

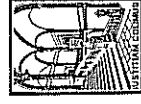
M. Barberis - G. Bongiovanni - D. Canale - B. Celano - P. Chiassoni  
E. Diciotti - L. Ferrajoli - R. Guastini - D. Ippolito - M. Jori  
G. Pino - A. Pintore - A. Schiavello - V. Villa - V. Velluzzi

# FILOSOFIA DEL DIRITTO

Introduzione critica al pensiero giuridico  
e al diritto positivo

*a cura di*

Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa



Apertina:

COMO BALIA, Mercurio passa davanti al sole, 1914, Centro Pompi-  
Dini

G. Giappichelli Editore – Torino

## Capitolo 1

# Stato di diritto\*

### Sommario:

1. Costituzionalismo. – 1.1. Il principio fondamentale: *nomos biosisus*. – 1.2. Governo delle leggi vs. governo degli uomini. – 1.3. Il costituzionalismo dei diritti. – 2. Lo Stato di diritto. – 2.1. Le due accezioni principali. – 2.2. Governo per *leges*. – 2.3. Lo Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco. – 2.4. Dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale di diritto. – Riferimenti bibliografici.

Il nostro tema è lo Stato di diritto. Il problema centrale, che resterà sullo sfondo delle nostre considerazioni (e sul quale non ritornerò), è questo: che cosa può fare il diritto – se mai può fare qualcosa – per rendere accettabile, o moralmente difendibile e giustificabile, il fatto del dominio, dell'assoggettamento? Lo 'Stato' è un tipo particolare di organizzazione del dominio, della forza, della coercizione. Come tale, è qualcosa di problematico, di sospetto ('Perché mai dovrei accettare di obbedire?'). Che lo Stato sia 'di diritto' – che in esso il diritto svolga un ruolo centrale (quale? Rispondere a questo interrogativo sarà parte integrante della nostra indagine) – costituisce una soluzione di questo problema, o almeno facilita le cose? C'è qualcosa, nella natura del diritto, che fa sì che lo Stato possa divenire accettabile o giustificabile? Oppure il diritto è uno strumento di dominio fra gli altri?

Il nostro tema, dunque, è lo Stato di diritto. Il modo migliore per accostarlo consiste nel prendere le mosse da un'ulteriore nozione-chiave del lessico giuridico-politico europeo, la nozione di costituzionalismo<sup>2</sup>.

\* Capitolo di Bruno Celano. L'autore ringrazia Riccardo Guastini e Giorgio Pino per avere letto e commentato una versione precedente di questo scritto.

<sup>1</sup> Il punto è specificamente affrontato in A. Schiavello, *L'obbligo di obbedire al diritto* (in questo volume).

<sup>2</sup> Una precisazione metodologica. 'Stato di diritto' è un'espressione usata in una molteplicità di accezioni. La nozione di Stato di diritto – ammesso che di una nozione si possa parlare, e non invece di una pluralità di nozioni espresse da un unico sintagma – è una nozione duttile e flessibile, che può essere piegata, e di fatto è stata piegata, ai più vari e contrastanti usi politici e ideologici (D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 19). Il mio sarà, per questa ragione, un approccio costruttivo, non puramente ricognitivo. Un approccio solitamente ricognitivo, data la varietà

## 1. Costituzionalismo

### 1.1. Il principio fondamentale: *nomos basilicus*

Con il termine 'costituzionalismo'<sup>3</sup> si fa abitualmente riferimento a un filone della cultura giuridico-politica europea antica, medievale e moderna, caratterizzato dall'esigenza che il potere politico (il potere dei governanti, dei capi della comunità politica) non sia acquisito o esercitato arbitrariamente, ma sia, al contrario, assoggettato a regole, a vincoli giuridici (sia, cioè, giuridicamente regolato, disciplinato, controllato e limitato); o, comunque, che esso si eserciti, operi, mediante regole (le due cose, come vedremo, non coincidono, e a suo tempo - 2.1 - sarà importante distinguere)<sup>4</sup>.

Il principio guida del costituzionalismo è reso da un'espressione greca, *nomos basilicus* (in inglese, *Rule of Law*): l'idea del governo, regno, dominio (*basileus* vuol dire, per l'appunto, re) della legge, o del diritto (*nomos*). Così definito, l'ideale costituzionalistico rinvia a un'antica controversia.

### 1.2. Governo delle leggi vs. governo degli uomini

La controversia, risalente a Platone e Aristotele, è questa: se sia migliore il governo degli uomini<sup>5</sup> oppure il 'governo delle leggi'. Il principio guida del costituzionalismo - *nomos basilicus* - esprime una decisa presa di posizione in favore di questa seconda opzione: il governo migliore è il governo della legge. Il principio esprime cioè l'ideale che il potere politico (il potere di prendere decisioni vincolanti, per la collettività) sia, in ultima istanza, potere - non di esseri umani, ma - di leggi, di regole: che il rapporto di soggezione politica consista nell'essere soggetti, non alla volontà di esseri umani, ma a leggi, regole.

Prima di interrogarci sulle ragioni che possono essere adottate a sostegno di questa tesi, di questo ideale, cerchiamo di chiarire il senso dell'alternativa.

Assumiamo che, ai fini di una convivenza pacifica, tollerabile e reciprocamente vantaggiosa, il comportamento umano debba essere assoggettato a una qualche for-

pressoché indefinita degli usi e delle teorizzazioni, finirebbe nel vuoto, nell'indistinzione. Provare invece a 'modellare' la nozione, cercando di elaborare una caratterizzazione (articolata, come si vedrà - *infra*, § 2.1 -), in una pluralità di accezioni) che abbia valore esplicativo rispetto ad alcuni soltanto fra gli usi e le teorie, quelli che a me paiono più significativi e più proficuamente iscrivi- li in un quadro unitario. La mia sarà, dunque, una costruzione (e, come tale, un che di artificiale) animata dall'intento di cogliere e portare alla luce - e connettere le une alle altre - solo alcune delle nozioni che vengono espresse, e sono state espresse, mediante la locuzione 'Stato di diritto': le più importanti, perché, a mio giudizio, più determinate, coerenti, informative.

<sup>3</sup> C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*; N. Matteucci, *Costituzionalismo*.

<sup>4</sup> Cfr. anche G. Bongiovanni, *Il Neocostituzionalismo*, § 1, spec. n. 1.

<sup>5</sup> Qui, uso il termine 'legge' in modo generico come sinonimo di 'regola di comportamento'. Più avanti (1.3, 2.3) introdurrò una seconda accezione del termine 'legge'.

ma di governo o di direzione<sup>6</sup>. Ebbene: è meglio che a governare siano esseri umani, o leggi, regole? Le domande sono due, una soggettiva, l'altra oggettiva.

(1) È preferibile, per i consociati, essere soggetti a persone, o a regole? Questo è, se si vuole, un problema psicologico: ci si sente meglio quando si è soggetti a regole, o quando si è soggetti alla volontà di esseri umani?

La risposta pare ovvia. Da adulti, quando un'altra persona pretende di imporci una certa linea di condotta, la nostra sarà probabilmente, di primo acchito, una reazione di rifiuto, di ribellione: 'è un essere umano come me, siamo uguali, perché dovrei obbedirgli?'. Ma non è poi detto che la risposta sia così ovvia. Molte persone amano trovarsi in una condizione di dipendenza personale, o non sono in grado di concepire alcuna alternativa, o ritengono che non ve ne sia alcuna (torneremo fra breve su quest'ultima possibilità).

(2) È (obiettivamente) meglio, per i consociati - in vista di ciò che costituisce il loro bene, o del bene comune, o dal punto di vista della giustizia - che la società sia governata da regole, o da esseri umani? Questo è il problema centrale.

Si tratta di un problema genuino? Ci sono due modi di mostrare che non lo è (di 'sgonfiarlo').

(1) Se ci chiediamo se sia meglio essere governati da buone leggi o da cattivi esseri umani, la risposta sarà ovvia. Lo stesso dicasi se ci poniamo l'interrogativo inverso. Pare, dunque, che l'unico interrogativo sensato sia questo: se sia preferibile il governo di buone leggi o di uomini buoni. Ma questo interrogativo suona un po' sciocco. Non è forse ovvio che entrambe queste ipotesi sono degli *optima*, di eguale valore?

(2) L'alternativa (governo delle leggi oppure governo degli uomini?) presuppone, a prima vista, che sia possibile un governo di sole leggi, o, invece, di soli esseri umani. Ma questo duplice presupposto non è credibile. Non è forse vero, banalmente vero, che a governare sono sempre, e non possono che essere, uomini e leggi, esseri umani che operano mediante la produzione e l'applicazione di leggi? Vediamo.

(a) Si consideri anzitutto l'ipotesi di un governo di sole leggi. In primo luogo, almeno di non sopprime l'esistenza di regole di convivenza che non sono il prodotto di esseri umani, un 'governo delle regole' non potrà che essere il governo di esseri umani mediante la produzione di regole<sup>a</sup>.

E, in secondo luogo, le regole non si applicano da sole: per applicarle a casi particolari, e per farle valere, sono necessari esseri umani. Un 'governo delle leggi', dunque, non potrà che essere un governo di esseri umani che producono o applicano leggi.

(b) Intendiamo, con il termine 'regole' (o 'leggi'), direttive (norme) generali: norme che disciplinano il comportamento di una classe di soggetti ('generali' in senso

<sup>6</sup> Questo assunto, che implica il rigetto dell'anarchia come teoria politica normativa, avrà qui il valore di un postulato.

<sup>7</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, p. 39.

<sup>8</sup> Questo argomento, si noti, non si applica a una versione giusnaturalistica dell'ideale del governo delle leggi: l'ideale di un governo della legge di natura, in ipotesi non prodotta da esseri umani. Ma, d'ora in avanti, lascerò da parte questa ipotesi. In età moderna, infatti, l'idea del governo delle leggi, e di Stato di diritto, viene intesa con specifico riferimento al diritto positivo.

so stretto: 'Tutti gli X devono ...', e dispongono per una pluralità indefinita di casi futuri possibili ('astratte'). Ebbene: come potrebbero i governanti fare a meno di regole? Un governo che operi esclusivamente mediante direttive singolari (rivolte, mediante atti comunicativi 'faccia a faccia', a individui) o concrete (che si applicano solo a un caso individuale) è, in un gruppo sociale numeroso, impossibile.

Questi argomenti sembrano provare che il nostro problema (governo delle leggi o governo degli uomini?) è mal posto. Ma non sono decisivi. Ci inducono, piuttosto, a riformulare il problema.

