

STATO DI DIRITTO

(prima bozza non corretta)

1. *L'origini e lo sviluppo della nozione di Stato di diritto.* - L'impiego dell'espressione "Stato di diritto" (*Rechtsstaat*) si afferma nella letteratura del primo liberalismo tedesco (quindi nei primi decenni del XIX sec.) per denotare un nuovo tipo di Stato, un modello inedito di rapporti tra potere politico, ordine giuridico e individui¹. Era il nuovo Stato, ispirato ai principi dell'illuminismo e alle "leggi della ragione", che veniva allora affermandosi (almeno negli auspici dei suoi propugnatori) in sostituzione dei precedenti tipi di organizzazione del potere politico: il dispotismo illuminato, che costituiva l'estrema maturazione dell'assolutismo, e prima ancora la teocrazia. Lo Stato di diritto nasce perciò sulle spalle del *Polizeistaat*, con l'ambizione di sottoporlo alle regole del diritto, e in particolare del diritto civile².

Le premesse su cui poggia la nozione di Stato di diritto sono inizialmente chiare e ristrette: al centro sono poste la libertà e l'autonomia dell'individuo, nonché l'eguaglianza formale dei soggetti di diritto; ciò comporta, in primo luogo, il riconoscimento dei diritti fondamentali dei cittadini, e, come conseguenza imprescindibile, la certezza e prevedibilità del diritto, la supremazia della legge rispetto all'amministrazione, il controllo giurisdizionale di questa e le garanzie di indipendenza dei giudici³. In seguito però questi stessi presupposti dello Stato di diritto si caricano di implicazioni ideologiche così pervasive, da trasformare la semplice caratterizzazione di un tipo di Stato in una vera e propria ideologia dell'organizzazione politica e delle sue funzioni. Il concetto di legge e il significato dell'autonomia della società civile dallo Stato sono i due percorsi, strettamente intrecciati per altro, che conducono verso la colorazione in senso ideologico della nozione di Stato di diritto.

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

¹ Naturalmente sulla paternità della nozione di Stato di diritto ("*apparently invented by von Mohl*", come nota I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London 1959⁵, 48, in nota) non mancano contestazioni né 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, che 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.). Il che non deve stupire, dato che la teoria del *Rechtsstaat* indubbiamente si giova della dottrina assai più risalente dei limiti del potere regio: come per altro era perfettamente chiaro anche ai primi teorici del *Rechtsstaat*: cfr. R. von MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, I, Graz 1960 (rist. dell'ed. 1855), 227 ss.

² O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Berlin 1924³, 55 s.; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution cit.*, 488.

³ Cfr. E. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, 56.

dall'arbitrio"⁴. 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 cittadini⁵; 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 ciò vale per qualsiasi legge?

A porsi la domanda è lo stesso autore cui si è soliti attribuire la prima teorizzazione del *Rechtsstaat*, Robert von Mohl: nell'opera dedicata al sistema costituzionale del Württemberg⁶, 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-limitazione solo se è il prodotto di un procedimento pubblico a cui gli individui siano chiamati a partecipare attraverso un sistema effettivamente rappresentativo⁷.

Sulle modalità della partecipazione popolare al processo legislativo si sposta perciò inevitabilmente l'attenzione. La teoria "storica" dello Stato di diritto ha un'impronta liberale, non democratica. Il dispotismo contro cui essa si erge, opponendogli il nuovo tipo di Stato, non è necessariamente e esclusivamente monarchico, ben potendo essere democratico, come già aveva indicato Aristotele con la contrapposizione, nella teoria delle democrazie, tra la sovranità della legge e la sovranità delle masse⁸. La partecipazione dei cittadini e le libertà politiche sono assicurate come perfezionamento delle libertà civili, come loro garanzia (le libertà politiche stanno alle libertà civili come la garanzia al credito, secondo un celebre aforisma di M.me de Staël⁹); ma la loro garanzia arriva sin dove esse non minaccino le libertà civili e la proprietà, trasformando la legge da strumento della ragione in serva delle passioni. In ciò la teoria "storica" dello Stato di diritto contiene la giustificazione dello Stato censitario, da tutti accettato¹⁰. La garanzia che la legge sia opera della "ragione" e non delle "passioni" sta proprio nel filtro imposto alla rappresentanza, che limita l'accesso agli organi legislativi a coloro 'che hanno', che sono azionisti dello stato, e a coloro 'che sanno': solo così si può assicurare la neutralità della legge rispetto all'ordinamento sociale¹¹ e impedire che si cerchi di raggiungere il benessere non con l'onesto lavoro ma con la politica¹². Per altro verso, la "ragione" reclama leggi che dispongano in via generale e astratta, dove

⁴ 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.

⁵ L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre I*, Stuttgart 1869², 87.

⁶ *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1840, 88.

⁷ 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.

⁸ *Politica*, IV 4-5, 1292 a.

⁹ *Reflexions sur la paix intérieure (1796)*, in *Oeuvres complètes I*, Paris 1871, 57 s.

¹⁰ Cfr. E. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung cit.*, 59, n. 24.

¹¹ Di "Stato neutro e imparziale tra le classi" come caratteristica saliente dello Stato di diritto (con riferimento alla concezione di Gneist) scrive M. RUINI, *La distinzione tra società e Stato e la teoria dello Stato di diritto*, Roma s.d. (1905?), 11.

¹² Cfr. B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles 1851, 143-145.

l'astrattezza è la "foglia di fico" che copre le profonde ingiustizie che segnano di fatto l'ordine sociale¹³.

Che la legge non possa sovvertire l'ordinamento sociale è il risvolto prescrittivo del principio di separazione tra ordine politico e ordine sociale, il quale costituisce uno dei capisaldi dello Stato di diritto. Per questa via penetra nella teoria del *Rechtsstaat* l'ideologia liberale relativa ai compiti dello Stato, ridotti alla sicurezza e alla garanzia dei diritti dei singoli¹⁴. È stato messo in chiaro come nelle prime teorizzazioni del *Rechtsstaat* non fosse affatto netta la delimitazione delle finalità dell'azione del potere pubblico: la contrapposizione con il *Polizeistaat* guardava all'aspetto dispotico dell'esercizio del potere, non al perseguimento del benessere dei cittadini di cui era stato propugnatore: riguardava i *modi* in cui lo Stato agiva, non le sue *finalità*. Come aveva polemicamente osservato lo stesso Mohl¹⁵, chi vorrebbe vivere in uno Stato che si preoccupi solo di amministrare la giustizia e non anche del benessere dei cittadini? La delimitazione dei compiti dello Stato, con il rifiuto di ogni intervento mirato al *Wohlfahrt* dei cittadini, è quindi un'aggiunta ideologica spuria e successiva, che risponde ad una fase in cui la sicurezza interna e esterna erano ormai date per acquisite e perciò l'intervento dello Stato non era più apprezzato, quasi fosse esso diventato il principale nemico degli individui, non il garante dei loro diritti¹⁶. Questo modo di intendere lo Stato di diritto individua un *limite materiale* e negativo all'azione del potere pubblico, alle stesse finalità dello Stato, che non deve perseguire altro scopo che la tutela del diritto.

Per questa via il concetto di Stato di diritto perde la sua originaria carica polemica¹⁷ nei confronti del passato, deviando dall'obiettivo storico di porre limiti al potere *politico* dello Stato. La centralità della legge come strumento pone in secondo piano la legittimazione del potere – dello stesso potere legislativo - e i suoi limiti: la legge è di per sé il punto di partenza di ogni discorso sulla legittimazione, poiché legittimo è il potere che si fonda sulla legge e si svolge nell'alveo dei limiti da essa tracciata. La nozione di Stato di diritto così si tecnicizza e depoliticizza¹⁸, perde di vista il problema dei limiti posti alla discrezionalità del potere politico e si concentra piuttosto sulle modalità di esercizio dell'attività amministrativa: come

¹³ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma – Bari 2007, 103.

¹⁴ L'antesignano di questa ideologia è indubbiamente W. von Humboldt, la prima versione del cui saggio sui limiti dell'azione dello Stato risale agli anni della Rivoluzione francese: cfr. *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, tr. it. di G. Perticone, Milano 1963, spec. 17 ss.

¹⁵ *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 cit.*, 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.

¹⁶ Così H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 779. Per una forte affermazione dell'autonomia della società civile, che ormai si era "sciolta" in uno Stato ormai quasi fatto da "impiegati", H. D. AHRENS, *Juristische Enzyklopädie*, tr. it. *Enciclopedia giuridica*, Milano e Verona 1856, I, 318 ss.

¹⁷ "Parola di lotta" la definisce M. RUINI, *La separazione cit.*, 10 e 45.

