

FUNDAMENTOS N.º 8

# LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General  
del Principado de Asturias

2014

## **FUNDAMENTOS**

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

## INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO . . . . .	7
Autores . . . . .	21

### PRIMERA PARTE

#### APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS . . . . .	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ . . . . .	57

### SEGUNDA PARTE

#### LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO . . . . .	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN . . . . .	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI . . . . .	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA . . . . .	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA . . . . .	213

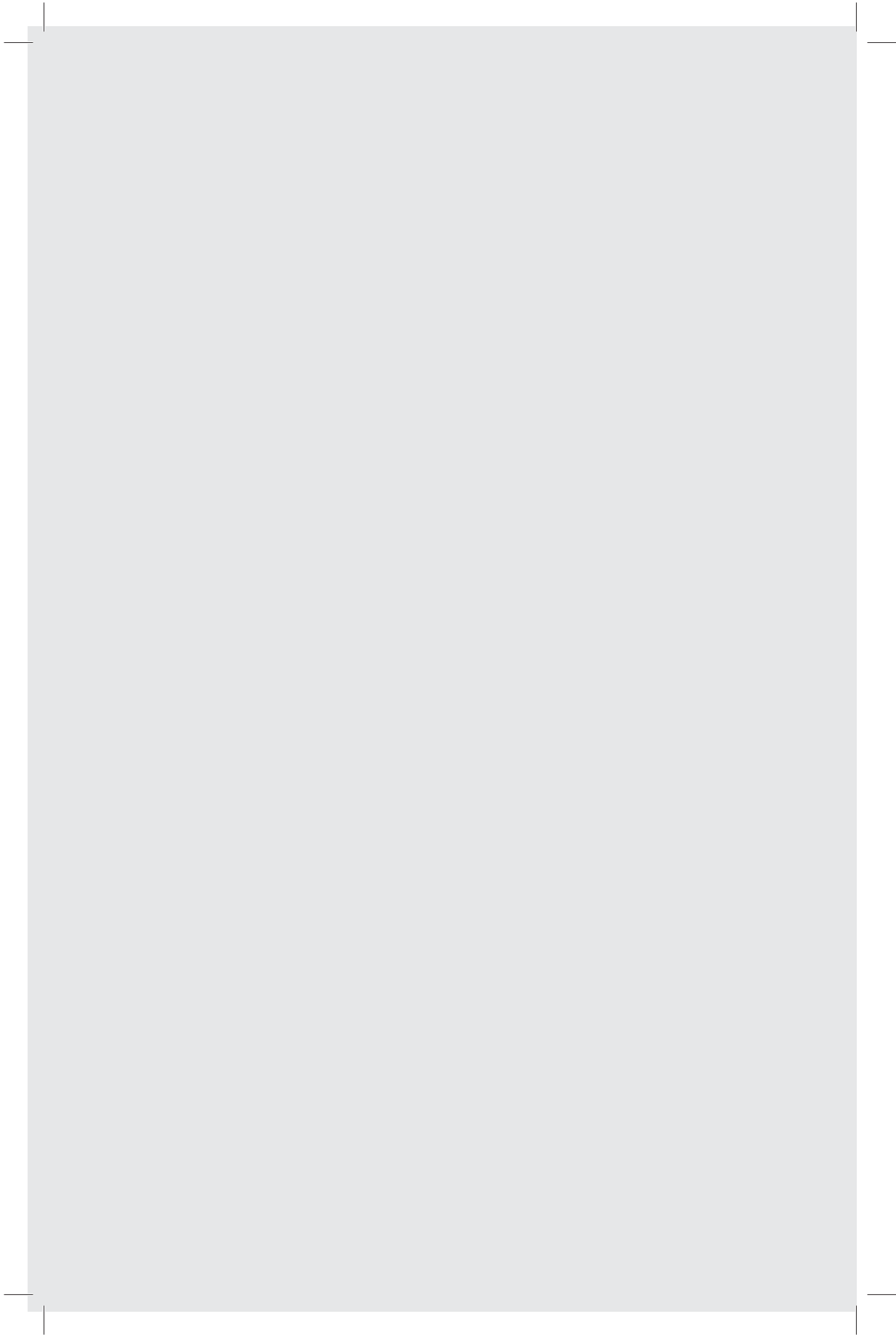
## TERCERA PARTE

## LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado.	
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ . . . . .	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ . . . . .	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas.	
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA . . . . .	313
Il sublime dell'eccezione.	
MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA . . . . .	355

RAPPORTI TRA POTERI NELLO STATO DI DIRITTO  
DEL SECOLO XXI

Roberto Bin



1. Capita spesso che, per ipotizzare come si svolgeranno le vicende future, si debba volgere lo sguardo indietro, a un passato niente affatto recente. È questo sicuramente il caso dello Stato di diritto e delle relazioni tra i poteri. Da chiarire è innanzitutto di quali poteri si tratti. Noi abbiamo ereditato una stilizzazione dello Stato di diritto pesantemente influenzata dal pensiero liberale e dall'ideologia anti-statalista che lo pervadeva. Di ideologia però si tratta, di una deformazione dei significati autentici e originari dell'espressione.