Ammettiamo pure che un 'governo delle leggi' non possa che essere un governo di esseri umani che producono o applicano leggi. Resta aperta la questione se questo particolare modo di governare - questo particolare modo di esercitare potere - sia preferibile rispetto ad altri. D'accordo: un governo che operi *esclusivamente* mediante direttive singolari o concrete è, in un gruppo sociale numeroso, impossibile. Ma (1) sono possibili modi di 'governo' - varietà del potere sociale - che non consistono affatto nell'emissione di direttive (bensì, ad es., nella manipolazione, all'insaputa dell'agente, delle sue credenze o atteggiamenti, o dell'ambiente nel quale egli si trova ad agire). (2) È concettualmente possibile un governo che operi *prevalentemente* mediante decisioni *ad hoc* (ossia, direttive singolari e concrete), o comunque che assenti a queste ultime un ruolo molto significativo, determinante? (3) È concepibile, di contro, una modalità di governo nella quale le direttive singolari siano - non tutte, sempre, ma per lo più, o comunque in misura significativa, e nei casi importanti - l'esito dell'applicazione, a casi individuali, di regole ('X deve essere punito' segue da 'I ladri devono essere puniti' - una regola - e 'X è un ladro').

La questione, dunque, è se sia desiderabile un potere che operi prevalentemente, in modo decisivo, mediante l'emissione e l'applicazione, da parte di esseri umani, di direttive, e precisamente di direttive generali - in maniera tale che le direttive singolari (singolari in senso stretto, o concrete)<sup>9</sup> siano per lo più, o comunque in misura significativa, nei casi importanti, l'esito dell'applicazione, a casi individuali, di regole. Con ciò è superata la seconda obiezione.

E veniamo alla prima. È vero che se ipotizziamo ottime o pessime leggi, e, correlativamente, pessimi o ottimi uomini, il problema si sgonfia. Ma il punto è questo: se consideriamo gli esseri umani così come *normalmente*, tipicamente (per lo più) sono - come possiamo ragionevolmente aspettarci che siano - e se consideriamo le leggi quali possiamo aspettarci che siano e siano applicate, dato il modo in cui gli esseri umani tipicamente sono, è preferibile un governo che consista prevalentemente, in modo decisivo, nell'emissione e nell'applicazione, da parte di esseri umani, di direttive generali (di modo che le direttive singolari siano per lo più basate su direttive

<sup>9</sup> In un passo del *Politico* (296e-297a), Platone paragona il governante ideale al capitano di una nave, che, stando sul ponte, sottopone a monitoraggio costante tutte le variabili rilevanti ai fini della guida della nave, ed emette, minuto per minuto, ordini particolari, riferiti alla situazione concreta.

<sup>10</sup> Ossia: direttive che disciplinano il comportamento di un singolo, o dispongono per una singola occasione spazio-temporale.

generali), rispetto ad altre varietà del potere, e in particolare rispetto a un governo che consista, prevalentemente e in modo decisivo, nell'emissione di direttive *ad hoc* (decisioni singolari o concrete)? La risposta a questa domanda non è affatto ovvia.

Così riformulata, la questione è seria. C'è un vantaggio, un guadagno, un beneficio derivante dall'essere soggetti a regole, piuttosto che a decisioni *ad hoc*?

Passiamo in rassegna le ragioni che possono essere adottate a sostegno di una risposta affermativa.<sup>11</sup>

(1) Come si diceva, il trovarsi soggetti a 'uomini' è probabile che susciti, in un adulto, una reazione di rivolta: 'è un essere umano come me, siamo uguali, che diritto ha di stabilire, al posto mio, come devo comportarmi?'

Ecco una prima ragione: l'idea dell'eguaglianza fra gli esseri umani, da cui seguirebbe che nessun particolare essere umano abbia titolo a comandare ad altri esseri umani (adulti). Sotto questo aspetto, la tesi che il governo delle leggi sia preferibile al governo degli uomini appare fondata su un presupposto: che le leggi possano essere qualcosa di impersonale, anonimo - che essere soggetti alla legge non sia, o possa non essere, essere soggetti a *giudicio*.

Correlativamente, sono ipotizzabili tre linee di obiezione. (a) Gli esseri umani, di fatto, non sono uguali. (b) Se anche li si volesse considerare tali (guardando, ad es., al DNA della specie) perché mai da questo dato di fatto dovrebbe seguire una conseguenza normativa, che nessuno abbia il diritto di dire agli altri (se adulti) come devono comportarsi? (c) In che senso le leggi - prodotte o applicate da esseri umani (v. sopra) - possono realisticamente dirsi un che di impersonale, anonimo? ('Torneremo fra breve su quest'ultimo interrogativo.')

(2) Una regola si applica a tutti - a tutti gli individui che ricadono nella classe di coloro che vi sono soggetti - allo stesso modo, indipendentemente dal ceto, il sesso, la razza, ecc.

Ecco una seconda ragione che si può ritenere giustificata il primato del governo delle leggi: la giustizia, l'equità, apparentemente garantita dalla decisione in base a regole: la sua imparzialità (una regola 'non guarda in faccia nessuno'). La giustizia consiste nel trattare casi uguali in modo uguale, evitando differenze arbitrarie di trattamento; l'applicazione coerente di una regola, secondo quanto essa prescrive, realizza questa eguaglianza di trattamento.

Anche in questo caso, però, è possibile sollevare un'obiezione: la regola medesima può ben essere iniqua. Una regola che prescrive che le persone di colore non sono autorizzate a servirsi dei mezzi di trasporto pubblico (o che le donne non possono esercitare il sacerdozio) si applica, allo stesso modo, a tutte le persone di colore

<sup>11</sup> Non discuterò qui le ragioni che possono essere adottate, in generale, a favore di una forma di potere che operi mediante l'emissione di direttive (sia pure sostenute dalla minaccia di sanzioni punitive in caso di inadempimento), piuttosto che, ad es., mediante la manipolazione, all'insaputa dell'agente, delle sue credenze o dei suoi atteggiamenti. Queste ragioni si riducono, in radice, alla circostanza che il ricorso all'emissione di direttive manifesta (almeno) un minimo di rispetto per la dignità di coloro che vi sono soggetti in quanto agenti capaci, almeno potenzialmente, di scelte autonome, e responsabili.

(o a tutte le donne, rispettivamente). Si può ben ritenere che, contrariamente a quanto dispone la regola, ai fini del diritto di fare uso dei mezzi di trasporto pubblico (o di esercitare il sacerdozio) il colore della pelle (o il sesso) non sia una differenza rilevante. Per chi sia di questa opinione, le due regole menzionate saranno da considerarsi ingiustamente discriminatorie: regole l'applicazione coerente delle quali conduce a trattare in modo diseguale casi uguali - conduce cioè a trattare imparzialmente in modo *ingiusto, ingiusto*, tutti coloro che vi sono soggetti <sup>12</sup>.

(3) Essere soggetti a 'uomini' vuol dire essere soggetti alla *volontà* di particolari individui. E la volontà è, per lo più, autointeressata: individui particolari mirano al perseguimento del proprio particolare interesse. Il 'governo degli uomini', dunque, non dà a coloro che vi sono soggetti alcuna garanzia che essi non saranno trattati, dai governanti, come mezzi in vista del perseguimento del proprio interesse (e non, invece, anche come fini, dotati di valore in sé) - che non saranno, insomma, sfruttati.

Ecco una terza ragione a sostegno del primato del governo delle leggi: la difficoltà nei confronti di chi si trova in una posizione di comando. Il potere - è questo l'aspetto implicito - corrompe, fatalmente, gli esseri umani: i detentori del potere tenderanno a farne uso per perseguire i propri interessi, e tenderanno a incrementare, al di là di ogni limite, il proprio potere. Sono dunque necessari freni, vincoli, limiti: là dove governano le leggi, l'interesse privato dei governanti, e la spinta del potere ad accrescere illimitatamente se stesso, vengono tenuti a freno.

Anche questa linea di discorso poggia sul presupposto (sul quale tornerò fra breve) che le leggi possano essere qualcosa di impersonale, anonimo. Perché mai, si potrebbe obiettare, se le leggi sono prodotte o applicate da esseri umani, non dovrebbero poter servire come strumenti in vista del perseguimento di interessi particolari? In che modo le regole - prodotte o applicate dai governanti - dovrebbero servire da strumento di protezione nei confronti dei governanti medesimi?

(4) Essere soggetti al 'governo degli uomini' vuol dire, si diceva, essere soggetti alla *volontà* di particolari individui. E la volontà è mutevole, capricciosa; da ciò, instabilità e insicurezza.

Una quarta ragione in favore del primato del governo delle regole è dunque la prevedibilità della decisione basata su regole, la sua *certezza* <sup>13</sup>. Talvolta, è più importante che le cose siano stabilite (anticipatamente) in un modo determinato, piuttosto che *come* sono stabilite (si consideri ad es. la questione se tenere la destra o la sinistra nella guida; non è tanto importante che si opti per l'una o l'altra possibilità, quanto che vi sia una regola certa - destra o sinistra, non importa - che prescrive a tutti di tenere la destra, oppure la sinistra, così che ciascuno possa fare affidamento sul fatto che gli altri si comporteranno in quel determinato modo). E, in generale, la prevedibilità delle decisioni che ci riguardano - se, ad es., facendo la tal cosa subiremo un punizione o no - è molto importante per poter pianificare in modo razionale

le nostre attività. (Così, ad es., per poter capire quale via condurrà nel modo più efficace alla realizzazione dei miei scopi, è importante che io sappia prima in che modo, con quali decisioni, il sistema giuridico reagirà alle mie azioni.) E, se so che il decisore applicherà una certa regola, e se conosco la regola, allora sarò in grado di prevedere la decisione <sup>14</sup>; e dunque sarò in grado di stabilire, con cognizione di causa, se mi conviene o no comportarmi in un certo modo.

La certezza e prevedibilità della decisione è, certamente, un valore. Ma è solo un valore fra altri, e va bilanciato con essi. A volte, ad es., può sì essere importante che la decisione sia prevedibile, ma è più importante che sia (in un qualche senso da precisare) la decisione *giusta*. E può darsi che l'applicazione della regola non conduca alla decisione giusta (per quanto prevedibile).

Questo è un primo senso in cui le regole possono essere caratterizzate come qualcosa di impersonale, anonimo. La decisione basata su regole, a differenza delle pronunce *ad hoc* di una volontà non vincolata da regole, è prevedibile: il suo esito è prestabilito. Affidarsi al governo di regole, sembra si possa dire, è un po' come affidarsi a un congegno meccanico: sappiamo già come funzionerà, e a quali esiti condurrà. Ma ciò, si badi bene, non vuol dire che le regole, per quanto certe, non possano essere strumenti utilizzati dai governanti per perseguire il proprio interesse (sopra, *sub* (3)), o che essere soggetti a regole (prodotte o applicate da certi individui) non sia, in un senso del tutto ovvio, essere soggetti a *qualcuno* (*supra, sub* (1)).

Cerchiamo ora di definire in modo più rigoroso l'idea di un 'governo di leggi', e il suo opposto, in modo da fare un bilancio delle ragioni in favore del primato del governo delle regole.