¹⁸ Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto cit.*, 111. L'origine di questa trasformazione è individuata da Costa nella visione organica di J. Stahl

afferma Stein¹⁹, lo Stato di diritto non riguarda tutto il diritto, ma solo quella parte che regola l'azione del potere esecutivo. La legge costituisce il fondamento e il limite del potere *amministrativo*, il quale - per corrispondere ai dettami dello Stato di diritto - deve essere sottoponibile al controllo del giudice, come progressivamente avviene grazie all'evoluzione dei sistemi di giustizia amministrativa.

Questo secondo modo di intendere lo Stato di diritto individua solo un *limite formale* all'azione dei poteri pubblici, i quali possono perseguire qualsiasi finalità purché rispettino le forme legali. Secondo la fortunata espressione di Stahl, il *Rechtsstaat* non esprime lo scopo o l'oggetto dell'attività dello Stato, ma solo il modo e il metodo di realizzarli²⁰: dallo "scopo" si è passati alla "forma" dello Stato²¹; e lo Stato di diritto (il *Rechtsstaat*) finisce con confondersi con il diritto dello Stato (lo *Staatsrecht*)²², e col legame gerarchico che sottopone tutti gli atti pubblici alla legge. Per soddisfare questa concezione formale del *Rechtsstaat* basta che il diritto amministrativo sia "ben ordinato"²³: la garanzia dei diritti scivola in secondo piano, riducendosi essenzialmente alla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi, non anche della legge. La legge è svincolata da ogni limite giuridico e gli individui non hanno garanzie *giuridiche* nei suoi confronti: vi si oppongono i miti della sovranità dello Stato e dell'onnipotenza della legge.

Lo Stato sovrano non può subire limiti giuridici imposti da un'autorità superiore, perché altrimenti trasferirebbe ad essa la sua sovranità: per cui i limiti devono essere autoimposti, costituiti da regole che lo Stato stesso impone a se stesso (teoria dell'autolimitazione²⁴). Alle stesse conclusioni conduce l'ideologia, soprattutto francese, della sovranità del legislatore: Carré de Malberg, per esempio, nega che in Francia si fosse realizzato un vero e proprio Stato di diritto, che costituisce un sistema di difesa dei diritti dei cittadini anche nei confronti del legislatore, contrapponendo ad esso l'*État légal*, che sottopone a vincoli giuridici il potere amministrativo e quello giudiziario, ma non offre ai cittadini altre garanzie contro la legge se non "*le bon vouloir de l'autorité législative*", fattore evidentemente privo di valore giuridico²⁵.

La riduzione dello Stato di diritto ad un concetto tecnico e formale ha spinto perciò a costruire fuori del diritto il sistema delle garanzie dei diritti individuali nei confronti della legge. Se esse dipendono dalla moderazione dell'organo legislativo,

¹⁹ *Die Verwaltungslehre*, cit., 297 s.

²⁰ Così la famosa affermazione di J. F. STAHL, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, Heidelberg 1856³, 138. Sull'evoluzione del significato attribuito alla nozione di *Rechtsstaat* cfr., tra i moltissimi, G. DIETZE, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, cit.; E. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung cit.*, 59 ss.; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997, 263 ss. Nella letteratura italiana cfr. G. GOZZI, *Democrazia e diritti*, Roma - Bari 1999, 35 ss. e P. COSTA, *Lo Stato di diritto* cit.

²¹ M. RUINI, *La separazione cit.*, 46.

²² Sui rapporti tra reciproci cfr. G. DIETZE, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, cit., 17 ss.

²³ Secondo una celebre definizione di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, cit., 58.

²⁴ Per la teoria della *Selbstverpflichtung* cfr. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen 1905², 195 ss. e 234 ss.; R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1916⁵, 293 ss.

²⁵ *Contribution cit.*, I, Paris 1920, 490 ss. (la cit. è a pag. 493). I motivi per cui la costituzione francese non si prestava ad un controllo di costituzionalità sulle leggi sono ampiamente illustrati dall'A. in *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931, 124 ss.

questa è garantita dalla composizione di esso, non da altro. Il suffragio censitario costituisce infatti un filtro capace da solo di selezionare gli interessi che hanno accesso alla produzione delle leggi e ad assicurare che queste non tenderanno mai a sovvertire l'ordine sociale. Il sistema censitario assicura così che l'ordine politico rispetti (e rispecchi) l'ordine sociale, che lo Stato non s'intrometta nella società civile, che l'autonomia di questa non sia minata da decisioni arbitrarie di quello. Ma queste garanzie sono sottratte alla legge stessa, mentre dalla legge dipendono interamente le garanzie delle libertà e dei diritti individuali. In altri termini, il potere politico dello Stato è libero dai vincoli posti dalla legge, mentre i diritti sono determinati e garantiti dalla legge dello Stato.

2. *“Rule of law” e sua applicazione negli Stati Uniti.*- La teoria dello Stato di diritto ha uno sviluppo tutto interno al pensiero giuspubblicistico tedesco. Ma essa muove da esigenze e verso obiettivi che sono percepiti e condivisi anche fuori della cultura d'origine, perché sono il prodotto di condizioni storiche identiche che si sono realizzate anche in altri paesi di tradizione liberale.

È usuale confrontare la nozione di *Rechtsstaat* con il concetto di *rule of law* comune nella letteratura di lingua inglese: le due nozioni sono tanto diverse quanto lo sono le rispettive storie costituzionali e i corrispondenti ordinamenti giuridici²⁶. Come spiega Dicey²⁷, sotto il termine *rule of law* vengono riassunti tre concetti diversi: il principio di legalità delle pene (nessuno può essere punito se non in forza di una previa norma di legge e con le garanzie di un procedimento giudiziario) e quindi il rifiuto di ogni imposizione arbitraria; il principio dell'eguaglianza giuridica, ossia della soggezione di tutti alla legge, senza alcun privilegio per i pubblici funzionari; il principio per cui i diritti e le libertà non sono garantiti da un atto normativo, dalla cui permanenza in vigore sono condizionati, ma dalla concreta prassi dei giudici, per cui il diritto costituzionale configura “non la fonte, ma la

²⁶ Sul rapporto tra le due nozioni cfr. G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, 399 ss., 403 ss.; V. ZANGARA, *Lo Stato di diritto in evoluzione*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, I, Milano 1984, 65 ss. (spec. 89 ss.); D. ZOLO *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto cit.*, 23 SS.. Per uno studio approfondito sulle evoluzioni e le convergenze che esse (e l'*Etat de droit* francese) hanno subito nel corso del tempo cfr. L. HEUSCHLING, *Le renard d'un comparatiste: l'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales*, in *L'Etat de droit en droit international* Paris 2009, 41 ss. Le opinioni sul punto sono assai divise: per es. J. FINNIS, *Natural law and Natural Rights*, Oxford - New York 1980, 272, traduce *Rechtsstaat* con *constitutional government*, che darebbe connotato dalla certezza e la prevedibilità del diritto, mentre il *rule of law* include *justice and fairness* (questa posizione, erede della teorizzazione di Dicey, è stata però contestata sul piano della filosofia pratica da J. RAZ, *The rule of law and its virtue*, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, 210 ss.). All'opposto, nega che esistano differenze sostanziali tra le due nozioni, entrambe intrise di valori sociali, N. MacCORMICK, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, in *Juristenzeitung* 1984, 65 ss. Che il *Rechtsstaatsprinzip* sia orientato a criteri di giustizia materiale e procedurale è ampiamente sostenuto da P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986, 333 ss.; ma in questo senso cfr. già U. SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, in E. FORSTHOFF (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968, 490 ss. Per un altro verso già B. LEONI, *Freedom and the Law* (1961), tr. it. *La libertà e la legge*, Macerata 1994, 67 ss. aveva sottolineato le affinità ideali che le due nozioni avevano in origine, i motivi del loro successivo divergere e dell'attuale riavvicinamento, dovuto essenzialmente al piegarsi anche del diritto inglese alla prevalenza del diritto legislativo su quello giurisprudenziale e la perdita di certezza del diritto nel tempo che essa comporta. Sul punto cfr. anche, sviluppando gli spunti di Leoni, G. FASSO *Stato di diritto e stato di giustizia*, in *Riv. int. fil. dir.* 1963, 116 ss.

²⁷ *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, VIII ed. (1915), tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna 2003, 156

conseguenza dei diritti individuali come essi sono definiti e garantiti dalle corti di giustizia”²⁸.