La versione corrente del *Rechtsstaat* guarda quasi sempre alla teoria dello Stato di diritto in senso formale, quella elaborata in particolare da Stahl e dalla dottrina giuspubblicistica tedesca della seconda metà dell'800. Ma —come altrove ho cercato di mettere in evidenza—<sup>1</sup> questa rilettura ha cancellato le vere origini della teoria del *Rechtsstaat* e la funzione polemica che essa ha assolto ai suoi esordi. La lettura formale ha appiattito il sistema dello Stato di diritto riducendolo a un insieme di regole che riguardano, non tutto il diritto, ma solo il rapporto tra la legge e il potere esecutivo e la giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione.<sup>2</sup> Ciò bastava a soddisfare l'obiettivo liberale della limitazione del potere pubblico attraverso il vincolo alla legge e la tutela giurisdizionale nei confronti di ogni aggressione della sfera privata.

È inevitabile che, così ridotta, la prospettiva dello Stato di diritto appaia piuttosto priva di significato autonomo rispetto ai ben più articolati principi e regole che le costituzioni rigide contemporanee hanno introdotto al fine di assicurare la legalità dell'amministrazione e la tutela giurisdizionale dei

---

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

<sup>2</sup> Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre I*, Stuttgart 1869<sup>2</sup>, 297 s.

diritti e degli interessi legittimi: e ancor meno può dirci degli svolgimenti futuri, in un mondo in cui —in prospettiva— all'amministrazione e alla giurisdizione nazionali non sembrano assegnabili ruoli particolarmente significativi. Ma è solo in questa dimensione, cioè nelle relazioni tra i tre poteri tradizionali dello Stato, che il *Rechtsstaat* esaurisce il suo significato prescrittivo?

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 individui.<sup>3</sup> 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 Schmitt<sup>4</sup> nel riconoscere in Hobbes il precursore dello Stato di diritto, proprio all'opposto di quanto ritiene il pensiero dominante che ne fa il teorico dell'assolutismo per antonomasia; infatti si dimentica così come la tutela della sicurezza dei cittadini e della loro eguaglianza di fronte alla legge fossero centrali nel pensiero di Hobbes e costituissero le ragioni che giustificavano la concentrazione nel sovrano del potere e dell'uso della forza.<sup>5</sup> 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 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 aggressione e le prepotenze di altri individui, di chi esercita il *potere privato*— e solo dopo la codificazione costituzionale, come regola che delimita il *potere pubblico*.<sup>6</sup> Come è stato ben spiegato, la legge —la legge dello Stato— riveste un significato centrale per la teoria dello Stato di diritto, perché è “il tramite indispensabile della libertà” e costituisce per l'individuo “l'unico

<sup>3</sup> Cfr. E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971, 21-26.

<sup>4</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Die vollendete Reformation* (in *Der Staat*, 1965, 51 ss.), tr. it. di C. Galli in *Sul Leviatano*, Bologna 2011, 147.

<sup>5</sup> Cfr. F. TÖNNIES, *Thomas Hobbes. Leben und Lehre*, Stuttgart 1925<sup>3</sup>, 221 s.

<sup>6</sup> Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, 485 s.



strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio".<sup>7</sup> Di ciò si trova conferma nello stesso modello kantiano: "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".<sup>8</sup>

2. 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* non 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 Mohl,<sup>9</sup> chi vorrebbe vivere in uno Stato che si preoccupasse solo di amministrare la giustizia e non anche del benessere dei cittadini?

La drastica delimitazione dei compiti dello Stato, che porta con sé il netto rifiuto di ogni intervento mirato al *Wohlfahrt* dei cittadini, è quindi un'aggiunta ideologica spuria e posteriore, che risponde a una fase successiva in cui la sicurezza interna e esterna erano traguardi ormai da tempo acquisiti e perciò l'intervento dello Stato non era più apprezzato dall'*establishment* borghese. È solo a questo punto che s'impone una visione dello Stato di diritto distorta dall'ideologia liberale, la quale postula una rigida separazione dello Stato dalla società civile: le istituzioni pubbliche hanno solo il compito di difendere l'*ordine sociale*, non certo di cambiarlo; l'ordine sociale è il prodotto dei rapporti che si instaurano "spontaneamente" nella società; su di esso il potere pubblico non può intervenire se non per garantirne la prote-

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Così G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna 2012, 217.

<sup>9</sup> *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*, Camedino 1921 (estratto dall'*Annuario dell'Università 1907-1908*), 6.

zioni 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 giurisdizione.<sup>10</sup> Che la legge non superi il suo perimetro è una fondamentale esigenza garantita dalle severe regole della rappresentanza parlamentare, da un suffragio censitario debitamente ristretto; e che il suffragio resti ristretto è assicurato dalla repressione armata di ogni rivendicazione sovversiva del suffragio universale. Solo così il “sommo bene” del mantenimento dell'ordine sociale *spontaneamente* stabilito dalla società può essere difeso dalle indebite ingerenze della politica e della sua roccaforte, lo Stato.

Questo tipo di Stato di diritto, ridotto alla sua dimensione formale, ha ormai perso la sua *autonoma* rilevanza. Il suffragio universale ha importato il conflitto sociale dentro le istituzioni rappresentative, la Costituzione rigida ha incorporato il progetto di mutamento dell'ordine sociale al fine di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale” che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini,<sup>11</sup> la stessa legislazione è sottoposta al principio di legalità costituzionale e un giudice garantisce a tutti noi che essa non si svolga oltre i limiti tracciati dalla Costituzione.

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

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

Confesso di provare sempre un certo allarme quando in un sistema giuridico viene importato un termine straniero che non abbia un suo corri-

<sup>10</sup> Cfr. L. von STEIN, *Die Verwaltungslehre* I, Stuttgart 1869, 297 s.