Distinguiamo due metodi di decisione <sup>15</sup>. Chiamiamo 'decisione basata su regole' il metodo consistente nell'applicazione a casi individuali di regole prestabilite. Chiamiamo 'decisione particolaristica' il metodo consistente nello stabilire caso per caso quale sia la decisione giusta, guardando volta per volta alle ragioni - tutte le ragioni - che militano a favore delle o contro le diverse soluzioni ipotizzabili, o nel domandarsi, volta per volta, se la regola (assumendo che vi sia una regola che disciplina quel caso) sia effettivamente da applicare o no, alla luce delle particolari circostanze del caso oggetto di decisione. Chi decide sulla base di regole non guarda alle ragioni pro e contro nel caso particolare. Non si domanda se nel caso particolare si applichino o no le ragioni che, in ipotesi, giustificano la regola, o se per avventura non si applichino altre ragioni, che giustificano una decisione diversa da quella indicata dalla regola. Non entra nel merito: si limita ad accertare se il caso ricade o no sotto la regola; se sì, emette la decisione dettata dalla regola <sup>16</sup>. Il decisore particolareista, di contro, entra, ogni volta, nel merito. Soppesa, volta per volta, le ragioni che si applicano al caso; e, se c'è una regola, decide volta per volta, sulla base di questo

<sup>14</sup> Ciò, sotto la condizione che la regola abbia un contenuto sufficientemente determinato.

<sup>15</sup> Seguo qui molto da vicino, sino alla fine del paragrafo, F. Schauer, *Le regole del gioco*, cap. 2, 3, 7.

<sup>16</sup> Cfr. D. Canale, *Il ragionamento giuridico* (in questo volume).

<sup>12</sup> Un'obiezione più radicale - le regole fanno *necessariamente* ingiustizia - sarà presa in considerazione fra breve.

<sup>13</sup> F. Schauer, *Le regole del gioco*, pp. 218 ss.

esame, se sia da applicare o no. Ebbene: c'è un vantaggio, un guadagno, un beneficio derivante dalla decisione basata su regole, come tale, rispetto alla decisione particolaristica?

Un esempio può chiarire la differenza. Immaginiamo un ristorante, e un buttafuori all'ingresso. Consideriamo la classe di casi 'ingresso di animali nel locale'. Immaginiamo un buttafuori che decide sulla base di una regola - un buttafuori 'legalista', che dispone della regola 'Vietato l'ingresso ai cani' - e un buttafuori particolarista. Il buttafuori legalista applica la regola: quando un animale si presenta all'ingresso del locale, si domanda 'è un cane o no?'; se è un cane, lo blocca, altrimenti lo lascia entrare. Il buttafuori particolarista, invece, ogni volta che un animale si presenta all'ingresso del locale, si domanda se sia o no il caso di lasciarlo entrare ('è un cane particolarmente bene educato?'; si tratta di un animale che potrebbe disturbare i clienti?; e così via): quale risposta dia il bilanciamento delle ragioni rilevanti<sup>17</sup>.

Ebbene: è preferibile un buttafuori legalista, o uno particolarista? Ci sono dei vantaggi nella decisione basata su regole?

Sicuramente, ci sono degli svantaggi. Una regola si basa su una generalizzazione: per lo più, nella grande maggioranza dei casi, la presenza di cani all'interno del locale provocherà confusione, e arrecherà fastidio ai clienti. E questa la generalizzazione che - assumiamo - giustifica la regola 'Vietato l'ingresso ai cani'. Ma, proprio perché basata su una generalizzazione, una regola è sovra- e sotto-inclusiva: include più casi di quanti ne dovrebbe includere (la regola 'Vietato l'ingresso ai cani' esige che siano lasciati fuori dal locale anche cani che non arrecherebbero alcun fastidio: cani da salotto ben educati, cani-guida per ciechi, cani poliziotto), e non include casi che pure dovrebbe includere (la regola 'Vietato l'ingresso ai cani', di per sé, non preclude l'ingresso di orsi e pitoni, che pure, con molta probabilità, getterebbero lo scompiglio fra gli avventori). Un buttafuori legalista, paradossalmente, lascerà fuori del locale cani da salotto ben educati e cani poliziotto, e consentirà l'ingresso a orsi e pitoni<sup>18</sup>.

La decisione basata su regole è, dunque, una procedura di decisione sub-ottimale (ossia, una procedura della quale sappiamo già che talvolta ci condurrà a risultati erronoi - erronei, s'intende, rispetto alla giustificazione soggettiva alla regola, o al bilanciamento delle ragioni). È possibile, in qualche modo, difenderla?

Due delle ragioni in favore di un 'governo di regole' che abbiamo passato in ras-

segna - eguaglianza e giustizia - ci sono apparse piuttosto deboli (*supra*, sub (1) e (2)). La quarta - la certezza e prevedibilità della decisione basata su regole - è senz'altro solida<sup>19</sup>: l'adozione della decisione basata su regole come strategia decisionale privilegiata, o esclusiva, da parte di una classe di decisori (o in un certo ambiente decisionale) fa sì che i membri del gruppo possano normalmente fare affidamento sul fatto che casi di un certo tipo verranno decisi in un certo modo (nel modo stabilito anticipatamente, dalla regola); così, questa, che favorisce il perseguimento, da parte di ciascuno, dei propri interessi.

Possiamo aggiungere una quinta ragione. L'assunzione di decisioni è un'attività, che, come ogni altra attività umana, richiede l'impiego di risorse (di tempo, energie, spazi, infrastrutture) scarse. Le regole sono semplificazioni - si fondano, come abbiamo visto, su generalizzazioni. Colui che decide sulla base di una regola è esentato dal compito di prendere in considerazione e soppesare, volta per volta, tutte le ragioni pro e contro una certa decisione che si applicano al caso. Si limiterà a esaminare se il caso ricade o no sotto la regola ('è un cane o no?') - cosa, in ipotesi, meno complessa e laboriosa. Dunque, la decisione sulla base di regole consente di economizzare risorse decisionali scarse, rendendo possibile una loro allocazione efficiente.

Anche l'efficienza decisionale, però, come già la certezza della decisione, è solo un valore fra altri, e va bilanciato con essi. A volte, ad esempio, può sì essere importante che la decisione sia poco costosa (in termini di risorse decisionali, quali che siano), ma è ancora più importante che sia (in un qualche senso da precisare) la decisione giusta. E può darsi che l'applicazione della regola conduca a una decisione affrettata.

Torniamo alla terza ragione, la diffidenza nei confronti di chi detiene potere.

In generale, un'ovvia giustificazione del ricorso alla decisione basata su regole è la sfiducia nei confronti di certi decisori, o certe classi di decisori, rispetto a decisioni di un certo tipo. D'accordo, nel caso della decisione basata su regole vale, per definizione, che, in certi casi (i casi di sovra- e sotto-inclusione), l'applicazione della regola condurrà a risultati erronei, rispetto a quelli cui avrebbe condotto l'applicazione corretta della giustificazione soggettiva alla regola, o delle altre ragioni rilevanti. Ma, per l'appunto, l'applicazione corretta. Se, per una qualsiasi ragione, nutriamo scarsa fiducia nella capacità, da parte di un decisore, o una classe di decisori, di applicare correttamente, a casi di un certo tipo, la giustificazione in questione, o di cogliere, in generale, tutte le ragioni rilevanti (ad es., perché abbiamo scarsa fiducia nelle loro capacità cognitive, oppure perché temiamo che la loro decisione possa essere viziata da parzialità, pregiudizi, considerazioni di interesse personale); e se, inoltre, riteniamo che, se fossero vincolati ad applicare una regola, i decisori in questione commetterebbero nel complesso un numero di errori (in rapporto alla giustificazione soggettiva, e in generale alle ragioni rilevanti) minore rispetto a quelli che commetterebbero se fossero lasciati liberi di applicare direttamente la giustificazione, e di sop-

<sup>19</sup> Sotto la condizione, si ricordi, che le regole abbiano un contenuto sufficientemente determinato.

<sup>17</sup> Il tema è affrontato con specifico riguardo al tema dell'interpretazione giuridica in V. Villa, *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica* (in questo volume).

<sup>18</sup> La connessione fra regole e giustizia è, dunque, ancora più debole di quanto non si sia rilevato *supra*, sub (2). Non soltanto può accadere che la regola medesima sia ingiusta (perché tratta in modo diseguale casi eguali). Per di più, pare si possa sostenere (F. Schauer, *Le regole del gioco*, p. 217), le regole fanno necessariamente ingiustizia. La giustizia, infatti, impone di trattare i casi uguali in modo eguale, e i casi diseguali in modo diseguale. Ma una regola, in ipotesi, conduce talvolta (sovra-inclusione) a trattare casi diseguali in modo eguale - a trattare in modo eguale casi che presentano, alla luce della giustificazione soggettiva alla regola (nel nostro esempio, favorire la quiete e il comfort dei clienti), una dissomiglianza rilevante (ad es., cani molto espansivi o aggressivi e cani-guida per ciechi).



pesare tutte le ragioni rilevanti, allora può essere ragionevole imporre loro di prendere decisioni, relativamente al tipo di casi in questione, sulla base della regola, attenendosi scrupolosamente (attenendovisi, dunque, anche in quei casi in cui, in ipotesi, l'applicazione della regola condurrà a un esito erroneo rispetto a quello cui avrebbe condotto l'applicazione corretta della giustificazione soggettiva, o di tutte le ragioni rilevanti). Insomma: quando si teme che i decisori commettano errori significativi nell'applicazione di una certa giustificazione ('tutti gli animali che arrecheranno fastidio ai clienti') può essere ragionevole esigere che essi decidano per così dire 'ciecamente', ottusamente, limitandosi ad applicare, in ciascuno dei casi rilevanti, una regola che abbia quella giustificazione ('Vietato l'ingresso ai cani').