È evidente che deriva da quest’ultimo principio la garanzia dei diritti anche *contro* la legge voluta dal Parlamento, ossia la resistenza che l’interpretazione dei diritti fornita dai giudici può opporre alla indiscussa supremazia della legge. Su questa matrice s’innesta la variante statunitense: avendo introdotto un *bill of rights* come parte della Costituzione, ai diritti e alle libertà degli individui è stata offerta la stessa garanzia accordata a quest’ultima, ossia la prevalenza “gerarchica” (per usare un termine ben noto alla nostra cultura giuridica) sulle leggi ordinarie. Come spiegava Bryce²⁹, la variante americana impiantata sul ceppo inglese non cambia la posizione dei giudici rispetto al legislatore, la loro subordinazione alla legge, ma semplicemente affida ai tribunali il compito di far prevalere la legge superiore, quella costituzionale, su quella inferiore: sicché il Parlamento diventa un organo che esercita un potere “delegato” e limitato, non diverso – osserva Bryce - da quello che nell’esperienza inglese avrebbe potuto essere riferito ad un’agenzia amministrativa. Ma è anche ovvio che questo modello indica una via d’uscita assai promettente per tutti quei paesi in cui l’evoluzione politica non sopporta più che la legalità del potere sia difesa soltanto dal filtro costituito dal suffragio censitario.

Si tratta però di una prospettiva ancora lontana. Nel frattempo sia i teorici tedeschi del *Rechtsstaat* sia la dottrina inglese del *rule of law*, di fronte all’impossibilità di individuare garanzie certe nei confronti della discrezionalità illimitata del potere legislativo, approdano allo stesso ormeggio, cioè alla forza dell’opinione pubblica³⁰. In un sistema rappresentativo qual è presupposto dallo Stato di diritto, l’opinione pubblica esercita il suo controllo sull’organo legislativo attraverso le elezioni: per cui l’estensione del suffragio delimita l’area dei soggetti di cui è ammesso l’ingresso nel “sistema” dello Stato di diritto e delle sue garanzie. A chi resta escluso dal sistema non rimane che la contestazione di esso, divenendo perciò una minaccia per l’ordine pubblico, come tale combattuto con gli strumenti repressivi predisposti dallo Stato di diritto stesso: nel pieno rispetto del principio di legalità, fintantoché sia possibile, con ogni deroga imposta dallo stato d’assedio altrimenti, poiché lo stato d’assedio “rappresenta un complemento dello Stato di diritto”³¹. Né, d’altra parte, associare alla rappresentanza parlamentare i larghi strati sociali dei non-abbienti avrebbe potuto farsi senza sovvertire i presupposti stessi dello Stato di diritto di stampo liberale: l’eguaglianza formale dei soggetti di diritto avrebbe dovuto fare i conti con le istanze di eguaglianza sostanziale, la separazione tra l’ordine giuridico e l’ordine sociale avrebbe dovuto cedere di fronte alla

²⁸ *Ibidem*, 168.

²⁹ *The American Commonwealth*, Indianapolis, Ind. 1995 (riedizione della III. ed, London 1914), I, 220 s.

³⁰ Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto* cit., 126 s.

³¹ E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, Torino 1983, 28. Come aveva osservato J. Donoso Cortés, nel suo celebre *Discorso sulla dittatura* (1849), “quando la legalità basta per salvare la società, sia la legalità, quando non basta, sia la dittatura... la dittatura, in certe circostanze... è un governo legittimo, buono, utile come qualsiasi altro”.

prevedibile richiesta di profonde riforme sociali, la legge avrebbe perso la sua necessaria astrattezza, la proprietà sarebbe stata ristretta da vincoli di tipo sociale e corrosa dalla tassazione necessaria a sostenere politiche di intervento pubblico. Il che sarebbe puntualmente accaduto, ma nell'ambito rassicurante delle garanzie fornite dalla costituzione, "rigida" e "garantita".

3. *Lo Stato di diritto costituzionale e la contrapposizione tra Stato di diritto e Stato sociale.* – L'introduzione delle moderne costituzioni rigide espande la portata dello Stato di diritto. L'affermarsi del suffragio universale e del principio democratico rafforza il credito nei confronti dello Stato di diritto³², ormai definitivamente slegato dai presupposti dell'ideologia liberale e dai meccanismi censitari di restrizione della rappresentanza. Al centro dell'attenzione non vi è più soltanto il rapporto tra la legge e l'atto amministrativo, perché il sistema delle fonti del diritto si complica, proprio come era accaduto nell'esperienza americana descritta da Bryce. Anche la legge perde la sua illimitatezza, e quindi la sua potenziale arbitrarietà, perché viene sottoposta ad una legge superiore, la Costituzione, il rispetto della quale è garantito dalla competenza di un giudice.

A questa maggiore complessità del sistema delle fonti è offerta un'organizzazione teorica dalla *teoria gradualistica* di Merkl e Kelsen, la quale fornisce gli strumenti *formali* per risolvere un assai complesso problema *sostanziale*, derivante dall'introduzione del suffragio universale. La Costituzione rigida, includendo nei suoi principi sia la tutela delle libertà e della proprietà, che costituivano il nucleo gelosamente custodito dalla tradizione liberale, sia i programmi sociali promossi dalle nuove forze politiche ammesse nella rappresentanza parlamentare, assicurava a tutte le componenti che la volontà della maggioranza parlamentare non avrebbe potuto eccedere i limiti posti dal patto costituzionale. Il conflitto tra la legge ordinaria e i principi costituzionali viene concepito pertanto come un conflitto tra norme e, in quanto tale, "giuridicizzato", affidato ad un giudice. Lo Stato di diritto, che per tanto tempo si è saldato con una visione liberale e borghese della politica e del suo rapporto con l'ordine sociale, riesce ad espandere la sua prospettiva e adattarsi all'evoluzione in senso democratico dell'ordinamento e dei compiti dei poteri pubblici: ed estende l'area della legalità e della tutela giurisdizionale anche alla stessa legislazione, ponendo ad essa limiti e controlli che impediscono un uso arbitrario del potere.

Quest'evoluzione non è avvenuta senza un serio travaglio teorico, che in effetti si è acceso prima negli anni della Costituzione di Weimar e si è sviluppato poi con riferimento alle costituzioni del secondo dopoguerra³³. Erede della propria

³² Scrive B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris 1930², 15, che lo Stato di diritto è "la démocratie exprimée en langue juridique", poiché solo la democrazia può realizzare la "supériorité du droit".

³³ Sul dibattito intercorso in Italia e in Germania durante la dittatura attorno al rapporto tra Stato di diritto e "Stato etico" o "Stato di giustizia", cfr. Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto* cit., 143 ss. Per il dibattito italiano durante il fascismo si rinvia al § successivo.

tradizione culturale, la Legge fondamentale tedesca del 1949 identifica la Repubblica federale come un *Rechtsstaat*, ma la definisce anche come un *Sozialstaat*³⁴. Il binomio *sozialer Rechtsstaat*, adottato per definire la forma di Stato tedesca³⁵, fu guardato dalla dottrina più legata alla tradizione liberale come un ossimoro, una contraddizione che non avrebbe potuto sciogliersi se non al prezzo di far prevalere i valori liberali della libertà individuale e della proprietà privata, oppure di sacrificarli definitivamente ad un programma di tipo socialista. Mentre nello *Stato di diritto* si legge in filigrana la contrapposizione tra potere politico e società civile, nello *Stato sociale* s'intravede piuttosto la contrapposizione tra lo Stato e la società industriale capitalistica, essendo questa l'oggetto del programma di riforme rivolte all'integrazione sociale³⁶. L'affermazione delle libertà individuali e della proprietà sancite dai primi articoli del *Grundgesetz* devono perciò essere reinterpretati alla luce delle limitazioni che occorreranno per attuare lo Stato sociale; la proprietà privata deve conciliarsi con l'interesse generale; così come il fondamentale principio dell'eguaglianza formale dei cittadini deve cedere di fronte a leggi "diseguali", che perseguono obiettivi di perequazione sociale; e l'azione dell'amministrazione non potrà più limitarsi all'esecuzione della legge secondo i dettami del principio di legalità, ma dovrà accrescere enormemente le sue funzioni e tecnicizzarsi per assicurare una vasta gamma di servizi alla società³⁷. Se lo Stato di diritto rivendicava l'autonomia degli individui dallo Stato, lo Stato sociale invoca l'intervento dello Stato. Ma questo non potrà non riflettersi anche sugli strumenti dell'azione pubblica, poiché non basterà di certo agire tramite legislazione, perché il perseguimento di obiettivi "positivi" dovrà portare per necessità alla dilatazione degli apparati amministrativi e soprattutto della loro discrezionalità, vero e proprio "cavallo di troia" nelle mura dello Stato di diritto³⁸.

La difficoltà di conciliare *Rechtsstaat* e *Sozialstaat* è stata imputata anche alla natura profondamente diversa delle due nozioni. Mentre la prima riveste la precisione tecnica di un concetto giuridico - riassumendo istituti consolidati come la divisione dei poteri, la legalità dell'amministrazione, l'indipendenza dei giudici, l'eguaglianza formale e la garanzia dell'autonomia dei privati e dei loro diritti – il secondo appare collocarsi sul piano dell'indicazione programmatica dei fini che devono essere perseguiti dagli organi pubblici, e segnatamente

³⁴ Artt. 20 e 28 GG.