<sup>11</sup> Così l'art. 3.2 della Cost. italiana.

spondente linguistico che lo possa tradurre. Non certo per nazionalismo, ma per chiarezza delle implicazioni e per la compressione che ne subiscono le corrispondenti nozioni della lingua nazionale, che designano altrettanti istituti giuridici —in parte coincidenti, in parte no— che di conseguenza vengono oscurati o distorti nel loro più autentico significato.<sup>12</sup> 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 meno.

Per giunta, nella stessa letteratura di lingua inglese *rule of law* è una locuzione il cui significato è tutt'altro che chiaro. Come è noto, è molto discusso nella letteratura anglosassone quali siano i contenuti essenziali del *rule of law* e in che misura questa nozione si discosti da quella di *Rechtsstaat* (e dalle locuzioni che ne sono la traduzione). Ma su questa discussione non intendo soffermarmi, perché in larga parte trascende lo scopo di questo scritto. Essa pone al centro il problema di quanti e quali valori siano ricompresi nella nozione di *rule of law*, che viene spesso confusa con gli ideali di democrazia, giustizia, tutela dei diritti e della dignità umana;<sup>13</sup> il mio obiettivo è invece capire che cosa quella nozione possa dire oggi a proposito del rapporto tra *ordine politico* e *ordine sociale*, cioè del problema storico attorno a cui si è sviluppata la teoria dello Stato di diritto. Forse le due prospettive non sono molto lontane, ma io non vorrei occuparmi delle eventuali implicazioni morali del *rule of law*, ma cercare piuttosto di intendere perché la versione inglese abbia soppiantato negli usi correnti la versione *storica* di Stato di diritto.

La confusione potrebbe essere una prima risposta. Come ha scritto Jeremy Waldron, *rule of law* fa parte di un “*cluster of ideals*” che costituisce il nucleo della moralità politica moderna, e in cui ogni termine si integra con gli altri e ad essi si surroga, quasi fossero concetti interscambiabili: “*democracy, human rights and perhaps also the principle of free market*”.<sup>14</sup> Ciò potrebbe

<sup>12</sup> In questa direzione, ho provato a sottoporre a critica la nozione di *governance* in *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, a cura di G. Arena e F. Cortese, Padova, Cedam, 2011, 3-15.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in *Dworkin and his critics* (Burley J. ed.), Malden, MA-Oxford 2004, 318.

significare che, mentre il *rule of law* sembra essersi espanso riempiendosi di implicazioni “sostantive”, di contenuto, il *Rechtsstaat* ha subito viceversa da tempo un’evoluzione in direzione opposta, riducendosi ad un concetto formale che pone poco più di un astratto principio di legalità dell’amministrazione. Molti dei giuristi dell’era fascista trovavano possibile conciliare i principi dello Stato di diritto con quelli del regime: ciò non sarebbe neppure immaginabile in riferimento al *rule of law*. Oggi dobbiamo fare i conti con la più recente evoluzione dello Stato di diritto nello Stato costituzionale moderno. L’evoluzione è stata segnata—in conseguenza dell’affermarsi del suffragio universale, come si è ricordato poco fa— dall’inclusione dei diritti sociali nel catalogo dei diritti fondamentali e dall’affermazione dell’eguaglianza sostanziale accanto a quella formale. I vecchi principi dello Stato di diritto della tradizione liberale (legalità, tutela giudiziale dei diritti, separazione dei poteri, eguaglianza formale) sono stati ormai inglobati nel testo costituzionale, ricevendo in dotazione specifici meccanismi che li trasformano in regole precise; ad essi si sono aggiunti i nuovi “contenuti” sociali, per lo più strutturati come principi non ancora “ingegnerizzati”, ma che comunque estendono gli interessi tutelati ben oltre al catalogo delle libertà “negative”, dei diritti “liberali”, dell’eguaglianza formale. Oggi il vecchio Stato di diritto è stato soppiantato dallo Stato costituzionale di diritto, il suo programma liberale di separazione tra ordine sociale e ordine politico è sostituito dal programma democratico di trasformazione sociale attraverso le istituzioni costituzionali. È con questa concezione dello Stato, sviluppatasi essenzialmente nella seconda metà del xx secolo, che dobbiamo fare i conti.

La tendenza odierna a importare la nozione di *rule of law* e sovrapporla a quella di Stato di diritto, ritenendo questa ormai obsoleta, va quindi considerata con attenzione, perché, al di là delle mode linguistiche, sembra poter alludere ad uno spostamento di prospettiva: vi sono cose che il *rule of law* riesce esprimere e che non corrispondono né al *Rechtsstaat* classico né alla sua ristrutturazione ad opera delle costituzioni democratiche (il *sozialer Rechtsstaat* della costituzione tedesca). È possibile —ed è in questa direzione che vorrei muovere ora— che la differenza emerga in due punti essenziali e fortemente interdipendenti: la rinuncia alla statualità del *Rechtsstaat* e l’emarginazione del suo carattere sociale.

4. 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 glo-

balizzazione: potrebbe essere questa la tesi che legittima la sostituzione del vecchio concetto continentale di Stato di diritto con l'espressione inglese.