Queste considerazioni, infine, possono essere estese a tutti quei casi in cui, per una qualsiasi ragione, si voglia evitare che un certo decisore, o un certo insieme di decisori, guardi direttamente alle, e prenda decisioni sulla base delle, ragioni pro o contro una certa linea di condotta in un certo tipo di caso, e si desidera, piuttosto, che i decisori in questione si attengano alla decisione di qualcun altro. Un decisore che sia vincolato a prendere decisioni sulla base di regole è un decisore disabilitato a riconsiderare, volta per volta, le ragioni che militano pro o contro la linea di azione indicata dalla regola: non spetta a lui valutare se la giustificazione si applichi anche al caso in esame - la decisione in materia è sottratta alla sua competenza (è stata già presa da qualcun altro: colui che ha formulato la regola). In questo senso, le regole sono «espediti per l'allocazione di potere» (s'intende, potere decisionale)<sup>20</sup>. Le regole sottraggono certe decisioni alla giurisdizione (ossia, alla competenza a giudicare, a prendere decisioni) di certi soggetti, riservandole ad altri, e vincolando i primi alle decisioni assunte dai secondi; sono, dunque, strumenti per l'assegnazione di classi di decisioni a classi di decisori. Il ricorso alla decisione basata su regole, insomma, può essere ragionevole, e giustificato, ogni volta che si desidera riservare ad alcuni decisori una certa classe di decisioni, sottraendola ad altri, e vincolare questi ultimi alle decisioni assunte dai primi: ogni volta che si intenda operare una ripartizione di potere decisionale. Le ragioni che possono giustificare una simile ripartizione sono molteplici. Si tratterà, talvolta, di «preoccupazioni relative all'accuratezza della decisione, e alla necessità di evitare errori» (il caso precedente, quello della sfiducia, o della diffidenza). Talaltra, saranno determinanti considerazioni sostanziali, di ordine etico o politico, intorno a chi debba prendere decisioni di un certo tipo<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> F. Schauer, *Le regole del gioco*, p. 20.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Due esempi: (1) l'art. 101, II c., Cost. it. recita «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». La soggezione del giudice alla legge può essere intesa, nei termini di Schauer, come un caso di imposizione, a una certa classe di decisori, della decisione basata su regole. Tale imposizione, si può congetturare, ha lo scopo di sottrarre ai giudici certe classi di decisioni - le decisioni relative a quei (tipi di) casi su cui si sia pronunciato il legislatore - vincolandoli a prendere in considerazione soltanto quegli aspetti di tali casi che sono stati selezionati come rilevanti da parte del legislatore, e che sono indicati dalla legge. (In questo modo, risulta sottratta al giudice la competenza a stabilire, volta per volta, se la giustificazione che - si presume - sta alla base della legge si applichi anche nel caso oggetto di decisione). Alla base di questa ripartizione di compe-

Il ricorso alla decisione basata su regole - il 'governo delle leggi' - , insomma, è uno strumento di suddivisione del potere (*infra*, § 1.3). Ed è questo un secondo senso in cui le regole - regole prodotte e applicate da esseri umani - possono essere caratterizzate come un che di impersonale, anonimo. Per un verso, quando siamo soggetti a un decisore che è, in qualche modo, vincolato a applicare regole, non siamo, in un certo senso, soggetti alla volontà di *quella persona*, poiché siamo, in effetti, soggetti alla volontà di *altri*: coloro che hanno prodotto le regole. E, per altro verso, siamo, in una certa misura, protetti nei confronti di questi ultimi: costoro hanno già preso la loro decisione prima che sia sottoposto a giudizio il caso particolare; la loro decisione, assunta anticipatamente, verte su classi di casi, non su questo o quel caso individuale, e non può, dunque, essere dettata dall'intento di danneggiare o favorire particolari individui (certezza, eguaglianza: una regola 'non guarda in faccia nessuno', *supra*, sub (2)).

\*\*\*

Il principio fondamentale del costituzionalismo, il principio del *homo basileus*, o governo delle leggi, trova realizzazioni e specificazioni diverse in epoche diverse (vi sono stati sia un costituzionalismo antico, sia un costituzionalismo medievale). In età moderna, l'ideale del governo delle leggi si salda con un'ulteriore idea: l'idea dei diritti fondamentali<sup>22</sup>.

### 1.3. Il costituzionalismo dei diritti

In Europa, e successivamente in America, nasce e si diffonde, fra sei e settecento, un'idea che svolgerà, a partire dalle rivoluzioni della fine del settecento (rivoluzione

decisionale si trova, verosimilmente, non già una generica sfiducia nelle capacità decisionali dei giudici, ma l'assunto (un assunto etico-politico) che, in generale, spetti al legislatore, in quanto organo rappresentativo legittimato democraticamente, e non al giudice (perché privo di legittimazione democratica), stabilire in che modo debbano essere trattati i tipi di casi in questione. (2) L'art. 13, comma 2, Cost. it. dispone che non è ammessa alcuna restrizione della libertà personale se non «per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Mediante questa disposizione, in un colpo solo (a) è sottratta alle forze di pubblica sicurezza la competenza a decidere volta per volta se le ragioni di ordine generale che, in ipotesi, giustificano talvolta restrizioni della libertà personale si applichino o no: la decisione se imporre o no restrizioni siffatte è riservata a un diverso soggetto, il giudice. (b) Non solo: la suddetta competenza è simultaneamente sottratta anche al giudice, e riservata al legislatore: il giudice deve solo applicare la legge - è tenuto e prendere in considerazione soltanto gli aspetti del caso oggetto di giudizio selezionati come rilevanti dalla legge. E, infine (c) la competenza a decidere se le ragioni di ordine generale che, in ipotesi, giustificano talvolta restrizioni della libertà personale si applichino o no a certi (tipi di) casi è altresì sottratta a qualsiasi altro potere pubblico dotato della competenza a produrre norme, anche di carattere generale (e, dunque, alla potestà normativa dell'esecutivo), e riservata al legislatore (c.d. riserva di legge).

<sup>22</sup> Cfr. G. Pino, *Diritti soggettivi*, spec. § 2.1. Si vedano anche A. Pintore, *Democrazia e diritto* e L. Ferrajoli, *Passato e futuro dello stato di diritto* (tutti in questo volume).

americana e rivoluzione francese), un ruolo di importanza cruciale: l'idea che gli esseri umani, come tali, siano dotati di alcuni diritti 'fondamentali'<sup>23</sup>. La nascita e la progressiva affermazione di questa idea costituisce un'autentica svolta nella cultura giuridico-politica occidentale.

I diritti in questione sono concepiti e qualificati come 'fondamentali', anzitutto, in ragione della loro *importanza*: dell'importanza che viene loro riconosciuta o attribuita (dell'importanza, cioè, delle attività, delle scelte, degli interessi, dei beni, o delle sfere di vita, che ne costituiscono l'oggetto, o il contenuto). E proprio in ragione della loro importanza i diritti in questione sono ulteriormente concepiti e rappresentati come 'fondamentali' perché e in quanto (1) *inviolabili*: diritti la cui violazione non è mai, in alcun modo, giustificata, sotto nessuna condizione; (2) *inalienabili*: diritti non suscettibili di essere validamente trasferiti ad altri (dunque, diritti dei quali gli esseri umani non possono validamente spogliarsi neppure con il proprio consenso); (3) *imprescrittibili*: diritti che non cessano di esistere, non vengono meno, in ragione del loro mancato esercizio, o della loro mancata rivendicazione, e meno che mai del loro mancato riconoscimento.

I diritti in questione, si diceva, sono concepiti come diritti che appartengono a ciascun essere umano in quanto tale: ossia, semplicemente perché e in quanto essere umano. Non, dunque, in ragione della sua particolare condizione sociale o politica (non, ad esempio, in quanto membro dell'aristocrazia o del clero, o in generale in quanto appartenente a un particolare ceto o corporazione o ordine, o in quanto soggetto a un certo signore o re, o in quanto residente in un particolare territorio, abitanti di una particolare città, membro di una particolare comunità o chiesa), o di particolari caratteristiche, doti, o talenti naturali (ad es., un'intelligenza superiore alla media, particolare forza fisica, bellezza o bruttezza, e così via), bensì in virtù del suo essere, per l'appunto, un essere umano, in virtù della sua semplice, sola, nuda natura di essere umano. Si tratta, in questo senso, di diritti 'naturali': diritti che ciascun essere umano ha in ragione della sua natura di essere umano<sup>24</sup>. E, dunque, di diritti che tutti gli esseri umani hanno allo stesso modo, e in eguale misura (diritti nei quali gli esseri umani sono eguali), indipendentemente da accidenti o particolarità storiche (politiche, sociali) o naturali. Rispetto ai diritti (ai diritti fondamentali, beninteso) le differenze fra gli esseri umani, siano esse di carattere sociale o naturale (anzitutto, le differenze di nascita: sesso, diseguaglianze di doti naturali, diseguaglianze nella posizione che alla nascita ci si trova a occupare), sono - concepite come - elementi accidentali, casuali, e dunque arbitrari, e irrilevanti (irrilevanti, precisamente perché casuali, accidentali). Quanto ai diritti (ai diritti fondamentali), gli esseri umani sono

<sup>23</sup> Cfr. D. Ippolito, *Giustnaturalismo*; G. Pino, *Diritti soggettivi*, § 2.1 (entrambi in questo volume).

<sup>24</sup> Di contro, «nel mondo medievale le prerogative e gli oneri dei soggetti non sono separabili dalle appartenenze e dalle gerarchie: è l'ordinamento, il gruppo, il "corpo" sociale cui l'individuo appartiene, che attribuisce privilegi e doveri; è la gerarchia politica e sociale che pone ciascun individuo al "suo" posto, in una fitta rete di supremazie e soggezioni» (P. Costa, *Diritti*, p. 40).

Nell'idea dei diritti fondamentali è insita, dunque, una forte componente egualitaria. L'idea di un'eguaglianza fra tutti gli esseri umani è qui intesa, però, specificamente, come *eguaglianza nei diritti*<sup>25</sup>.

L'idea dei diritti fondamentali è illustrata da una molteplicità di testi normativi, dalla *Dichiarazione d'indipendenza americana* (1776), o la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* francese del 1789, sino alle costituzioni contemporanee (come la *Costituzione della Repubblica italiana* o la *Legge fondamentale tedesca*), e alla *Dichiarazione universale dei diritti umani* (approvata dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1948) e i numerosi strumenti internazionali (trattati, convenzioni, dichiarazioni) dedicati, nella seconda metà del Novecento, alla statuzione e salvaguardia dei diritti umani (come, ad es., la CEDU, o la Carta di Nizza). Quello dei *Bills of rights* è divenuto un vero e proprio genere letterario<sup>26</sup>.

Il principio fondamentale del *nomos basilisus*, si diceva (*supra*, § 1.2), trova specificazioni diverse in epoche diverse. In età moderna, l'ideale del governo delle leggi si salda con l'idea dei diritti fondamentali, generando così una particolare versione del modello costituzionalistico, impementata sulla rivendicazione dei diritti degli individui - diritti, per l'appunto, fondamentali - nei confronti dei, e contro i, poteri pubblici. L'ideale del governo del diritto (governo limitato, non arbitrario, ecc.) diviene cioè l'ideale del governo che trova nel rispetto dei diritti fondamentali un limite invalicabile (un governo che non interferisce con i diritti degli individui), e nella protezione (garanzia, tutela) di tali diritti, o finanche nella loro promozione, la propria ragione d'essere, il proprio fine, il proprio scopo istitutivo<sup>27</sup>. Nasce, così, un 'costituzionalismo dei diritti', che si riassume nel duplice principio secondo cui (1) il rispetto dei

<sup>25</sup> Ciò che l'idea dei diritti fondamentali implica, dunque, non è la tesi che gli esseri umani siano tutti uguali: che non ci siano differenze fra gli esseri umani. Questo è chiaramente falso. Ci sono differenze di ogni genere - di doti naturali, di condizioni sociali - fra gli esseri umani. L'eguaglianza specificamente implicata nell'idea dei diritti fondamentali è l'eguaglianza nei diritti.