³⁵ L'espressione, impiegata nell'art. 28 GG (e non quindi nella prima parte, dedicata ai diritti fondamentali), è ripresa dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sin dalle sue prime decisioni per farne uno dei principi fondamentali che devono guidare l'interpretazione delle leggi e della Costituzione stessa (cfr. *BVerfGE*, 1, 105), compresi i diritti fondamentali (cfr. tra le prime *BVerfGE*, 4, 102; 7, 405) e la proprietà (cfr. *BVerfGE*, 14, 277; 46, 334 e 49, 225 ss.; 53, 294; 53, 385; 69, 303).

³⁶ Per questa lettura cfr. E. R. HUBER, *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, Oldenburg 1962, spec. 11-13.

³⁷ Cfr. E. FORSTHOFF, *Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre*, tr. it. in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, 171 ss. e ID., *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, 105 ss.

³⁸ Cfr. H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, in *Demokratie und Rechtsstaat*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Z. Giacometti, Zürich 1953, 66.

dall'amministrazione³⁹. Insomma – sostengono i critici - le due nozioni non si fondono affatto in una qualificazione unitaria della “forma di Stato”, ma ripetono la tradizionale distinzione tra ciò che appartiene al “diritto” e ciò che invece spetta al “politico”⁴⁰. Da un lato la proprietà e i diritti “liberali”, che trovano in Costituzione una garanzia nei confronti del potere politico e della stessa legislazione; dall'altro i diritti sociali, che rappresentano compiti verso i quali la amministrazione dovrà attivarsi nei modi e nella misura definiti dalla legislazione ordinaria⁴¹.

4. *Stato di diritto e Stato costituzionale in Italia.* – In termini molto simili si è sviluppato il dibattito in Italia⁴². L'espressione ‘Stato di diritto’ (o altre equivalenti con cui spesso si traduceva *Rechtsstaat*⁴³) era entrata nell'uso della giuspubblicistica italiana di fine '800, riproducendo la diversità di significati e di prospettive che erano maturate nella letteratura tedesca⁴⁴. Tuttavia essa non rispondeva ad una tradizione linguistica o culturale autoctona. Infatti le istanze di legalità e di giustizia nell'amministrazione, della distinzione dei poteri, di eguaglianza formale e di tutela legale delle libertà⁴⁵ erano già incorporate nella dottrina della monarchia “costituzionale”, rispetto al quale lo Stato di diritto aggiungeva al più un ideale di maggior perfezione⁴⁶. L'espressione ‘Stato di diritto’ venne però recepita nell'accezione solo formale ed anche per questa ragione non s'impose come un termine pregnante e insostituibile: secondo la fortunata definizione di Ranalletti⁴⁷, “lo Stato, in quanto si sottopone al diritto, e di questo assicura l'osservanza anche in riguardo a sé medesimo, per mezzo di apposite istituzioni, è Stato di diritto”. Rimase perciò in dubbio l'utilità della locuzione “importata”⁴⁸, di cui si fece per lo più un

³⁹ Cfr. E. FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, tr. it. in *Stato di diritto in trasformazione*, cit., 46 ss., 60.

⁴⁰ Cfr. in questo senso A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova 1995, 14.

⁴¹ Cfr. E. FORSTHOFF, *Begriff und Wesen* cit., 60.

⁴² Sulle fortune della nozione di Stato di diritto nella letteratura italiana cfr. V. ZANGARA, *op. cit.* 84 ss.

⁴³ Sui problemi di traduzione del termine cfr. le considerazioni di I. ARTOM nell'*Introduzione* a R. GNEIST, *Der Rechtsstaat*, tr. it. con il significativo titolo *Lo Stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna 1884, III.

⁴⁴ L'illustrazione del dibattito tedesco di A. T. van KRIEKEN, *Über die sogenannte organische Staatstheorie* (1873), era stata resa disponibile nella tr. it di C. Artom, per la prima serie della *Biblioteca di Scienze politiche* diretta da A. Bruni, vol. VII, Torino 1891, 1339 ss.

⁴⁵ La stretta connessione tra il concetto di Stato di diritto e la tutela dei diritti di libertà quali diritti soggettivi rivendicabili nei confronti dello Stato-persona, è sottolineata in particolare da F. RUFFINI, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, Torino 1924, 156 ss. Mentre risale al celebre discorso di S. Spaventa del 1880 (ora in *La giustizia nell'amministrazione*, Torino 1949, 56 ss.) la connessione tra il *Rechtsstaat* e la tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione pubblica (p. 79). Sulla centralità della giustizia amministrativa nella dottrina dello Stato di diritto cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari- Roma 2001, 311-342.

⁴⁶ In questo senso A. MAJORANA, *Il sistema dello Stato giuridico*, Roma 1889, parlava dello Stato di diritto come di un “sistema”. Anche per M. RUINI, *La separazione* cit., 39, lo Stato di diritto, più che una teoria, è un sistema, un orientamento generale che abbraccia profili giuridici, sociologici e politologici; ed oltretutto è un orientamento dalla forte tendenza prescrittiva (pp. 77 s.).

⁴⁷ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli 1912, 142, secondo il quale lo Stato costituzionale presuppone lo Stato di diritto. Nello stesso senso già *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato di Diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, IV, 1.a parte, Milano 1904, 248 s.

⁴⁸ Cfr. L. RAGGI, *La parabola di un concetto*, cit. che nega che lo Stato di diritto possa essere oggetto di studio della scienza giuridica, perché non esprime un corpo unitario di concetti giuridici, ma piuttosto riassume una serie di “motti di battaglia” che contaminano istanze politiche e analisi giuridica: insomma, è una teoria priva di “sità giuridica” (p. 37). Ma già nel fortunato contributo di A. van KRIEKEN (*Della cosiddetta teoria organica* cit.) si era sostenuta l'inutilità della nozione (per l'identità tra diritto e Stato), il cui successo era da imputare a “una troppo vasta signoria delle parole” (p. 21 dell'estratto).

impiego del tutto generico, tale per cui ‘Stato di diritto’, ‘Stato o governo legale’⁴⁹, ‘Stato giuridico’⁵⁰, ‘Stato costituzionale’⁵¹ coprivano lo stesso spazio semantico. Prevalse comunque la visione *formale* dello Stato di diritto⁵², mentre l’uso “forte” della locuzione, legato ad una visione restrittiva dell’attività dello Stato, rimase presente solo a chi si proponeva di restaurare “lo Stato puro e formale, esente da ogni traccia di eudemonismo sociale, ridotto al minimo della sua stessa essenza logica *a priori: la giuridicità*”⁵³. Una prospettiva, come si vede, che - consapevolmente - si colloca più nella dimensione filosofica (o storica⁵⁴), relativa alla definizione dei fini dello Stato, che in quella più prettamente giuridica.

La concezione formale dello Stato che agisce “secondo diritto”, pur non esercitando un particolare fascino sui teorici, riuscì però a sopravvivere anche durante il fascismo [voce **Fascismo (dir. cost.)**], ancor meglio di come sarebbe sopravvissuta nella Germania nazista⁵⁵: che la monarchia fascista fosse, nonostante alcune “tendenze divergenti”⁵⁶, uno Stato di diritto era “opinione dominante in

⁴⁹ Cfr. A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, che spiega i motivi di questa scelta di traduzione del termine tedesco (p. 14, in nota).

⁵⁰ Cfr. A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, I, Torino 1896, 42; A. MAJORANA, *Il sistema dello Stato giuridico*, cit.; cfr. anche V. MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano 1913, 226 - 231; E. PRESUTTI, *Diritto costituzionale*, Napoli 1915, 145 - 157. E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino 1937, 53 s., distingue tra “lo Stato che agisce nell’orbita del diritto, che ha ogni manifestazione sua regolata dal diritto”, che “si dice Stato giuridico o Stato legale”, mentre lo Stato di diritto è subordinato al diritto, e riconosce garanzie giuridiche agli individui.

⁵¹ Cfr. per es. V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1897, 33 s. traduce *Rechtsstaat* con Stato giuridico e (p. 34) dice che il concetto si confonde con quello di Stato costituzionale; ID., *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1912, 59. Ma per una distinzione terminologiche tra le diverse traduzioni italiane del termine si veda la monografia di S. Panunzio citata nella n. 53.

⁵² Per la quale cfr., oltre Orlando e Ranelletti, anche F. FILOMUSI GUELFÌ, *La Codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Roma 1887, spec. 19 ss., nonché *Enciclopedia giuridica*, Napoli 1904⁴, 482 s., e autori ivi richiamati.