Che il *rule of law* prescindendo dallo Stato non sarebbe soltanto la conseguenza dell'assetto linguistico e dogmatico del diritto pubblico britannico, ma uno specifico tratto genetico dell'esperienza inglese. Come è stato affermato da Dicey, i diritti costituzionali sono, in Inghilterra, il prodotto di un processo "jurisgenerativo" 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".<sup>15</sup>

È un'immagine che risulta un po' antiquata nel contesto dello Stato moderno,<sup>16</sup> ma da essa Gianluigi Palombella ha recentemente preso le mosse per tracciare alcune ipotesi che valorizzano proprio i tratti "de-statalizzati" del *rule of law* per farne il fulcro dell'edificazione di un diritto globale in cui la legalità e la tutela dei diritti possa essere sganciata dallo schema tradizionale della sovranità degli Stati.<sup>17</sup> 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

---

<sup>15</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, tr. it. di A. Torre, Bologna 2003, 168 s.

<sup>16</sup> Così J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris* 1989, 79 ss., 80.

<sup>17</sup> Cfr. G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? cit.* Al libro è stato dedicato un dibattito (cui hanno partecipato, oltre all'A., R. Bin, B. Marchetti e E. Scoditti) da *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2013.

della statualità nazionale. La risposta potrebbe essere ricercata in un nuovo processo di produzione normativa di tipo sociale. In campo internazionale vi sono “istituzioni jusgenerative”<sup>18</sup> 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 politiche.<sup>19</sup>

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

5. Può oggi il *rule of law* coniugarsi con la tutela dei diritti sociali? Come osserva Waldron, quell’espressione sembra evocare i diritti umani e *forse*

---

<sup>18</sup> G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 136.

<sup>19</sup> G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 65.

i principi del libero mercato. Ma nessuna teoria del *rule of law* — a quanto ne so — ci chiarisce che cosa sia compreso nel *cluster* “diritti umani”, né tanto meno vi abbraccia anche i diritti sociali. Riletto nella chiave del *rule of law*, il *Rechtsstaat* ha perso la scandalosa aggettivazione “*sozialer*” che gli aveva aggiunto la costituzione tedesca, rappresentando con un unico aggettivo il punto di approdo di una lotta secolare per l’affermazione del costituzionalismo democratico e della sua visione dei diritti fondamentali.

Così depurato e scollegato dal necessario riferimento alla statualità, lo Stato di diritto può divenire perfetto sinonimo di *rule of law*. Lo è per il Trattato europeo, che all’art. 6. I. TUEF ci presenta l’Unione fondata “sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”: nella versione tedesca si parla di *Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit* e in quella inglese semplicemente di *rule of law*. Del resto la giurisprudenza della Corte di giustizia sin dagli anni ‘60 ha fatto un uso intenso di richiami alle esigenze o ai principi dello Stato di diritto per sostenere le proprie decisioni: i contenuti che essa ricavava da questo principio erano e sono però sempre legati ai “valori” classici della legalità<sup>20</sup> e della proporzionalità,<sup>21</sup> della pubblicità degli atti<sup>22</sup> e della loro giustiziabilità in conformità ai trattati<sup>23</sup> (e poi anche ai “diritti fondamentali”),<sup>24</sup> della (tendenziale) irretroattività di essi,<sup>25</sup> della tutela dell’affidamento<sup>26</sup> e della separazione dei poteri.<sup>27</sup> Né i risultati cambiano di molto se guardiamo ai copiosissimi richiami ai principi dello Stato di diritto contenuti nelle conclusioni degli Avvocati generali.<sup>28</sup> I tratti attribuiti allo Stato di diritto non sono diversi da quelli dipinti un secolo e mezzo fa da Friedrich Julius Stahl. I riferimenti allo Stato sociale, all’opposto, sono rarissimi e totalmente influenti nel ragionamento del giudice europeo<sup>29</sup>

<sup>20</sup> C-92/78; C-241/01 (punto 50).

<sup>21</sup> C-29/69; C-111/70; C-31/70.

<sup>22</sup> C-16/65.

<sup>23</sup> C-294/83; C-15/00 (p. 75); C-131/03 (p. 121); C-402 e 415/05 (p. 81); C-428 a 434/06 (p. 80); C-521/06 (p. 45); C-46/08 (p. 88); C-336/09 (p. 36).

<sup>24</sup> C-229/05 (p. 109); C-232/05 (p. 57); C-583/11 (p. 91).

<sup>25</sup> C-614/11 (p. 24).

<sup>26</sup> C-44/79; C-221/97 P (p. 41).

<sup>27</sup> C-279/09 (p. 58).

<sup>28</sup> Si vedano per es. le conclusioni nei casi recenti C-113/12 (punto 89) e C-501/11.

<sup>29</sup> Si vedano per es. le sentenze C-279/09 (in tema di gratuito patrocinio) e C-300/07, sempre però citando il *Bundesverfassungsgericht*.



o degli avvocati generali;<sup>30</sup> anche se non mancano riconoscimenti di singoli “diritti sociali” come le ferie retribuite,<sup>31</sup> l’indennità per l’illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro,<sup>32</sup> l’orario di lavoro settimanale,<sup>33</sup> il calcolo dell’anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione,<sup>34</sup> il riconoscimento degli scatti di anzianità dei lavoratori a tempo determinato,<sup>35</sup> il congedo parentale.<sup>36</sup> Vengono riconosciuti singoli diritti, tutti affermati all’interno delle relazioni di lavoro: sono spezzoni di una tutela minima che viene accordata da quasi un secolo dagli ordinamenti nazionali. Di fronte a questi riconoscimenti *piecemeal*, però, si pongono le ben note decisioni “strategiche” della Corte di giustizia, come le sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert*,<sup>37</sup> in cui i “principi di mercato” vengono fatti prevalere incondizionatamente sui diritti sociali e sulla tutela del lavoro.