<sup>26</sup> Una precisazione. L'idea dei diritti fondamentali, nei termini in cui è stata appena introdotta e caratterizzata, è il frutto di una drastica semplificazione: si tratta di un modello astratto, una rappresentazione idealizzata. I diritti sono concepiti e fondati, in età moderna e contemporanea, in modi assai diversi, e sarebbe un errore ritenere che autori diversi, concezioni diverse, o culture diverse, condividano necessariamente tutte le idee che, stando alla nostra caratterizzazione, sono parte integrante dell'idea dei diritti fondamentali (importanza, carattere naturale dei diritti, eguaglianza nei diritti di tutti gli esseri umani, inviolabilità, inalienabilità, imprescrittibilità), o le intendano allo stesso modo (per una presentazione introduttiva M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*). Anche l'affermazione secondo cui l'idea dei diritti fondamentali nasce e si diffonde fra sei e settecento è, naturalmente, una semplificazione: l'idea dei diritti naturali affonda le proprie radici in un passato ben più lontano. Cfr. R. Tuck, *Natural Rights Theories*; B. Tierney, *L'idea dei diritti naturali*. Si tratta, però, di una semplificazione che serve a dare l'idea di un radicale mutamento di prospettiva effettivamente prodottosi, fra sei e settecento, nella cultura giuridica e politica occidentale - un mutamento rivoluzionario, che ha segnato in profondità il nostro universo giuridico e politico.

<sup>27</sup> Per 'promozione' dei diritti intendo l'azione volta a far sì che siano realizzate le condizioni affinché ciascun individuo possa effettivamente fare uso, in modo informato ed efficace, dei diritti dei quali è titolare.



diritti fondamentali è condizione necessaria di legittimità del governo, e (2) il fine dell'associazione politica, e del governo, è la conservazione, la protezione, o la promozione dei diritti fondamentali<sup>28</sup>.

Il costituzionalismo moderno, dunque, si caratterizza per il riconoscimento e l'esigenza di tutela dei diritti. Questa esigenza acquista effettualità storica, diviene uno degli elementi portanti della realtà giuridico-politica, con le due rivoluzioni della fine del settecento (rivoluzione americana e francese), e la cultura loro propria.

V'è, però, un ulteriore elemento che concorre a determinare la configurazione che il costituzionalismo assume in età moderna: un nuovo concetto di costituzione, e con esso la tesi della supremazia della costituzione, così intesa, sui poteri pubblici.

La versione moderna del costituzionalismo è caratterizzata dall'adozione - o meglio, dall'invenzione - di una particolare idea di costituzione, l'idea specificamente moderna e contemporanea<sup>29</sup>. In contesti giuridici o politici si può intendere con il termine 'costituzione', fra le altre cose, il modo in cui lo Stato, la comunità politica, è per l'appunto costituito: il modo in cui esso è fatto, e funziona. La costituzione (in questa accezione) della comunità politica è concepita come un dato, possibile oggetto di descrizione, allo stesso modo in cui può essere oggetto di descrizione, ad es., la costituzione di (ossia, il modo in cui è costituito) un organismo vivente, o una galassia<sup>30</sup>. A partire dalle due rivoluzioni settecentesche il termine 'costituzione' acquisisce un nuovo significato<sup>31</sup>. Esso designa, ora, (1) un documento (un testo scritto), concepito come (2) espressione di un insieme di regole, o norme, che è esso stesso la costituzione dello Stato: l'atto normativo che costituisce, istituisce, la struttura fondamentale dello Stato e del governo, la produce, la pone in esistenza (non, dunque, un testo che descriva il modo in cui, indipendentemente da tale testo medesimo e da ciò che esso esprime, qualcosa, di per sé, è fatto, e funziona)<sup>32</sup>; e come (3) il risultato

<sup>28</sup> Quando il governo non rispetta i diritti, o non li assicura, il popolo ha il diritto di resistere; se del caso, di abbatterlo, e di costituire, al suo posto, un governo disegnato in maniera tale da rispettare, e garantire, i diritti.

<sup>29</sup> Tralascio qui la tradizione costituzionalistica britannica, che, pur costituendo, per gran parte della cultura giuridico-politica europeo-continentale moderna, e per quella nordamericana, un vero e proprio modello da imitare, presenta caratteristiche peculiari.

<sup>30</sup> Questa nozione di costituzione è, dunque, una nozione fattuale: la 'costituzione' di una comunità politica è un dato di fatto, il modo in cui essa è costituita, la sua natura, suscettibile di essere osservata e descritta, allo stesso modo e nello stesso senso in cui la natura di un organismo vivente è un dato di fatto preesistente all'osservazione scientifica, ed è suscettibile di essere, per l'appunto, osservata e descritta. (Quanto leggiamo in un trattato di zoologia a proposito della costituzione dello scoiattolo, non è la costituzione dello scoiattolo, ma, per l'appunto, una descrizione di quest'ultima: sulle pagine del trattato non troviamo il DNA dello scoiattolo, ma una sua rappresentazione.)

<sup>31</sup> R. Florida, *La costituzione dei moderni*, pp. 22-23 e anche pp. 65-68; P. Comanducci, *Ordine o norma?*, pp. 176-177, 183, 194-195.

<sup>32</sup> Così intesa, dunque, la costituzione non è un dato di fatto (anche se può essere un dato di fatto che esista, in un certo tempo e luogo, una certa costituzione). A differenza di quanto accade quando apprendiamo, da un trattato di zoologia, quale sia la costituzione dello scoiattolo, quando

di un'attività consapevole e deliberata, da parte dei consociati, intesa per l'appunto a creare *ex novo*, porre in esistenza, un certo tipo di organizzazione sociale e politica, atta a soddisfare le loro esigenze - anzitutto, il rispetto e la tutela dei diritti. La costituzione è, così intesa, il frutto di un atto 'costituente': un atto volontario che pone, produce, le regole che costituiscono, *ex novo*, la struttura fondamentale dello Stato<sup>33</sup>.

L'idea soggiacente a questa nuova nozione di costituzione, e alla sua affermazione storica, è semplice, ma, per l'appunto, rivoluzionaria: l'organizzazione politica, e dunque il potere politico, non sono un che di naturale, dato, che i consociati siano tenuti ad accettare così com'è, rassegnandosi (quasi si trattasse di un aspetto inalterabile dell'ordine naturale delle cose, giustificato dal solo fatto della sua esistenza: una necessità, il destino, o un aspetto dell'ordine provvidenziale voluto da Dio per gli uomini), e al quale essi debbano, comunque, prestare obbedienza. Sono, piuttosto, un che di artificiale, che può essere progettato, e costruito (un che di convenzionale): il frutto dell'attività degli esseri umani, tendente al soddisfacimento di certi bisogni o interessi, al perseguimento di certi scopi, e alla realizzazione di certi valori<sup>34</sup>.

Ma in che modo la costituzione, così intesa, può fungere da strumento di garanzia e protezione dei diritti fondamentali dei consociati?

(1) La costituzione, si diceva, contiene un insieme di norme che costituisce, istituisce, la struttura fondamentale del governo. Comprende, cioè, le norme che designano l'assetto dei poteri pubblici: istituiscono gli organi del governo, attribuendo loro poteri e competenze e disciplinandone almeno in parte l'esercizio, e in tal modo ne regolano, e vincolano, l'attività. Così intesa, la costituzione è uno strumento per la separazione, o divisione, dei poteri.

Con questa locuzione si fa abitualmente riferimento a due diverse tecniche di organizzazione costituzionale<sup>35</sup>.

(a) *Separazione dei poteri in senso stretto*. La costituzione, come insieme di norme che istituiscono gli organi del governo, attribuendo loro poteri, e disciplinandone l'esercizio, consente di ripartire la competenza decisionale, riservando a un organo particolare (il 'legislativo'), in via tendenzialmente esclusiva e per intero, il compito di formulare regole (norme generali e astratte), e attribuendo a un diverso organo o complesso di organi (i) il compito di «accettare in concreto la violazione di tali norme» (organi giurisdizionali)<sup>36</sup>, o (ii) di adottare provvedimenti o operare, in conformità con queste regole, in vista - come si usa dire - dell'interesse generale (l'«esecutivo»). La costituzione rende cioè possibile l'implementazione di due principi: (i) *specializzazione delle funzioni*; (ii) *indipendenza degli organi* (le tre funzioni dello Sta-

prendiamo in mano il documento *Costituzione della Repubblica Italiana* ciò che abbiamo in mano è, per l'appunto, la Costituzione della Repubblica italiana, non una sua descrizione (abbiamo sotto gli occhi il DNA, non una sua rappresentazione).

<sup>33</sup> Cfr. R. Guastini, *Fonti del diritto*, § 10; L. Ferrajoli, *Passato e futuro dello stato di diritto*, G. Bongiovanni, *Il neocostituzionalismo* (tutti in questo volume).

<sup>34</sup> Cfr. P. Chiassoni, *Positivismo giuridico* (in questo volume).

<sup>35</sup> Seguono qui R. Guastini, *La sintassi del diritto*, pp. 345 ss.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 340.

to, legislativa, esecutiva e giurisdizionale, sono attribuite, in via esclusiva e per intero, a organi, o complessi di organi, distinti e reciprocamente indipendenti). In questo modo, mediante l'imposizione della decisione basata su regole (1.2) a certi decisori (anzitutto, gli organi giurisdizionali; poi, la gran parte dell'apparato esecutivo; *infra*, § 2.3) viene sottratto a questi ultimi, riservandolo a un organo distinto (l'organo legislativo), il compito di stabilire anticipatamente e in via generale quali ragioni dovranno essere considerate rilevanti ai fini della decisione di particolari tipi di casi. E, al contempo, viene sottratta all'organo competente a produrre norme generali e astratte, riservandola agli organi dell'applicazione, la competenza ad assumere decisioni relative a casi individuali, evitando così, in linea di massima, che le regole siano prodotte avendo di mira questo o quel caso individuale.<sup>37</sup> Con questa duplice riserva, viene sottratto agli organi dello Stato che dispongono direttamente degli strumenti di coercizione, della forza, il potere di stabilire sotto quali condizioni essa sia da esercitare. Questa disabilitazione limita la minaccia che questi organi rappresentano per la libertà degli individui.

(b) *Bilanciamento dei poteri (checks and balances)*. Se si ritiene che la minaccia principale per i diritti fondamentali, e in generale la libertà, dei consociati, provenga dalla concentrazione del potere, da un governo non soggetto a limiti ('assoluto'), e se si ritiene, con Montesquieu, che solo il potere possa fungere da freno al potere (*le pouvoir arrête le pouvoir*), allora una costituzione, nel senso indicato, sarà lo strumento privilegiato per la tutela dei diritti e della libertà dei consociati nei confronti del governo. Essa, infatti, rende possibile la creazione di più poteri, che si frenano e si bilanciano reciprocamente.