⁵³ S. PANUNZIO, *Lo Stato di diritto (Parte I, Libri I, II)*, Città di Castello 1921, 15.

⁵⁴ Sul superamento delle premesse storiche dello Stato di diritto, ossia delle finalità assegnate allo Stato, cfr. A. C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Arch. Giur.* 1932, 129 ss., 145 ss. Molto stringenti sono le osservazioni critiche nei confronti della sovrapposizione di letture sociologiche o filosofiche dello Stato alla nozione giuridica di Stato di diritto mosse da L. RAGGI, *op. cit.*, 31 s., anche se per questa via è inevitabile giungere alla svalutazione del significato della nozione.

⁵⁵ Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano 1986, 398 s., 404-414.

⁵⁶ Così F. PERGOLESÌ, *Su lo “Stato di diritto”*, Padova 1932 (ora ristampato in *Scritti minori*, I, Bologna, s.d.), in uno studio accurato della legislazione fascista, definisce alcune vistose limitazioni della tutela giudiziaria, auspicando che vadano scomparendo (p. 52).

Italia”⁵⁷, benché niente affatto pacifica⁵⁸, perché anzi la polemica proseguì sin nel dopoguerra⁵⁹.

Una parola d’ordine che aveva in origine caratterizzato il “manifesto” del liberalismo era stata così svuotata del tutto del significato primigenio, sino a risultare compatibile con un sistema di potere che del liberalismo *voleva essere* l’antitesi. Forse anche per questo nei lavori della Assemblea costituente [voce **Assemblea costituente italiana**] l’espressione ‘Stato di diritto’ è stata raramente impiegata in senso tecnico. Una manciata di citazioni o poco più - riferite, spigolando tra quelle più pregnanti, ad uno Stato regolato dalle leggi, in cui il diritto sia separato dalla morale⁶⁰, che assicura la divisione dei poteri⁶¹, l’indipendenza della magistratura⁶², la tutela giurisdizionale dei diritti⁶³ - dimostra come la locuzione fosse presente essenzialmente nel suo significato “formale”. Una concezione poco impegnativa, dunque, ben riassunta nella citazione che compare nella *Relazione* finale del presidente della Commissione Ruini⁶⁴: “tutti i poteri emanano dal popolo e sono esercitati nelle forme e nei limiti della costituzione e delle leggi; nel che sta l’altra esigenza dello «Stato di diritto»”⁶⁵.

Per il resto la Costituzione italiana, al contrario di quella tedesca⁶⁶, non impiega la formula, così come non vi vengono enunciati tutti i singoli principi che lo

⁵⁷ 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, *op. cit.*, 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, *Stato etico e Stato di diritto*, in *Riv. int. fil. dir.* 1937, 237 ss.

⁵⁸ Cfr. per tutti C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formula: Rechtsstaat*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, I, 388 ss. 400 ss. Per percorsi differenti, sottolinea la netta discontinuità dello Stato fascista e l’esigenza di rifondare il diritto pubblico su presupposti totalmente diversi da quelli della sovranità della legge e della preminenza dei diritti individuali sull’interesse pubblico F. D’ALESSIO, *Aspetti attuali del diritto pubblico italiano*, in *Foro amm.* 1927, IV, 89 ss.

⁵⁹ Cfr. R. TREVES, *A proposito della polemica su Stato di diritto e Stati totalitari*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1956, 333 ss.

⁶⁰ Commissione per la Cost., I.a Sottocommissione, 4 dicembre 1946, on. Marchesi.

⁶¹ A.C., 15 novembre 1947, on. Zotta, a proposito della collocazione della Corte costituzionale.

⁶² A.C., 12 novembre 1947, seduta pomeridiana, on. Caccuri, a proposito della funzione nomofilattica della Cassazione; A.C., 20 novembre 1947, seduta pomeridiana, o.d.g. dell’on. Bertini sull’indipendenza del potere giudiziario; A.C. 27 novembre 1947, seduta antimeridiana, on. Bettiol, a proposito dell’obbligatorietà dell’azione penale.

⁶³ Commissione per la Cost., II.a Sottocommissione, II.a Sez., 9 gennaio 1947, seduta pomeridiana, on. Bozzi, a proposito della composizione del Consiglio di Stato; 11 dicembre 1946, on. Bozzi a proposito del controllo sugli enti locali; A.C. 27 novembre 1947, seduta pomeridiana, on. Domenidò a proposito della funzione dell’Avv. Dello Stato.

⁶⁴ Così la *Relazione* sul progetto di Costituzione presentata dal pres. Ruini il 6 febbraio 1947.

⁶⁵ Come osserva L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *Sovranità popolare e Stato di diritto*, a cura di S. Labriola, Bari 2006, 165, sovranità popolare e Stato di diritto “nella nostra cultura si presentano indissolubilmente congiunti”.

⁶⁶ ...e di altre costituzioni che hanno risentito della cultura costituzionale tedesca, come quella spagnola del 1978 (il cui art. 1 ripete la formula tedesca dello Stato sociale e di diritto) e quella turca del 1982 (l’art. 2 contiene la medesima espressione). Anche la Cost. portoghese (nel preambolo e negli artt. 2 e 9) riafferma i principi dello Stato di diritto democratico. Del successo dello Stato di diritto nelle nuove costituzioni dell’Europa orientale si dirà in seguito.

‘Stato di diritto’ riassume⁶⁷. La legalità dell’amministrazione [voce **Legalità (Principio di)**], la divisione dei poteri [voce **Poteri dello Stato (divisione dei)**], l’autonomia della magistratura [voce **Ordinamento giudiziario generale**], l’eguaglianza davanti alla legge [voce **Eguaglianza (dir. cost.)**] e la tutela dei diritti fondamentali [voce **Diritti fondamentali (storia)**, Annali II, t. 2] sono ormai tradotte in regole, istituti, talvolta anche in principi specifici, senza bisogno di riesumare il “contenitore” terminologico: la rigidità della Costituzione e l’insieme degli istituti che garantiscono la legittimità dell’esercizio delle diverse funzioni pubbliche “accentuano” la strumentazione costituzionale dello Stato di diritto⁶⁸.

Se dunque nella nostra costituzione non compaiono richiami espliciti né allo ‘Stato di diritto’ né allo ‘Stato sociale’, tuttavia la contrapposizione tra l’eredità liberale, ricca di riferimenti all’endiadi “libertà individuale e proprietà privata”, e l’impegno sociale imposto agli apparati pubblici dallo Stato democratico percorre fedelmente le stesse tracce del dibattito tedesco⁶⁹. Anzi, è proprio su questo crinale che si svolge nei primi decenni larga parte del dibattito attorno all’interpretazione costituzionale, dibattito che trova i suoi apici nella contrapposizione tra norme programmatiche e norme precettive⁷⁰, nel ruolo della riserva di legge [voce **Riserva di legge**] implicita nell’attuazione della Costituzione, nel rapporto tra eguaglianza formale e eguaglianza sostanziale, nella contestazione della legge provvedimento in nome della generalità e astrattezza della legge [voce **Legge (dir. cost.)**], nella diversa interpretazione del potere regolamentare [voce **Regolamento (dir. cost.)** e Agg.] e del vincolo derivante dalla riserva di legge.

Di contro, l’espressione ‘Stato di diritto’, anche quando non venga liquidata come un “pleonasma” sulla traccia del notissimo giudizio di Kelsen⁷¹, sembra perdere la sua pregnanza tecnica⁷², come appare nella stessa manualistica: è un termine che può comparire tra le varie classificazioni delle forme di stato [voce **Stato (forme di)**]⁷³, ma in fondo lo stato moderno è sempre Stato di diritto perché “tutto si deve svolgere in conformità alle norme giuridiche” e la “rigorosa legalità”

⁶⁷ Sul rapporto tra Stato di diritto e Costituzione italiana, mediato dal principio di legalità, cfr. le considerazioni critiche di S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Encicl. Dir.* XXIII, Milano 1973.

⁶⁸ Così E. CROSA, *Diritto costituzionale*, 1951³, 228; nello stesso senso, citando Crosta, cfr. G. TREVES, *op.cit.*, 401

⁶⁹ In questo senso, cfr. per es. P. G. GRASSO, “Stato di diritto” e “Stato sociale” nell’attuale ordinamento italiano, in *Il Politico* 1961, 807 ss., che “riclassifica” le norme costituzionali secondo i due modelli di Stato e ne evidenzia l’antitesi, prospettando la possibile prevalenza dello Stato sociale sotto la spinta del sistema democratico.

⁷⁰ Su cui cfr. ora S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 41 ss. Non è senza significato che anche il *Bundesverfassungsgericht*, in una delle sue prime sentenze (*BVerfGE*, 1, 97 ss., 105) abbia affermato che la clausola del *Sozialstaat* possa operare, oltre che sul piano interpretativo, soltanto attraverso l’opera del legislatore ordinario.