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

Questo legame era chiarissimo ai primi teorici del *Rechtsstaat*,<sup>38</sup> ma è stato rescisso dalla revisione formale operata dai pensatori liberali, al

<sup>30</sup> Si vedano per es. le conclusioni nei casi C-166/12 (p. 63), C-282/10 (p. 97).

<sup>31</sup> C-282/10, C-78/11, C-229/11, 337/10 ecc.

<sup>32</sup> C-361/12.

<sup>33</sup> C-429/09, C- 243/09.

<sup>34</sup> C-395 e 396/08.

<sup>35</sup> C-307/05.

<sup>36</sup> C-5/12, C-49/10, C-116/08 ecc.

<sup>37</sup> Rispettivamente C-438/05, C-341/05 e C-346/06, a proposito del conflitto tra tutela sindacale e libertà di stabilimento delle imprese e di prestazione dei servizi. Ad esse si può aggiungere la più recente sentenza C-271/08 (*Commissione c. Germania*) che fissa la prevalenza delle libertà di circolazione sugli accordi tra le parti sociali.

<sup>38</sup> Cfr. R. von MOHL, *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1840, 88. Sul punto, cfr. E. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1958, 178 ss. e *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, 58 s.



punto che il senso di pudore non ha impedito ad alcuni studiosi dell'epoca di predicare la permanenza dei principi della *Rechtstaatlichkeit* anche nei regimi totalitari del '900.<sup>39</sup> Oggi i richiami della giurisprudenza europea a tali principi e alla loro traduzione inglese *rule of law* ripristinano la stessa versione vuota e formale di essi; e —quel che più conta— segnano con nuovi reticolati e barriere doganali i confini che impediscono all'azione dei pubblici poteri di incidere sulla società civile e il suo ordine “spontaneo” basato sulle regole del libero mercato.

Con l'uso dell'espressione *rule of law* il linguaggio giuridico sembra voler ritornare a segnare la separazione tra istituzioni politiche e regole pubbliche, da un lato, e società civile e la sua autoregolazione, dall'altro. Il libero mercato, d'altra parte, si è instaurato ben oltre i confini nazionali —e della stessa Unione europea— e impone agli Stati di astenersi dall'interferire con le loro leggi nella regolazione “spontanea” del mercato stesso; al contrario, i diritti individuali —e ancor più i diritti sociali, ovviamente— si sono affermati dentro i confini nazionali, attraverso la democratizzazione delle strutture politiche dello Stato, dalle quali dipende la loro effettività. È vero che la tutela dei diritti è parte inseparabile del *rule of law*, così come lo è stata del *Rechtsstaat*, sin dalle origine. Ma di quali diritti si sta trattando?

6. 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.<sup>40</sup> Per altri percorsi, anche i diritti politici<sup>41</sup> si sono modellati sulla proprietà, quantomeno a partire dalle antiche costituzioni in cui, mancando la separazione tra Stato e società, venne prendendo piede “il paragone dello Stato con una Società per azioni e della proprietà terriera con le singole azioni di tale Società”<sup>42</sup> — idea che ha alimentato le radici ideologiche del suffragio

<sup>39</sup> Cfr. R. BIN, *Stato di diritto*, cit., 1156.

<sup>40</sup> Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma – Bari 2007, 70.

<sup>41</sup> 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).

<sup>42</sup> Così, con riferimento a Möser, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, tr. it. di P. Schiera, Milano 1970, 73 s.

censitario. Le cose si tengono assieme, perché un certo tipo di organizzazione politica è funzionale alla tutela di un certo tipo di diritti, come aveva perfettamente colto M.me de Staël.<sup>43</sup> “In somma è da tenersi per cosa certa, che le proprietà non sono sicure, se non hanno una rappresentanza politica corrispondente; e che il potere politico non è sicuro se non è connesso ad una corrispondente proprietà”, come sosteneva il liberale cattolico Rosmini.<sup>44</sup> Ma la garanzia che le costituzioni rigide offrono alla proprietà non sono sufficienti a garantirne l’invulnerabilità?

Proprietà e ricchezza non sono esattamente la stessa cosa. Lo ha messo in luce Ernst Forsthoff, nella sua critica spietata al concetto di *sozialer Rechtsstaat*: la costituzione *democratica* continua a garantire il diritto *liberale* di proprietà, così come tutela tutti gli altri diritti “negativi” della tradizione liberale; ma la tassazione progressiva dei redditi, al cui continuo incremento spinge la richiesta di Stato sociale, colpisce la *ricchezza* prima che essa possa trasformarsi in *proprietà*.<sup>45</sup> Quanto la distinzione sia gravida di conseguenze lo si può percepire oggi, poiché la distinzione tra proprietà e ricchezza è diventata cruciale. Se la pressione del suffragio universale sulle istituzioni politiche può poco nei confronti della proprietà, ancor meno può nei confronti della ricchezza: la profezia di Benjamin Constant si è realizzata al di là delle sue stesse previsioni.

Quando Constant esaltava l’ineludibile superiorità della proprietà rispetto alla politica, ne attribuiva la causa al commercio, che garantisce alla proprietà la possibilità di circolare, sottraendosi così alla voracità delle istituzioni politiche.<sup>46</sup> Se questo poteva essere credibile quando la ricchezza era in larghissima parte formata da proprietà immobiliari, la smaterializzazione che la ricchezza ha subito nella nostra epoca realizza la profezia con ben più drammatica evidenza. Tassare la proprietà è oggi ancora una possibilità che gli Stati possono realizzare, tassare la ricchezza finanziaria

<sup>43</sup> “La liberté politique est à la liberté civile, comme la garantie à l’objet qu’elle cautionne”: G. STAËL-HOLSTEIN, *Reflexions sur la paix intérieure* (1796), in *Oeuvres complètes de madame la baronne de Staël-Holstein*, I, Paris 1871, 57 s.