La divisione dei poteri, nelle due forme appena indicate<sup>38</sup>, è il primo degli strumenti che il costituzionalismo moderno escogita ai fini dell'assicurazione dei diritti contro i poteri pubblici. Ma c'è dell'altro.

(2) Nella cultura rivoluzionaria settecentesca - in particolare, nella sua variante americana - la rivendicazione della supremazia della costituzione nei confronti del governo si traduce nell'idea della costituzione come 'legge suprema', gerarchicamente superiore rispetto a ogni altra norma o decisione imputabile ai poteri pubblici, ivi inclusi il legislativo e il vertice dell'esecutivo, finalizzata alla garanzia dei diritti degli individui.

Ma in che modo la costituzione può assumere la posizione di una 'legge suprema', gerarchicamente superiore rispetto a qualsiasi altra norma o decisione imputabile ai poteri pubblici, cui anche i poteri pubblici - tutti gli organi del governo, inclusi il legislativo e gli organi supremi dell'esecutivo - sono soggetti, a fini di garanzia dei diritti?

Affinché la costituzione possa effettivamente svolgere questo ruolo non basta dire

<sup>37</sup> Il che potrebbe compromettere certezza ed eguaglianza nella decisione di casi individuali (R. Guastini, *La sintesi del diritto*, pp. 352-353; *supra*, § 1.2).

<sup>38</sup> Le due tecniche non si presentano mai in forma pura, e hanno, in parte, implicazioni divergenti (R. Guastini, *La sintesi del diritto*, pp. 349-352).

- non basta limitarsi ad *asserire*, con quanta enfasi si voglia - che 'La costituzione è la legge suprema'; non basta neppure scriverlo nella costituzione medesima, o altrove. Affinché questa non resti una mera declamazione retorica, o l'espressione di un pio desiderio, sono necessari meccanismi istituzionali, congegni giuridici, in virtù dei quali la costituzione possa effettivamente imporsi sull'azione dei pubblici poteri, possa effettivamente farsi valere anche *contro* di essi, quando atti, decisioni, norme ad essi imputabili entrino in conflitto con la costituzione medesima.

In altri termini: stando alla concezione della costituzione come 'legge suprema' posta a salvaguardia dei diritti fondamentali, i poteri pubblici 'non possono' violare dalla sfera legittima delle proprie competenze - in particolare, 'non possono' violare i diritti fondamentali degli individui. Ma in che senso 'non possono' farlo? (Di fatto, ciò è loro possibile; appunto questo è il problema.) Affinché questa non resti una semplice declamazione sono necessari strumenti - mezzi istituzionali, rimedi giuridici - tali che alla violazione di norme costituzionali da parte di poteri pubblici siano ricollegate specifiche conseguenze giuridiche, così da fare effettivamente valere la superiorità della costituzione rispetto a ogni atto dei poteri pubblici.<sup>39</sup>

Ebbene, il costituzionalismo rivoluzionario settecentesco, e successivamente la cultura costituzionale americana, sono caratterizzati dall'invenzione di un particolare insieme di congegni istituzionali, di strumenti giuridici, miranti alla garanzia della costituzione - miranti, cioè, ad assicurare la sua posizione e il suo ruolo di 'legge suprema'. Questi congegni sono la rigidità costituzionale, e il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi (o altri atti).<sup>40</sup> La costituzione (a) non può essere modificata con procedimento legislativo ordinario, da parte del legislatore ordinario (rigidità: previsione, ai fini della modifica o integrazione della costituzione, di un procedimento aggravato); (b) gli organi giurisdizionali (i giudici comuni, o un tribunale speciale) hanno il potere di giudicare della conformità alla costituzione delle leggi (o altri atti), ed eventualmente di disapplicarle (al caso oggetto di giudizio), ovvero in generale di dichiararne l'invalidità. Rigidità della costituzione e sindacato giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi sono la realizzazione istituzionale dell'idea della costituzione come 'legge suprema': la concretizzazione, in termini tecnico-giuridici, dell'idea che la costituzione sia una 'legge' cui tutti i poteri pubblici sono soggetti.

Per completare il quadro, è necessario introdurre un ultimo elemento, caratteristico della cultura rivoluzionaria francese: una particolare concezione della funzione e del valore della legge (e qui il termine 'legge' assume, come adesso vedremo, un significato particolare, diverso da quello generico di regola).

Il modo migliore per introdurre questo ulteriore elemento consiste in una disamina di alcuni passi della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, emanata dall'Assemblea Nazionale Costituente francese nell'agosto del 1789.

<sup>39</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*.

<sup>40</sup> Quest'ultimo nasce con il caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137) del 1803. Va altresì ricordato che il *Bill of Rights* fu aggiunto solo in un secondo tempo (1791) alla costituzione (1787) degli Stati Uniti, sotto la forma dei primi dieci emendamenti.

La cultura rivoluzionaria francese ha come obiettivo polemico l'*Ancien régime*: un regime per stati, o ceti, caratterizzato da disuguaglianza (di status, rango, prestigio, responsabilità, potere, e ricchezza; soprattutto, disuguaglianze di nascita) e illibertà (rapporti di dipendenza personale, se non di servaggio)<sup>41</sup>. Contro l'Antico regime i rivoluzionari francesi mettono in campo, anzitutto, l'idea dei diritti naturali degli individui, della naturale libertà ed eguaglianza nei diritti di tutti gli esseri umani (*Dichiarazione*, art. 1). Ma anche, in secondo luogo, l'esigenza di un potere politico sufficientemente forte da abbattere la rete di privilegi, discriminazioni, disuguaglianze e illibertà, ricostituendo *ex novo* la trama dei rapporti sociali e politici, così da realizzare una società di liberi ed eguali (una società di cittadini, senza differenziazioni di status, o di dignità sociale), e un governo ad essa adeguato.

In altri termini: la cultura rivoluzionaria francese si propone la distruzione dell'ordine sociale esistente, e la sua sostituzione con un nuovo ordine sociale. Si tratta, per i rivoluzionari francesi, di plasmare *ex novo*, su basi di libertà ed eguaglianza nei diritti, l'intera trama dei rapporti sociali. A questo scopo, sono necessari *poteri*: poteri sufficientemente forti da incidere in profondità sui processi sociali, e sulla struttura stessa della società<sup>42</sup>.

Ebbene: la cultura rivoluzionaria francese vede nella legge (la norma giuridica statale, frutto di deliberazione di, ed emanata da, un'assemblea rappresentativa) lo strumento di questo intervento, e dunque l'istanza competente a stabilire, definire, specificare i diritti fondamentali (e, con ciò, a delimitarne, circoscriverne, e disciplinarne l'esercizio). Perché? Perché la legge è concepita, nell'ambito della cultura rivoluzionaria francese, come dotata di una natura peculiare. La legge è (1) norma generale (avente come destinatari tutti i cittadini: tutti sono eguali dinanzi alla legge, senza distinzioni di condizioni personali e sociali; art. 6) e astratta (che dispone, in generale, per una pluralità indefinita di casi futuri); ed è soprattutto concepita come (2) «espressione della volontà generale» (art. 6) – espressione, cioè, non di volontà particolari (di individui o gruppi), indirizzate al perseguimento di interessi particolari, e dunque miranti all'instaurazione di privilegi (diritti diseguali), ma di una volontà che è, al tempo stesso, di tutti e di nessuno in particolare: volontà generale, per l'apunto<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Intendo qui per 'rapporti di dipendenza personale' la soggezione, non all'autorità imperonale e anonima di regole o istituzioni (ad es. l'obbligo di obbedire a un individuo in quanto funzionario pubblico, organo dello Stato), ma alla volontà – più o meno arbitraria – di persone, o gruppi, particolari: a volontà private. Dipendenza 'dell'uomo dall'uomo', piuttosto che da regole e istituzioni (*supra*, § 1.2).

<sup>42</sup> Su questo punto insiste M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cap. 2, § 1.

<sup>43</sup> In ciò, la cultura rivoluzionaria francese è fortemente tributaria nei confronti della concezione della legge elaborata da J.-J. Rousseau nel *Contratto sociale* (1762). Semplificando, l'argomentazione rousseauviana è la seguente (non discuto qui se questo argomento sia stringente, o fallace): la mia volontà è non libera, se soggetta alla volontà altrui (di un altro individuo, o di un gruppo di individui); ma la volontà generale non è, per definizione, volontà di un individuo, o di

Cerchiamo di chiarire il punto. Nella cultura rivoluzionaria francese, come attestato dalla *Dichiarazione* del 1789, si instaura una relazione peculiare fra l'idea dei diritti fondamentali, da un lato, e l'idea di legge, d'altro lato. Ciascun essere umano, come tale, ha alcuni diritti «naturalmente imprescrittibili»: «il fine di ogni associazione politica» è, precisamente, la loro «conservazione» (art. 2). Ma (questa sembra essere l'idea sottesa agli artt. 4-5 della *Dichiarazione*) con l'ingresso dell'individuo nella società civile è necessario che l'esercizio di questi diritti, e in generale l'originaria libertà naturale di ciascun essere umano, siano disciplinati, e limitati. In caso contrario, l'esercizio dei propri diritti da parte di ciascuno finirebbe per collidere con l'esercizio dei propri (eguali) diritti da parte degli altri, impedendone il godimento e generando conflitti (l'esercizio della mia naturale, originaria libertà, se non soggetto a limiti, finirebbe necessariamente per invadere l'eguale libertà altrui). Affinché siano assicurati gli eguali diritti di tutti, dunque, è necessario che i diritti di ciascuno siano disciplinati, limitati<sup>44</sup>, ma saranno giustificate solo quelle limitazioni che siano dettate, per l'appunto, dall'esigenza di salvaguardia dei diritti altrui («l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo non ha altri limiti che quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti», art. 4). In breve: i diritti possono, e debbono, essere soggetti a limiti; ma possono esserlo solo in nome dei diritti stessi. Ebbene (ecco il punto centrale): «questi limiti possono essere determinati soltanto dalla legge» (art. 4): «tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina» (art. 5).

Ma perché mai la legge dovrebbe essere legittimata a imporre limiti ai diritti, in nome della garanzia dei diritti medesimi? Perché, appunto, la legge è – si assume che sia (e questo assunto, si badi bene, non è affatto aporetico) – non il prodotto di volontà particolari (che, inevitabilmente, tenderebbero a porre limiti all'esercizio dei diritti non dettati dall'esigenza di salvaguardare gli eguali diritti altrui, ma dal perseguimento di interessi di parte, generando così limitazioni arbitrarie e, correlativamente, privilegi), bensì «l'espressione della volontà generale» (art. 6)<sup>45</sup>.