⁷¹ “Se si riconosce lo Stato come ordinamento giuridico, ogni Stato è uno Stato di diritto, e questo termine diviene pleonastico”: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, 345. Più di recente la tesi è ripresa, tra i tanti, da M. TROPER, *Le concept d’État de droit*, in *Droits* 1992, 51 ss., il quale osserva che lo Stato di diritto come stato sottoposto alla legge è un’idea fuorviante, perché quello conosciuto è uno Stato “*soumis au juge*”, non alla legge (p. 57).

⁷² ...ma non quella etico-politica: cfr. per es. G. FASSÒ, *Stato di diritto* cit.; M. CATTANEO, *Stato di diritto e Stato totalitario*, Ferrara 1981², 10.

⁷³ Cfr. ad es. P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano 1975⁸, 74, che riprende la classificazione della tradizione ottocentesca tedesca. Cfr. ampiamente F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Encicl. Dir.* XLIII, Milano 1990.

deve presiedere a tutti i rapporti sociali⁷⁴; Mortati⁷⁵ lo considera, sulle orme di Carré de Malberg, come uno stadio evolutivo dello “Stato legale”, poiché non vi è assicurata solo la legalità dei provvedimenti limitativi dei diritti individuali, ma anche la loro tutela giurisdizionale, che poi si amplia negli ordinamenti a costituzione rigida⁷⁶. E Lavagna⁷⁷ ritiene che la democrazia si risolva “in una più ampia, integrale realizzazione dello *Stato di diritto*”. Mentre Giannini nega ogni valore prescrittivo alla nozione giuridica di Stato di diritto, ridotta ad “un enunciato descrittivo, o morfologico” che riassume i due tratti caratterizzanti della separazione dei poteri e dell’attribuzione di diritti ai cittadini nei confronti delle potestà pubbliche⁷⁸. È significativo peraltro che nessuna delle grandi enciclopedie del diritto pubblicate nel dopoguerra contenga una voce apposita per lo *Stato di diritto*⁷⁹.

Del resto, neppure nella giurisprudenza della Corte costituzionale la locuzione Stato di diritto sembra acquistare un ruolo pregnante. Essa viene talvolta rievocata come una clausola di stile inserita nella motivazione relativa ad alcuni specifici temi: il principio della precostituzione del giudice⁸⁰, la sua indipendenza⁸¹ e l’esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria⁸²; il diritto d’agire a tutela dei propri diritti⁸³, il diritto al contraddittorio⁸⁴ e la parità di trattamento rispetto alla giurisdizione⁸⁵; il principio di colpevolezza e la riserva di legge in materia penale⁸⁶, così come per le prestazioni personali⁸⁷, e più in generale il principio di legalità⁸⁸; l’irretroattività delle leggi (specie di quelle c.d. “di interpretazione autentica”), il divieto di interferenza del legislatore nelle controversie giudiziarie⁸⁹ e

⁷⁴ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano 1965⁸, 57. Negli stessi termini G. AMBROSINI, “*Stato di diritto*” e “*Stato moderno*”, in *Studi in onore di B. Petrocelli* I, Milano 1972, 9 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Stato*, in *Encicl. giur.* XXXIV, 3. Nello stesso senso cfr. già P. BODDA, F. PIERANDREI, *Lo Stato moderno: lineamenti di diritto pubblico e di legislazione sociale*, Torino 1947, 40 e 47. “I moderni Stati civili sono tutti Stati di diritto” afferma R. LUCIFREDI, *Elementi di diritto pubblico*, Roma-Napoli-Città di Castello 1955¹¹, che colloca lo Stato di diritto tra le forme di governo, vertice dell’evoluzione delle stesse (p. 23), caratterizzata dal principio per cui “i rapporti tra cittadini ed i rapporti tra Stato e cittadini sono tutti disciplinati da leggi, obbligatorie non meno per lo Stato che per i cittadini” (p. 32)

⁷⁵ *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975⁹, 141.

⁷⁶ Mortati segue dunque la stessa contrapposizione terminologica impiegata da Carré de Malberg (v. *supra*, n. 25): Cfr. in senso analogo anche G. TREVES, *Considerazione sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, 399 ss., che avvicina lo Stato di diritto alla *rule of law* e al *due process* proprio perché non implica solo uno “Stato secondo la legge o secondo la costituzione” ma anche “uno Stato secondo un giudice”, con i connessi valori di indipendenza e imparzialità (p. 406).

⁷⁷ *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1976³, 522. Secondo G. BURDEAU, *Traité de science politique*, IV, cit., 46, “*l’Etat de droit est une condition d’efficacité de la démocratie*”.

⁷⁸ Cfr. M. S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di C. Mortati* I, Milano 1977, 139 ss., 151 s.

⁷⁹ Lo rileva correttamente S. AMATO, *Lo stato di diritto: l’immagine e l’allegoria*, in *Rif. int. fil. dir.* 1991, 621 ss., 641.

⁸⁰ Sent. 88/1962.

⁸¹ Sent. 100/1981, 289/1992, 159/1993.

⁸² Sent. 100/1981.

⁸³ Sent. 118/1964: sulla connessione delle garanzie del diritto di difesa con lo Stato di diritto si vedano anche la sent. 46/1957, 82/1966, 44/1968, 100/1987, 290/2001, 457/2002.

⁸⁴ Sent. 173/2009.

⁸⁵ Così nelle sent. 24/2004 (“alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione”) e 321/2007, nonché 379/1996, 508/2002, 149/2007, 340/2007, 26/2008 e 262/2009, a proposito delle prerogative degli organi politici.

⁸⁶ Sent. 364/1988.

⁸⁷ ...e il servizio militare in particolare: sent. 41/1990.

⁸⁸ Sent. 211/1985 e 303/2003.

⁸⁹ Sent. 311/1995, 311/2009.

“il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica”⁹⁰. Solo nella giurisprudenza meno recente si ritrovano riferimenti ad altri contenuti “storici” dello Stato di diritto, quali la sicurezza, intesa come garanzia del pacifico esercizio dei diritti di libertà⁹¹, la separazione delle funzioni legislativa ed esecutiva⁹², la limitazione della discrezionalità dell’amministrazione⁹³, il divieto di farsi giustizia da sé⁹⁴. La “sicurezza” che ora appare tutelata dallo Stato di diritto è, alla luce della giurisprudenza costituzionale più recente, essenzialmente la sicurezza giuridica e tutela dell’affidamento del cittadino: il che avvicina la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana a quella delle altre Corti europee⁹⁵ (oltre della stessa Corte di giustizia, come si vedrà in seguito).

5. *Il rinnovato successo dello Stato di diritto* – Come si è potuto riscontrare, la locuzione Stato di diritto non ricopre nel lessico *giuridico* italiano attuale un ruolo semantico tecnicamente pregnante: ha mantenuto una debole forza connotativa di una forma di stato che ormai appartiene al passato e che sopravvive tutt’oggi solo se ulteriormente aggettivata (Stato di diritto *democratico*, Stato di diritto *costituzionale*), oppure svolge la funzione di nozione riassuntiva di una serie di principi autonomamente accreditati come parte fondamentale (e perciò talvolta ritenuta implicita, ossia non espressa nella Carta) del sistema costituzionale.

Per contro è comune affermazione che lo Stato di diritto abbia riconquistato un ruolo centrale nel dibattito *politico* a partire dalla metà degli anni ’80 del secolo passato⁹⁶. Il fenomeno ha cause diverse.

In primo luogo, la crisi fiscale dello Stato sociale ha nuovamente alimentato la polemica ideologica attorno ai fini che devono essere perseguiti dai poteri pubblici. La critica recente al *welfare state* riproduce infatti alcuni argomenti che erano stati propri della contestazione liberale al *Polizeistaat*. Lo Stato sociale aveva superato la frattura tra *l’ordine giuridico* e quello sociale; ma oggi, in nome del progresso, quello che si propugna è la scissione dell’*ordine economico* dall’ordine sociale⁹⁷ – ordine sociale ormai giuridicamente innervato. Lo Stato non è più visto come lo strumento per risolvere i problemi degli individui ma come il loro problema principale, apparato esoso di sopraffazione degli individui: si riagita lo spettro del “Leviatano insaziabile”⁹⁸. La riduzione dell’intervento pubblico e del prelievo fiscale, la *deregulation* e la liberalizzazione dei mercati dall’ingerenza delle amministrazioni

⁹⁰ Così la sent. 236/2009: ma si vedano anche le sent. 118/1957, 108/1981, 349/1985, 822/1988, 155/1990, 573/1990, 397/1994, 390/1995, 179/1996, 206/1999, 416/1999, 525/2000, 446/2002, 168/2004, 264/2005, 282/2005, 409/2005, 11/2007, 156/2007.

