetti politici legittimati dal consenso democratico. Diseguaglianza irrimediabile e potere incontrollato in mano a soggetti non politicamente responsabili, che costituirono un tempo le condizioni di fatto che produssero i moti rivoluzionari da cui germogliò lo Stato di diritto, sono oggi le condizioni che si ripetono nel mondo globalizzato. In esso anche la “qualità” dei diritti precipita verso livelli minimi: i diritti umani, appunto; e le “persone”, avendo il titolo di “cittadino” perso il suo significato politico, possono esercitare i loro diritti solo nella misura in cui indossino il costume adatto al loro ruolo nel mercato: quello di “consumatori”.

⁵⁵ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino 2004, 415.

⁵⁶ G.M. FLICK, *I diritti umani nell'esperienza europea e locale: una risposta ai problemi della globalizzazione?*, in *Pol.dir.* 2003, 147.

⁵⁷ Cfr. J. CHEVALLIER, *L'État post-modern*, Paris 2003, 153 s. Cfr. anche, più diffusamente, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?* cit.

⁵⁸ Cfr. A. BUCHANON, *The heart of human rights*, Oxford, NY 2013, 124.

⁵⁹ Cfr. per es. A. SEN, *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy and Public Affairs* 2004, 343.

⁶⁰ Cfr. R.G. TEITEL, *Humanity's Law*, Oxford, NY 2011, 9.