<sup>44</sup> A. ROSMINI-SERBATI, *La costituzione secondo la giustizia sociale*, Firenze 1848, 63.

<sup>45</sup> Cfr. E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, tr. it. L. Riegert e C. Amirante, Milano 1973, 91.

<sup>46</sup> “Le commerce donne à la propriété une qualité nouvelle: la circulation; sans la circulation, la propriété n’est qu’un usufruit; l’autorité peut toujours influer sur l’usufruit, car elle peut enlever la jouissance; mais la circulation met un obstacle invisible et invincible à cette action du pouvoir social”: B. CONSTANT, *De la liberté des anciens compare à celle des modernes* (1819), in *Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris 1874, 258 ss., 280 s.

è pressoché impossibile. La circolazione è stata effettivamente il grimaldello che ha fatto saltare il controllo fiscale degli Stati nazionali e resa vana qualsiasi ipotesi di un'efficace redistribuzione dei redditi: le pretese dello Stato sociale sono fiscalmente insostenibili, non tanto perché gli elettori vi si oppongono, ma perché i capitali si sottraggono al fisco convolvando verso paesi fiscalmente più "comprensivi".

Persa di gravidanza l'aggettivazione "*sozialer*", che ha da dirci ancora il *Rechtsstaat* nel mondo globalizzato e della liberalizzazione finanziaria? Quello che resta è un concetto sbiadito e standardizzato di *rule of law*. Si può guardare con interesse e speranza ai tentativi delle organizzazioni internazionali e delle relative istituzioni di tipo giurisdizionale di assicurare lembi di legalità e di estendere la tutela contro gli arbitri più evidenti:<sup>47</sup> ma è evidente che stiamo ragionando di un'espressione che è ritornata a perdere qualsiasi capacità connotativa del sistema dei rapporti tra chi esercita il potere e chi lo subisce. Di quale diritto stiamo predicando la supremazia? Che nella *rule of law* possano insinuarsi anche i principi del libero mercato appare una cinica conseguenza dell'approccio realistico al tema della legalità nella globalizzazione. Il sistema finanziario detta le regole del mercato finanziario stesso, anche le regole che dovrebbero guidarci fuori dalla crisi da esso provocata:<sup>48</sup> se accettiamo che quelle regole siano parte del *rule of law* abbiamo trasformato questo concetto in qualcosa di non meno vuoto dello *Rechtsstaat* inteso come formula applicabile al regime fascista o nazista. È la legalizzazione del dominio dell'uomo sull'uomo e la perdita di quella idea (tanto cara già a von Mohl) che la legge che ci governa non possa essere prodotta senza il consenso della rappresentanza dei governati.

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

<sup>47</sup> In questo senso si veda il libro di G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale?*, più volte citato.

<sup>48</sup> Cfr. J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, London, Penguin, 2013, 101.

application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.<sup>49</sup>

Le enunciazioni del Segretariato generale dell'ONU ci confermano che l'affermazione del *rule of law* che oggi trova posto nel nostro linguaggio giuridico "globalizzato" fotografa uno stadio evolutivo della teoria del *Rechtsstaat* che ne riproduce la versione "formale", svuotata di ogni contenuto dal pensiero liberale. Sarebbe senza dubbio un obiettivo auspicabile che le garanzie che vi sono rivendicate contro abusi, illegalità e mancata responsabilità di chi esercita il potere *pubblico* vengano ad essere assicurate ovunque, in tutti gli Stati. Ma i detentori del potere oggi non sono solo gli Stati, e forse neppure gli Stati in primo luogo: gli stessi Stati sono pesantemente condizionati da un potere economico e finanziario che sfugge al loro controllo e anzi pretende di dettare ad essi regole di comportamento anche attraverso gli organismi internazionali. Se gli Stati europei odierni hanno dovuto fare un passo indietro rispetto al cammino che era stato tracciato dalle costituzioni democratiche, e sono costretti a ridurre le prestazioni pubbliche e i programmi di redistribuzione del reddito, ciò deriva dall'impossibilità di sottoporre alle regole dello Stato di diritto il potere economico privato che la libera circolazione ha sottratto al controllo statale e la dimensione globale ha potenziato a dismisura. Il potere economico delle élite finanziarie che dominano i mercati globalizzati, si riflette inevitabilmente in potere politico, che pretende di guidare gli Stati sovrani verso scelte economiche, criteri di spesa pubblica, indici di tassazione e discipline del mercato del lavoro che favoriscono le stesse élite a detrimento delle masse, che pure sono dotate di diritto di voto. Si svolgano pure libere elezioni, ma queste non possono sovvertire le decisioni e le regole poste dai mercati finanziari internazionali.<sup>50</sup> Il potere politico democratico deve cedere di fronte al potere economico delle élite internazionali. Ed anche il "livello intermedio continentale",<sup>51</sup> se guardiamo all'esperienza sin qui maturata dall'Unione europea, non sembra affatto capace ad opporsi alla dittatura dei

---

<sup>49</sup> *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Report of the Secretary-General United Nations, Security Council, S/2004/616, § III.

<sup>50</sup> Cfr. J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality* cit., 169 s.