⁹¹ Sent. 2/1956.

⁹² Sent. 7/1957.

⁹³ Sent. 121/1957.

⁹⁴ Sent. 16/1992.

⁹⁵ Sul punto cfr. in particolare J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, Paris 2010⁵, 96 ss.

⁹⁶ Cfr. per tutti J. CHEVALLIER, *L’État post-modern*, Paris 2003, 153.

⁹⁷ Cfr. criticamente P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale*, Paris 1995, 110 ss.

⁹⁸ L’espressione è di J. M. BUCHANAN, *Freedom in Constitutional Contract*, tr. it. di M. Mori e M. Magnaghi, Milano 1990, 298, a cui si rinvia per l’analisi critica in chiave neo-liberista.

pubbliche sono le parole d'ordine che riportano in auge lo Stato di diritto nel suo contenuto *materiale*, ideologico, di guardiano discreto della democrazia e delle libertà individuali⁹⁹.

Un secondo motivo del rinnovato successo dell'espressione 'Stato di diritto' nel linguaggio politico attuale si deve alla polemica contro un esercizio spesso disinvolto del potere politico ed alle relazioni pericolosamente strette tra le sedi decisionali "pubbliche" e quelle "private". Il richiamo allo Stato di diritto riscopre quindi un'altra radice profonda della nozione, quella che pone in risalto il *principio di legalità* come regola ineluttabile dell'esercizio legittimo del potere pubblico. Ma, sul versante opposto del dibattito politico, allo Stato di diritto ci si richiama invocandone un altro aspetto saliente, la *separazione dei poteri*, con specifico riferimento all'esigenza che il potere giudiziario non strabordi invadendo lo spazio delle scelte che competono agli organi politici rappresentativi¹⁰⁰. Non si tratta di vicende soltanto italiane, però, come si può constatare guardando per esempio all'intenso dibattito in atto negli Stati Uniti a proposito della legittimazione della Corte suprema a censurare la legislazione prodotta dai rappresentanti del popolo¹⁰¹.

Il terzo fattore del nuovo interesse per lo Stato di diritto deriva dalla diffusione dei modelli costituzionali della tradizione liberaldemocratica nei paesi dell'Est europeo¹⁰² e anche in alcune recenti costituzioni africane¹⁰³. Lo Stato di diritto sembra aver assunto una indiscussa forza di legittimazione dei nuovi assetti politici: nelle nuove costituzioni esso si salda con la proclamazione dei diritti fondamentali, formando un griglia di lettura del sistema politico che sembra racchiudere tutti i dati significativi di esso¹⁰⁴. Il successo dello Stato di diritto nelle nuove costituzioni est-europee è però stato anche almeno in parte indotto dai vincoli che sono stati posti dal Consiglio di Europa [voce **Consiglio di Europa**] e dall'Unione europea per l'adesione alle rispettive organizzazioni dei paesi dell'Europa orientale, nonché dagli *standard* richiesti dalle organizzazioni finanziarie internazionali¹⁰⁵.

L'ultimo segno del successo dello Stato di diritto è proprio il suo proiettarsi sul piano sovranazionale. Ha iniziato la Corte di giustizia delle Comunità europee, sin

⁹⁹ Per una sintesi critica cfr. P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris 1992³, 59 ss.

¹⁰⁰ Esempio la vicenda del ricorso della Camera dei deputati contro la Corte di cassazione a causa della sentenza di questa in tema di interruzione di trattamento sanitario che avrebbe provocato "il radicale sovvertimento del principio della divisione dei poteri", ricorso respinto dalla Corte costituzionale con l'ord. 334/2008.

¹⁰¹ Cfr. per tutti L. D. KRAMER, *The People Themselves - Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004.

¹⁰² Nelle nuove costituzioni dell'Europa orientale sono molto frequenti i riferimenti espliciti allo Stato di diritto (cfr. per es. l'art. 4, Cost. Bulgaria; artt. 1 e 7, Cost. Russia; artt. 2 e 51, Cost. Polonia; artt. 1 e 134, Cost. Slovacchia; artt. 1 e 9.2, Cost. R. Ceca; nonché il preambolo di altre costituzioni, come quelle albanese, lituana, georgiana) e allo Stato sociale di diritto (cfr. per es. l'art. 10, Cost. Estonia; l'art. 1.3, Cost. Romania; artt. 2 e 3a, Cost. Slovenia; art. 1 Cost. Serbia). Naturalmente queste comparazioni scontano tutta l'imprecisione della traduzione dei testi e valgono soltanto come indicatori di un voluto richiamo ad una certa tradizione costituzionale.

¹⁰³ L'art. 18 della Cost. della Repubblica centroafricana introduce lo Stato di diritto come qualificazione della "forma di Stato"; un accenno è contenuto anche nella costituzione di molti Stati africani francofoni (Benin, Burkina Faso, Djibouti, Gabon, Mali, Niger, Rwanda, Senegal, Tchad, Togo).

¹⁰⁴ Cfr. in questo senso J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, cit., 112.

¹⁰⁵ Cfr. E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino 2008, 74.

dalla sent. *Les Verts* (C-294/83), in cui per la prima volta si è affermato che la CEE era “una comunità di diritto nel senso che né gli stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato”. Sono parole impegnative, cui ha fatto seguito una nutrita sequela di decisioni che hanno messo in relazione la Comunità con specifici principi dello Stato di diritto, quali la deferenza per il principio di legalità¹⁰⁶, il rispetto dei limiti delle competenze attribuite agli organi¹⁰⁷, la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario¹⁰⁸, il principio di eguaglianza e di non discriminazione¹⁰⁹: ma dal Trattato di Maastricht e da quello di Amsterdam [voce **Comunità europea**, IV agg.] in poi lo Stato di diritto è divenuto parte dei principi su cui si fonda l’Unione europea e che ne ispira l’azione internazionale¹¹⁰, oltre che componente centrale delle condizioni imposte ai nuovi Stati per l’adesione all’Unione¹¹¹.

Parallelamente, nel sistema della CEDU i principi dello Stato di diritto costituiscono “le pietre angolari della Convenzione”¹¹²; benché la Convenzione stessa non lo citi espressamente¹¹³, la Corte EDU [voce, **Corte europea dei diritti dell'uomo**, VI agg.] lo richiama con molta frequenza come formula riassuntiva dei diritti e delle libertà sancite, ed in particolare del diritto di accesso al giudice e ad un giusto processo e della certezza dei rapporti giuridici¹¹⁴. Si profila così una dimensione dello “Stato di diritto oltre lo Stato” che appare riscuotere sempre maggior successo e a cui merita dedicare alcune considerazioni finali.

6. *Proiezione ultrastatale dello Stato di diritto o ritorno alle origini?* - Nei documenti internazionali si trovano con frequenza sempre maggiore riferimenti espressi allo ‘Stato di diritto’ (considerato ormai nelle traduzioni ufficiali come equivalente a *rule of law*)¹¹⁵, che viene consacrato come strumento essenziale, insieme al riconoscimento della democrazia pluralista, per la garanzia dei diritti

¹⁰⁶ Sent. C-496/99 (*Commissione c. CAS Succhi di Frutta SpA*) e, con riferimento alla legalità delle pene, C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld VZW*), cui adde, per un'estensione al principio di precisione della fattispecie, sent. C-221/97 (*Aloys Schröder e a.*). Che la Comunità europea rispondesse ai criteri dello Stato di diritto è stato per altro il perno su cui la giurisprudenza costituzionale italiana ha fondata la giustificazione della cessione di sovranità sin dalla sent. 183/1973.

¹⁰⁷ Sentt. da C-428/06 a C-434/06 (*UGT-Rioja*).

¹⁰⁸ Tra le decisioni più recenti la sent. C-521/06 (*Athinaiki Techniki AE*) e C-229/05 (*Osman Ocalan*).

¹⁰⁹ Sent. C-303/05 cit.

¹¹⁰ Si vedano ora, rispettivamente, gli artt. 2 e 21 del Trattato UE.

¹¹¹ Art. 49 Trattato UE.

¹¹² Così si è espressa la Corte EDU nelle sentt. *K.-H.W. c. Allemagne e Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* (22 marzo 2001).

¹¹³ Nella versione inglese del preambolo è però citato il *rule of law* (la *prééminence du droit* nella versione francese) come uno dei tratti delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati firmatari: sulla sua centralità cfr. la sent. *Golder v. UK* (21 febbraio 1975) e la sent. *Lélievre c. Belgique* (31 marzo 2008), che la mette in stretta relazione con lo Stato di diritto (punto 104).

¹¹⁴ Come ricorda la già citata sent. 311/2009 della Corte costituzionale.