La legge dunque, è garanzia degli eguali diritti di tutti. Senza la legge, i diritti «naturali e imprescrittibili» degli individui resterebbero lettera morta: questi diritti, necessariamente, entrerebbero in conflitto gli uni con gli altri, ovvero sarebbero soggetti a limiti arbitrari, dettati dal perseguimento di interessi particolari, e miranti all'instaurazione di privilegi. Ma, al contempo, la legge è soggetta al vincolo costituito

un gruppo particolare di individui: è ciò in cui la mia volontà concorda, coincide, con quella di tutti gli altri – è, dunque, anche la mia volontà; la legge (se è 'davvero' legge) è espressione della volontà generale; dunque, nell'obbedire alla legge, in quanto espressione della volontà generale, ciascuno obbedisce a se stesso: è libero.

<sup>44</sup> L'argomentazione che segue può, allo stesso modo, essere formulata nei termini della naturale, originaria libertà degli esseri umani, e della necessità di una sua limitazione. Per semplicità, questa argomentazione parallela resterà sottintesa.

<sup>45</sup> Nell'obbedire alla legge, dunque, ciascuno obbedisce alla propria volontà, e resta libero come prima (l'argomento rousseauviano; *supra*, n. 43). Cf. A. Pintore, *Democrazia e diritto*, § 3 (in questo volume).

dai diritti (art. 4, *supra*); «la legge ha il diritto di vietare soltanto le azioni nocive alla società», art. 5).

Senza la legge, dunque, i diritti fondamentali resterebbero lettera morta; ma, d'altro lato, i diritti sono – devono potersi imporre come – un limite nei confronti della legge. Questa tensione svolgerà, come vedremo (2.3), un ruolo centrale anche dopo la rivoluzione.

## 2. Lo Stato di diritto

### 2.1. Le due accezioni principali

Iniziamo con una precisazione terminologica. L'espressione 'Stato di diritto' ha, grosso modo, due accezioni principali, che è bene tenere distinte.

In una prima accezione, generica e imprecisa, 'Stato di diritto' significa, semplicemente, Stato retto, governato, dal diritto (governo del diritto: *nomos basileus, Rule of law*). La locuzione fa cioè riferimento, banalmente, al principio guida del costituzionalismo (cfr. *supra*, § 1.1): l'ideale del governo delle leggi.

In una seconda accezione, riferita agli Stati dell'Europa continentale (paradigmaticamente, Germania e Francia, ma anche Italia) nel corso dell'Ottocento (specificamente, la seconda metà del secolo) e i primi decenni del Novecento, l'espressione 'Stato di diritto' (*Rechtsstaat, État de droit*), senza aggettivazioni<sup>46</sup>, designa un tipo particolare di organizzazione giuridico-politica, e l'ideale etico-politico che in essa ha trovato (parziale) realizzazione. E di questa adesso parleremo<sup>47</sup>.

Prendiamo le mosse da due considerazioni, che ci guideranno nel corso della trattazione.

(1) Il principio fondamentale del costituzionalismo è, si diceva (*supra*, § 1.1), il principio del 'governo delle leggi'. Un aspetto centrale di questa idea è, come pure si è detto, l'esigenza che il governo sia soggetto a regole: governo limitato, soggetto a vincoli giuridici.

Il costituzionalismo della fine del settecento è, come abbiamo visto (*supra*, § 1.3),

<sup>46</sup> Distinguendo, dunque, dal cosiddetto 'Stato costituzionale di diritto' della seconda metà del Novecento (cfr. *infra*, § 2.4).

<sup>47</sup> Tre precisazioni. (1) 'Stato di diritto' (con riferimento agli Stati europei otto-novecenteschi) designa sia una forma di organizzazione giuridico-politica effettiva, e le sue istituzioni reali, sia l'ideale – l'insieme di principi etico-politici – che ha ispirato questa forma di organizzazione giuridico-politica. Bisognerebbe, dunque, distinguere sistematicamente fra l'ideale e la sua realizzazione. La locuzione 'Stato di diritto' designerà qui un tipo ideale, definito (anche) dal riferimento a un insieme di principi etico-politici. (2) La trattazione riguarda esclusivamente la forma europeo-continentale dello Stato di diritto. La vicenda britannica presenta tratti peculiari (per una presentazione d'insieme, cfr. E. Santoro, *Rule of Law e "liberty degli inglesi"*). D'ora in avanti 'Stato di diritto' dovrà essere inteso come un'abbreviazione di 'Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco'. (3) Valgono anche qui le precisazioni adottate sopra (n. 26) a proposito della complessità dei fenomeni storici: anche qui, avremo a che fare con semplificazioni.

una specificazione di questo ideale: 'governo soggetto al – e limitato dal – diritto' nel senso della garanzia e della protezione dei diritti fondamentali degli individui, grazie a una costituzione che istituisce, e al contempo limita e vincola, il governo. Governo 'limitato', in questo senso, è cioè un potere che, essendo soggetto a una costituzione – un insieme di regole che istituiscono i poteri pubblici, e, istituendoli, ne fissano previamente gli ambiti e le modalità di esercizio –, rispetta e tutela i diritti fondamentali dei consociati. In questa versione del principio costituzionalistico (soprattutto nella sua variante americana) è insita (*supra*, § 1.3) l'idea della superiorità gerarchica della costituzione, in quanto 'legge suprema', rispetto a ogni altra legge o provvedimento dell'autorità politica.

A ben vedere, però, nell'idea di fondo del costituzionalismo – il principio del *nomos basileus* – è possibile distinguere due componenti, o due dimensioni, non irrilevanti ma, per l'appunto, distinte<sup>48</sup>. In primo luogo, l'ideale di un governo che sia soggetto al diritto, *sub lege* (l'esigenza, cioè, che i poteri pubblici – anche, e soprattutto, i poteri pubblici supremi: negli Stati moderni, il legislativo, e il vertice dell'esecutivo – siano assoggettati a, e vincolati da, regole). In secondo luogo, l'idea di un governo *mediante leggi* (*per leges*): un governo che si esercita attraverso leggi, che opera mediante regole.

Orbene: la cultura ottocentesca dello Stato di diritto rifiuta recisamente l'idea del primato della costituzione come 'legge suprema', cui tutti i poteri pubblici devono essere soggetti<sup>49</sup>. Ma non per questo rescinde ogni legame con la tradizione del costituzionalismo. Piuttosto, rivendica nel modo più deciso la seconda componente del principio costituzionalistico: l'esigenza del governo *mediante leggi* – il principio, cioè, che i poteri pubblici esercitino le proprie funzioni, operino, mediante la creazione o l'applicazione di regole.

(2) Le organizzazioni giuridico-politiche che, sul continente europeo, costituiscono il risultato dei rivolgimenti provocati dalla rivoluzione (e, successivamente, dall'ascesa e caduta di Napoleone) sono caratterizzate da una tensione (tensione che, come abbiamo visto – *supra*, § 1.3 – anima già la *Dichiarazione del 1789*): da un lato, gli individui con i loro diritti fondamentali (inviolabili, inalienabili, imprescrittibili), che – così si ritiene – lo Stato deve riconoscere, rispettare, tutelare, forse anche promuovere. D'altro lato, la legge, la norma giuridica di fonte statale, prodotta dagli organi supremi dello Stato (frutto, tipicamente, delle deliberazioni di un'assemblea rappresentativa), che impone obblighi, e pretende obbedienza (spesso, con grave sacrificio degli interessi individuali), corredata dalla minaccia di sanzioni punitive in caso di inadempimento. Si tratta di una tensione irrisolta, di un rapporto problematico e difficile. Da un lato, la legge appare come lo strumento necessario ai fini del riconoscimento, della garanzia e della protezione dei diritti. Senza la legge – senza la volontà del legislatore, e la sua capacità di imporsi ai consociati come legge – i diritti resterebbero lettera morta. (Come abbiamo visto – *supra*, § 1.3 – questa idea

<sup>48</sup> N. Bobbio, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, pp. 175-179.

<sup>49</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cap. 3.

caratterizza la cultura rivoluzionaria francese. Ma anche la cultura rivoluzionaria americana, ovviamente, riconosce la necessità della legge - in generale, di un ordine di poteri pubblici, di governo - ai fini della garanzia e della protezione dei diritti fondamentali.) Ma, d'altro lato, la legge può a sua volta diventare lo strumento mediante il quale il governo, i poteri pubblici, invadono la sfera dei diritti degli individui, interferiscono con il loro esercizio - giungendo, al limite, alla loro soppressione.<sup>50</sup> (Questa minaccia - che è il rovello costante della cultura rivoluzionaria americana, ma che è avvertita anche nel contesto della cultura rivoluzionaria francese - sta alla base dell'idea della costituzione come 'legge suprema', e dei congegni - rigidità, garanzia giurisdizionale - che dovrebbero assicurare la superiorità gerarchica; *supra*, § 1.3).

L'ideale dello Stato di diritto<sup>51</sup> è l'ideale di un'armonizzazione, una riconciliazione, di questa tensione: che la legge non sia più una minaccia persistente nei confronti dei diritti (e, in generale, della libertà dei consociati). E, più ancora, che la legge stia al servizio dei diritti (e della libertà).

Ma questo - 'la legge al servizio dei diritti' - è soltanto uno slogan, declamatorio, forse edificante, ma privo di contenuto. Affinché la tensione si risolva non basta recitare, speranzosi, la formula 'la legge al servizio dei diritti'. È possibile, e come, una simile quadratura del cerchio?

## 2.2. Governo per leges

Lo Stato di diritto ottocentesco è, dunque, governo per leges. Cerchiamo anzitutto di individuare, in astratto, i tratti costitutivi dell'idea di un governo per leges.<sup>52</sup>

Per farlo, ci porremo un interrogativo<sup>53</sup>: quali condizioni devono essere soddisfatte affinché abbia successo il tentativo di assoggettare il comportamento di un gruppo di individui a regole (il tentativo cioè, di guidare il comportamento umano mediante regole)? Un governo per leges esige che le leggi siano tali da poter guidare l'azione umana - dunque, tali da poter essere osservate e obbedite; quali proprietà deve possedere un insieme di regole per poter soddisfare questa condizione<sup>54</sup>?

Seguendo il filo di questi interrogativi è possibile individuare alcuni principi, che chiamerò 'principi del governo per leges'.<sup>55</sup>

Anzitutto, un insieme di requisiti formali, ovvi, ma non per questo meno impor-

<sup>50</sup> Che la legge sia «espressione della volontà generale» (*supra*, § 1.3) sembra essere, infatti, un postulato, se non una mera stipulazione verbale. La nozione medesima (rousseauviana) di volontà generale (*supra*, n. 43) è problematica.

<sup>51</sup> E, nel Novecento, dello Stato costituzionale di diritto (*infra*, § 2.4). Cf. L. Ferrajoli, *Passato e futuro dello stato di diritto* (in questo volume).

<sup>52</sup> Questa sarà un'ulteriore chiarificazione dell'idea del 'governo delle leggi' (*supra*, § 1.2).