<sup>51</sup> È la terminologia usata da O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, tr. it. di F. Ferraresi e C. Sandrelli, Bologna 2007, 217 ss. per indicare un tassello fondamentale della sua costruzione visionaria della democrazia mondiale.

mercati, ma piuttosto si presta ad esserne uno strumento efficiente, spesso corrivo e talvolta complice.<sup>52</sup>

Siamo ritornati al problema che aveva suscitato l'attenzione di Hobbes: il Leviatano, il mostro biblico rappresentato non da una bestia disumana, ma da una *magnus homo*, che a sua volta dà forma e ordine alla massa degli uomini, non riesce più ad imporsi e inglobare l'enorme potere economico esercitato da soggetti privati. Sono uomini quelli che oggi impongono il loro potere incontrollato sugli altri uomini e sugli Stati. È la loro prepotenza ad annientare la difesa dei nostri diritti; il loro arbitrio non è arginabile dalle regole poste dagli Stati né vi è giudice che possa sanzionare i loro comportamenti. Il *global rule of law* non è molto di più di una speranza e non basta certo a ripristinare le condizioni minime della *Rechtsstaatlichkeit*. Da molti anni la distanza dei redditi e dei "punti di partenza" ha ripreso ad aumentare e i rapporti tra privati appaiono sempre più strutturati secondo quelle logiche cetuali che la Rivoluzione francese e la teoria dello Stato di diritto avevano voluto sconfiggere. La divaricazione tra i livelli di reddito

<sup>52</sup> Si possono trarre conclusioni assai pessimistiche sulla reale corrispondenza della prassi tenuta dalle istituzioni europee ai principi —pur costantemente professati dalla legislazione e dalla giurisprudenza dell'UE— di trasparenza, legalità e responsabilità se si riflette su quanto siano oscure, misteriose e slegate dal controllo democratico le attività svolte dal c.d. "Comitato 133" (ora, con il Trattato di Lisbona, rinominato *Trade Policy Committee*) nella negoziazione degli accordi commerciali internazionali. Parlamento europeo e parlamenti nazionali sono stati tenuti sistematicamente all'oscuro, e anche il Trattato di Lisbona ha concesso al Parlamento europeo un ruolo di rilievo assai marginale, limitato alle "misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune" (art. 207.2 TUE) ed all'obbligo per la Commissione di riferire periodicamente al comitato speciale del Parlamento europeo (art. 207.3 TUE); mentre esso non ha alcun potere autorizzativo o di controllo nella fase di negoziazione degli accordi commerciali (il Parlamento è coinvolto nel procedimento di ratifica degli accordi internazionali solo in alcuni casi e comunque a negoziazione già avvenuta: art. 218.6 TUE). La situazione può però essere migliorata attraverso la ormai consueta prassi di accordi interistituzionali tra Parlamento e Commissione, che sono sempre stati lo strumento che ha fatto evolvere la "forma di governo" europea (qualche evoluzione sembra già registrarsi se è vero che l'attività di *lobbying* relativa agli accordi commerciali deve ormai rivolgersi anche ai parlamentari europei: cfr. J. HILLMAN, D. KLEIMANN, *Trading Places: The New Dynamics of EU Trade Policy under the Treaty of Lisbon*, GMF Economic Policy Paper, German Marshall Fund, Washington D.C., 2010: <[www.gmfus.org/galleries/ct\\_publication\\_attachments/Hillman\\_Kleiman\\_TradingPlaces\\_Oct10\\_final.pdf](http://www.gmfus.org/galleries/ct_publication_attachments/Hillman_Kleiman_TradingPlaces_Oct10_final.pdf)>; più in generale L. RICHARDSON, *The Post-Lisbon Role of the European Parliament in the EU's Common Commercial Policy: Implications for Bilateral Trade Negotiations*, EU Diplomacy Paper 5/2012: <[http://aei.pitt.edu/39239/1/edp\\_5\\_2012\\_richardson.pdf](http://aei.pitt.edu/39239/1/edp_5_2012_richardson.pdf)>).

appare ormai incolmabile, e questo blocca l'ascensore sociale e tutte le prospettive e i comportamenti che erano legati al suo funzionamento, fosse esso effettivo o solo immaginario. Il movimento di *Occupy Wall Street* non esagera nello scrivere nei propri slogan "we are the 99 percent", perché pone così il dito sullo scandalo della concentrazione della ricchezza: essa è così marcata che "se tale evoluzione dovesse proseguire, la società del XXI secolo tornerebbe a essere una società dominata da chi vive di rendita".<sup>53</sup> E se ciò lo si può osservare all'interno dei singoli sistemi nazionali, su scala internazionale la concentrazione della ricchezza raggiunge dimensioni tali da essere facilmente equiparabile a quella esistente in tutti i paesi europei prima della Rivoluzione francese.