¹¹⁵ Per riferimenti ai documenti della C.S.C.E. e dell'ONU, nonché ad altre dichiarazioni internazionali che richiamano lo Stato di diritto, cfr. O. CORTEN, *L'Etat de droit en droit international: quelle valeur juridique ajoutée?*, in *L'Etat de droit en droit international* cit., 13 ss.

fondamentali¹¹⁶. Si è accennato persino ad un possibile “Stato di diritto internazionale” che, imponendo agli Stati una serie di norme prodotte dall’evoluzione della comunità internazionale, giocherebbe da fattore di riduzione della loro sovranità¹¹⁷. Ma, da un diverso punto prospettico, si avanza anche l’ipotesi che, come è già capitato all’Unione europea, anche all’Onu sia possibile applicare un “paradigma costituzionale”, che la trasformi in una “organizzazione di diritto”¹¹⁸.

L’internazionalizzazione dell’idea di Stato di diritto sembra sorretta da due istanze convergenti, sebbene ancora piuttosto confuse. Da un lato si propugna l’edificazione della società internazionale in quanto sistema giuridico dotato delle qualità e delle complessità costruttive che sono tipiche dello Stato di diritto. Dall’altro si tratta di accreditare un qualche principio di diritto internazionale che *imponga* agli Stati il rispetto dello Stato di diritto e dei suoi principi, inclusi i diritti fondamentali dell’uomo [voce **Diritti umani (protezione internazionale dei)**], colpendo le violazioni di diritto interno come illeciti internazionali¹¹⁹. Due prospettive molto diverse, ma che si implicano l’un l’altra e forse ci riportano alle radici storiche della dottrina del *Rechtsstaat* e al loro orientamento originale.

Come ebbe a osservare Forsthoff¹²⁰, prima che il liberalismo economico volgesse la teoria dello Stato di diritto *contro* lo Stato, richiedendo la stretta delimitazione della sua ingerenza nella società civile, il dualismo Stato – società civile era stato esaltato come il principio che prometteva ai cittadini di trovare *nello Stato* quelle garanzie di eguaglianza e di garanzia dei diritti che la società civile negava, essendo dominata dal potere economico e dai privilegi cetuali. Lo Stato di diritto veniva invocato come baluardo della sicurezza dei cittadini, perché non lo Stato, ma la società, il popolo, ne costituiva la minaccia¹²¹. Questa prospettiva si è poi sbiadita, sia perché la sicurezza degli individui nei confronti dei poteri sociali ha smesso di essere un problema della società borghese solidamente insediata nello Stato censitario, sia perché l’ideologia liberista ha sviato l’attenzione, facendo dello Stato non più il garante, ma il potenziale oppressore delle libertà e dell’autonomia individuale. Lo Stato di diritto è divenuto perciò il contenitore di regole che presiedono all’organizzazione delle attività pubbliche e dei principi che conferiscono

¹¹⁶ Nel Rapporto del Segretario generale S/2004/616 del Consiglio di sicurezza dell’ONU (Rétablissement de l’état de droit et administration de la justice pendant la période de transitivo dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d’un conflit) troviamo anche un’interessante definizione dello Stato di diritto: “Il désigne un principe de gouvernance en vertu duquel l’ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l’État lui-même, ont à répondre de l’observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l’homme. Il implique, d’autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l’égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l’équité dans l’application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l’arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs”.

¹¹⁷ J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, cit., 121. Nella letteratura italiana si vedano soprattutto gli scritti di S. Cassese, come, tra i più recenti, *Ordine comunitario e ordine globale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1091 ss. e *C’è un ordine nello spazio giuridico globale?*, in *Pol. dir.* 2010, 137 ss.

¹¹⁸ Sulla prassi e le prospettive di applicazione della *rule of law* alle sanzioni dell’ONU cfr. J. M. FARRALL, *UN Sanctions and the Rule of Law*, New York – Cambridge 2007.

¹¹⁹ Contro questa ipotesi si vedano peraltro le critiche di O. CORTEN, *L’Etat de droit en droit international* cit.

¹²⁰ *Der Staat der Industriegesellschaft*, cit., 21-26.

¹²¹ Da qui la tesi per cui non nello Stato, ma nel popolo si annidi il pericolo del totalitarismo (*Ibidem*, 54).

legittimazione al potere sovrano: è la sintesi del complesso di rapporti che intercorrono tra lo Stato apparato e i cittadini, riassunti nella ambigua formula della “forma di Stato”¹²².

Le prospettive sono oggi mutate. Il “mercatismo” che ha dominato la cultura politica degli ultimi decenni ha ripercorso a contrario le tappe della lettura liberale dello Stato di diritto. Da prima, come si è accennato, ha rimesso al centro del dibattito l’istanza per una severa riduzione dell’ingerenze degli apparati pubblici nella società e per una drastica riduzione della pressione fiscale richiesta dallo Stato sociale: questa istanza ha trovato il suo terreno ideale di coltura nella globalizzazione dei mercati, in cui si impongono spietate regole di concorrenza tra sistemi produttivi e quindi anche tra i loro rispettivi contesti istituzionali. Realizzato l’obiettivo di un mercato senza più frontiere e ormai ampiamente svincolato dalle regole dei singoli Stati¹²³, dello Stato di diritto si riscopre però la radice storica più profonda, quella che è alimentata dalla insicurezza dei cittadini e dal timore della prevalenza di un potere economico, ritornato svincolato dalle regole, sull’eguaglianza e l’autonomia degli individui. L’insufficienza degli Stati di fronte all’internazionalizzazione dell’economia e delle sue regole ripropone l’esigenza di ripristinare garanzie normative dei diritti e apparati che le facciano rispettare, esigenza che ormai non può più trovare nello Stato il suo baluardo¹²⁴.

La sicurezza e la prevedibilità, “segni distintivi” dello Stato di diritto¹²⁵, vengono rimessi in discussione nei rapporti sociali ed economici, resi sempre più incerti e imprevedibili, e ritornano perciò ad essere oggetto di una diffusa richiesta: il diritto appare pur sempre lo strumento idoneo a soddisfarla. Ma – proprio come sosteneva von Mohl - non può essere sufficiente un diritto qualsiasi, perché il diritto deve essere prodotto in modo “legittimo”, e tale certo non può essere la *lex mercatoria* condivisa dalle grandi imprese multinazionali o i condizionamenti imposti agli Stati da agenzie di *rating* o da organizzazioni finanziarie internazionali. Ben si capisce allora perché si diffonda l’auspicio per un rafforzamento del riconoscimento e della tutela internazionale dei diritti fondamentali e, al tempo stesso, dell’esigenza di riportare la *governance*¹²⁶ della globalizzazione ai principi di controllo democratico, legalità, prevedibilità, eguaglianza, azionabilità di quei diritti di fronte ad un giudice¹²⁷. Ma di auspici si tratta, non certo di risultati acquisiti né in

¹²² Sull’ambiguità di questa formula cfr. S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Encicl. dir., Annali II*, t. 2, 2008, 1116.

¹²³ Nell’immensa letteratura sulle implicazioni della globalizzazione merita citare uno dei testi più influenti: S. STRANGE, *The Retreat of the State*, tr. it. *Chi governa l’economia mondiale*, Bologna 1998.

¹²⁴ P. P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in *Lo Stato di diritto*, cit., 398.

¹²⁵ Cfr. E. FORSTHOFF, *Begriff und Wesen* cit., 42 s.

¹²⁶ La fortuna del termine *governance* sembra legata proprio alla perdita di effettività del sistema decisionale disegnato dalle costituzioni nazionali: cfr. R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e a governance*, in *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scrittiecc.*, Milano, Giuffrè, 2009, 19 ss.

¹²⁷ Cfr. per tutti le pagine finali di S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma – Bari 2006; ID. *Il diritto globale*, Torino 2009, 156 ss. (con specifico riferimento allo Stato di diritto e al suo elemento dell’Autorità che manca nell’ordine internazionale).

vista di acquisizione¹²⁸: auspici che si riallacciano, appunto, alle istanze primigenie dello Stato di diritto, di cui, evidentemente, si vede svanire la garanzia.

BIBLIOGRAFIA. Si indicano qui solo le opere più recenti e di carattere generale che approfondiscono la nozione di 'Stato di diritto', rinviando alle note precedenti le indicazioni più specifiche: P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986; M. TROPER, *Le concept d'État de droit*, in *Droits* 1992, 51 ss.; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997; *Figures de l'état de droit: Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, a cura di O. Jouanjan. Strasbourg 2001; P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano 2002, 89 ss.; D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto* cit., 17 ss.; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna 2004; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris 2010⁵.

¹²⁸ Per es. D. Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford – New York, 2005, 241, definisce "ottimistica" la teoria della costituzionalizzazione del WTO.