Non è un caso che la logica dei mercati globalizzati sia improntata ad un forte antistatalismo e ispirata dalle teorie economiche neo-liberiste. Solo da un'iniziativa che parta dagli Stati è pensabile che scaturiscano quegli interventi e quelle regole che siano capaci di ripristinare garanzie effettive per la tutela dei diritti individuali, garanzie che oggi si sono in larga parte perse. Il tendenziale equilibrio cui porterebbe inevitabilmente un mercato lasciato libero di autoregolarsi è un'utopia su cui si basano ampi strati della "scienza" economica che vedono nella "politica" l'avversario da battere: i meccanismi del mercato "permettent en effet de penser la société biologiquement et non plus politiquement".<sup>54</sup> Come è stato affermato di recente, capitalismo e democrazia sono "a somma zero", "more market inevitably means less democracy".<sup>55</sup>

8. Che ruolo avrà lo Stato di diritto nel XXI secolo? Si potrebbe essere indotti a rispondere distinguendo tra ciò che avviene all'interno degli Stati e fuori di essi. Dentro gli Stati vigono tutti i principi che fanno dello Stato di diritto la formula di sintesi di un sistema di organizzazione dei poteri pubblici che abbiamo ereditato dal costituzionalismo liberale: divisione dei

<sup>53</sup> J-P. FITOUSSI, *Il teorema del lampione*, Torino 2013, 85 (ove si riportano dati statistici che ben rappresentano il fenomeno). Cfr. anche i dati relativi agli USA riportati da T. BORSTELMANN, *The 1970s: A New Global History from Civil Rights to Economic Inequality*, Princeton – Oxford 2012, 69 ss. e soprattutto da J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, cit., 47 s., 51 ss.

<sup>54</sup> P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris 1979, 46.

<sup>55</sup> N. LAWSON, *Dare more democracy - From steam-age politics to democratic self-governance*, Compass (<http://www.compassonline.org.uk/publications.asp>).

poteri, legalità dell'esercizio di ogni forma di pubblico potere, giustiziabilità degli atti, tutela dei diritti e dell'eguaglianza formale dei cittadini sono tutti presidi che gli Stati *normalmente* assicurano. Fuori dagli Stati le garanzie sono di molto attenuate, anche se un certo livello di legalità e di giustiziabilità delle decisioni può talvolta essere assicurato e così anche trovano protezione i diritti umani. A voler essere ottimisti, dunque, qualche sintomo di un *global rule of law* può essere rintracciato e proiettato in uno scenario futuro confortante.

Ma è un ottimismo piuttosto eccessivo. La stessa separazione tra dentro e fuori è difficile da sostenere. Uno dei primi requisiti dello Stato di diritto è garantire un certo grado di prevedibilità alle persone, consentire loro di programmare la propria vita sulla base di un legittimo affidamento sulla stabilità delle regole, la chiarezza e la trasparenza dei procedimenti decisionali e la responsabilità dei soggetti che decidono. Questi sono valori che usualmente sono connessi al *rule of law* dai maggiori fautori del pensiero liberale, come Nozick e Hayek.<sup>56</sup> Su questa linea lo Stato sociale ha svolto il suo compito, nell'intento di assicurare un sistema di protezione sociale in grado di estendere le tutele e rafforzare le reti di sicurezza su cui i cittadini possono contare. Sono questi i traguardi mediamente conseguiti dagli Stati costituzionali moderni. Ma sono standard che non hanno alcuna applicabilità ai meccanismi decisionali che dominano il mercato globalizzato. L'internazionalizzazione dei mercati ha spostato grandi percentuali del potere decisionale lontano dalla vista dei cittadini, del controllo democratico e della responsabilità politica. Con la capacità degli Stati nazionali di regolare la vita dei propri consociati si è drasticamente ridotta anche la prevedibilità, stabilità e certezza delle regole e la capacità degli individui di costruire il proprio futuro. L'incertezza e la perdita di affidamento sono caratteristiche che dominano la nostra vita, condizionata ogni giorno da eventi rispetto ai quali nessuna delle nostre istituzioni è in grado di esercitare guida e controllo. Il crollo dei redditi della maggior parte degli abitanti della maggior parte dei paesi europei, l'incredibile diffusione della povertà e la non meno incredibile concentrazione della ricchezza, la divaricazione dei redditi sempre più marcata tra le esigue élite dominanti e le larghe masse lasciate prive di strumenti per reagire, sono tutti questi fenomeni che non possono essere privi di conseguenze per il *rule of law*.

---

<sup>56</sup> Cfr. J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, cit., 84 s.



È stato scritto che la democrazia non può attecchire in paesi in cui non sia garantito un reddito *pro capite* superiore ad un certo livello.<sup>57</sup> Si potrebbe immaginare un teorema simile anche per lo Stato di diritto: non può resistere in sistemi in cui l'incremento della diseguaglianza sociale superi un certo livello.<sup>58</sup> La diseguaglianza sociale non è un problema soltanto per lo Stato sociale, tra cui presupposti domina l'idea che si possano e debbano garantire pari condizioni di partenza e che sia possibile per ognuno raggiungere i livelli più elevati della società: e che spetti al potere politico il compito di garantire queste condizioni attraverso una politica di redistribuzione del reddito. Se la diseguaglianza sociale continua ad aumentare e supera un certo livello, ciò significa (a) che i meccanismi di rappresentanza e di legittimazione basata sul consenso non sono più alla base della legislazione, e che (b) un ceto sociale si è impossessato dei meccanismi di produzione delle regole e li utilizza per migliorare il proprio *status* e per preservare o accrescere la diseguaglianza. Non si è più di fronte ad un sistema basato sulla sovranità della legge, perché la legge non incarna più i valori della *fairness*, dell'interesse generale, dell'eguaglianza: si è invece ritornati ad un sistema basato sul predominio del potere privato.

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

---

<sup>57</sup> "Che cosa consente [alla democrazia] di durare? La storia non ci indica che una risposta: la ricchezza": F. ZAKARIA, *The Future of Freedom*, tr. it. di L. Di Lella, Milano 2003, 86.

<sup>58</sup> Qualcosa del genere è sostenuto anche da J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality* cit., il cui cap. 7 intitola significativamente *Justice for all? How inequality is eroding the rule of law*.