<sup>53</sup> L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cap. 2.

<sup>54</sup> J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, p. 214.

<sup>55</sup> Cf. gli elenchi in L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cap. 2; J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*; J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 270-271; M.H. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, cap. 2.

tanti: che le regole siano (1) pubbliche, (2) intelligibili, (3) relativamente chiare, (4) relativamente stabili, (5) prospettive e non retroattive, (6) che siano coerenti fra loro, e (7) che non prescrivano l'impossibile.

A questi requisiti formali si aggiunge poi un insieme, aperto, di principi procedurali e istituzionali: che la produzione di norme singolari o concrete, che si applicano a casi individuali, sia in linea di massima guidata da regole generali (nonché pubbliche, ecc.); che vi sia congruenza fra il contenuto delle regole e la loro applicazione a casi particolari. E, poi, i cosiddetti principi di 'giustizia naturale': che la risoluzione di controversie sia affidata a un soggetto non interessato, e il cui giudizio non sia altrimenti viziato; il principio *audita alteram partem*, e così via. (In termini giuridici: che le regole - pubbliche, ecc. - siano applicate da un giudiziario imparziale e indipendente, che, nella giurisdizione, rispetti requisiti di equità procedurale, c.d. *due process*.) E ancora: che il giudiziario, e in generale gli organi competenti a emanare decisioni singolari o concrete, siano soggetti a controllo, e il loro giudizio sia soggetto a revisione (che, dunque, questi organi siano responsabili quanto al rispetto, nella decisione, delle regole rilevanti); che i tribunali siano accessibili, ecc.

Le sette caratteristiche formali elencate sopra specificano (parte di) ciò che è necessario al fine di conseguire un certo scopo, guidare il comportamento umano mediante regole: sono caratteristiche che le norme giuridiche devono possedere se devono poter essere seguite e obbedite. Così, ad es., non sarebbe possibile, per i destinatari, seguire una regola che non fosse pubblica, o che prescrivesse qualcosa di (concettualmente o fisicamente) impossibile.

Le condizioni del governo per leges hanno cioè, anzitutto, valore strumentale: sono caratteristiche che un certo strumento (le regole giuridiche) deve possedere per poter svolgere, e svolgere bene, la propria funzione (guidare il comportamento umano). Le proprietà che costituiscono il governo per leges sono, insomma, un che di analogo a ciò che è, per un coltello, l'essere affilato<sup>56</sup>.

Ma i principi del governo per leges non hanno soltanto valore strumentale rispetto allo scopo di una guida efficace del comportamento. Un governo per leges, si può plausibilmente sostenere, è condizione necessaria del rispetto dei diritti fondamentali. Il rispetto dei principi del governo per leges, infatti, (1) assicura una certa misura di libertà ai governati; (2) è condizione necessaria affinché il diritto rispetti la dignità umana<sup>57</sup>. Vediamo perché.

Un insieme di direttive che soddisfi i, e sia applicato in conformità ai, principi del governo per leges, in primo luogo: (a) garantisce a ciascuno una misura di certezza delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni (il che, come abbiamo visto - *supra*, § 1.2 - , è di grande importanza per il perseguimento dei propri scopi), e in generale (b) libera il campo d'azione dei consociati da ostacoli e impedimenti arbitrari (rispetto alle regole) - cose, queste, che garantiscono ai consociati una certa libertà (libertà 'negativa', cioè non impedimento). E, in secondo luogo, direttive che soddi-

<sup>56</sup> J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, p. 225.

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 221.

sfano questi principi si rivolgono a coloro che vi sono soggetti come a individui capaci di compiere delle scelte (almeno potenzialmente) autonome, e responsabili per queste scelte – dunque, riconoscono loro, almeno in misura minimale, lo status di agenti autonomi e responsabili<sup>58</sup>. E ciò, si può plausibilmente sostenere, è condizione necessaria affinché il diritto rispetti la dignità umana.

Se si ritiene (come pure appare plausibile) che ciascuna di queste cose sia altresì condizione necessaria affinché il diritto rispetti, garantisca, o promuova i diritti fondamentali (intendo: i diritti tradizionalmente concepiti, dalla fine del settecento, come diritti fondamentali; *supra*, § 1.3.) allora un governo *per leges* sarà – ammesso che esso sia l'unico modo in cui il diritto può garantire queste cose – condizione necessaria del rispetto, la garanzia o la promozione di questi. Ma sarà anche condizione sufficiente? La risposta è negativa: il governo *per leges* come tale, non garantisce i diritti – o meglio, garantisce solo alcuni di essi. È, invece, pienamente compatibile con il mancato riconoscimento, e la violazione sistematica, di molti dei diritti tradizionalmente annoverati fra i diritti fondamentali<sup>59</sup>.

### 2.3. Lo Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco

Vediamo, dunque, in che modo l'idea di un governo *per leges* si è realizzata nello Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco<sup>60</sup>.

Lo Stato è – concetto e rappresentato come – una sorta di macro-soggetto (la 'persona' statale), un soggetto dotato di volontà, interessi, scopi, e di un particolare potere, peculiare, unico: potere supremo, al di sopra del quale non si trova alcun altro potere, o che non riconosce alcun potere al di sopra di sé (il potere di decidere in ultima istanza, di prendere la decisione che non potrà essere sottoposta a revisione): potere sovrano, o *sovranità*.

Ma perché mai Stato 'di diritto'? L'idea chiave è questa: lo Stato, in quanto titolare del potere sovrano, trova nel diritto la sua specifica modalità di espressione (il

proprio linguaggio, per così dire) e di organizzazione, e lo specifico strumento mediante il quale perseguire i propri fini.

Il diritto è cioè – concetto e rappresentato come – espressione della volontà dello Stato, in quanto titolare della sovranità: diritto posto, prodotto, dallo Stato (diritto 'dello Stato')<sup>61</sup>. Ed è, al contempo, il modo in cui lo Stato si organizza, si articola, si determina al proprio interno (differenziandosi, come si suol dire, in 'organi': Stato come apparato, pubblica amministrazione), e il mezzo mediante il quale esso opera<sup>62</sup>. La produzione del diritto, e la sua applicazione, è la modalità di organizzazione e funzionamento dell'apparato statale nel suo complesso.

Da ciò, una conseguenza: anche i rapporti fra lo Stato e coloro che ad esso sono soggetti (fra governanti e governati) saranno rapporti giuridici.

Il diritto positivo dello Stato acquisisce, dunque, una posizione di incontrastata centralità. Ma di che genere di diritto si tratta?

Il diritto in senso eminente, espressione prima della volontà sovrana dello Stato, è la legge (in senso tecnico: un tipo particolare di fonte, dotato di un suo particolare regime giuridico; tipicamente, il prodotto della deliberazione di assemblee rappresentative, nelle quali si assume risiede la sovranità). La legge, in questa specifica accezione, è la fonte suprema nell'ambito dell'ordinamento giuridico<sup>63</sup>: le norme di legge occupano una posizione gerarchicamente superiore rispetto a ogni altra norma giuridica, a ogni altro provvedimento o decisione imputabili a organi dello Stato<sup>64</sup>. Questi ultimi, nella loro azione, devono sempre e comunque conformarsi alla legge. Lo Stato di diritto è, si suole dire, 'Stato legislativo'.

Il funzionamento dello Stato di diritto è dunque caratterizzato dall'adozione su vasta scala della decisione basata su regole (*supra*, § 1.2) – dove le 'regole' (strumenti di ripartizione di competenza decisionale) sono le leggi, in senso tecnico<sup>65</sup>. Lo Stato di diritto aspira a realizzare, nella misura più piena, i principi del governo *per leges*. La sua attività è governata dal principio di legalità, inteso come:

(1) «principio di legalità nella giurisdizione»<sup>66</sup>: le decisioni degli organi giuri-

<sup>61</sup> Secondo H. Kelsen (*La dottrina pura del diritto*, cap. 6) questo modo di esprimersi (così come la rappresentazione dello Stato come un macro-soggetto dotato di volontà e interessi) è metaforico, e fuorviante: lo Stato, semplicemente, è un ordinamento giuridico (relativamente centralizzato). Possiamo prescindere, qui, da questa tesi. Ciò che ci interessa, in questo momento, è il modo in cui lo Stato, e il rapporto fra Stato e diritto, sono concepiti e rappresentati dalla cultura giuridico-politica nel periodo storico di cui si discute.

<sup>62</sup> Prescindo qui dalla considerazione della scena internazionale.

<sup>63</sup> Sulla nozione di ordinamento giuridico cfr. E. Dicitotti, *Ordinamento giuridico* (in questo volume).

<sup>64</sup> Ovvero, la legge può essere abrogata solo da – e ad essa può derogare solo – un'altra legge successiva.

<sup>65</sup> Non tutti gli atti dotati del regime giuridico della legge (aventi 'forza di legge') sono regole (norme generali e astratte; *supra*, § 1.2). Ma molti – e, in un governo *per leges* (*supra*, § 2.2) la gran parte, e la parte più importante – lo sono.

<sup>66</sup> R. Guastini, *La sintassi del diritto*, p. 146. Alla legalità nella giurisdizione si applicano gli

<sup>58</sup> Un governo che agisse mediante, ad es., direttive segrete, o retroattive, o contraddittorie fra loro, tratterebbe coloro che sono ad esso soggetti come materiale umano da manipolare o da punire, ma non come agenti capaci di scelta, e responsabili.

<sup>59</sup> Alcuni dei diritti tradizionalmente concepiti come diritti fondamentali sono diritti a elezione del governo *per leges*; ad es. la libertà dagli arresti arbitrari, il *due process*. Sono poi riferibili alla nozione generale (e vaga) di libertà personale ulteriori principi del governo *per leges*, come l'irretroattività delle leggi (soprattutto penali) e in generale il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (in particolare, un governo *per leges* esige che le fattispecie penali siano specificate, mediante definizioni esplicite, in modo quanto più possibile preciso e univoco, così da rendere il meno possibile controvertibile la decisione se la qualificazione giuridica si applichi o no a un certo complesso di fatti o eventi). Ma molti diritti fondamentali (ad es., la libertà religiosa, la libertà di manifestazione del pensiero, i diritti politici, la libertà di associazione) vanno al di là del governo *per leges*. Inoltre, il governo *per leges* è compatibile con lesioni gravi dell'ideale dell'eguaglianza – la si intenda come eguaglianza nei diritti fondamentali, o in altro modo.

<sup>60</sup> Seguono, nei tre capoversi che seguono, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cap. 2, e M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cap. 3.



sdizionali devono essere fondate su norme di legge (soggezione del giudice alla legge; *supra*, n. 21);

(2) principio di legalità in senso stretto: soggezione alla legge del potere esecutivo («ogni atto dell'amministrazione che incida unilateralmente sull'uno o l'altro diritto soggettivo dei cittadini deve essere non solo conforme alla legge, il che è ovvio, ma, prima ancora, autorizzato dalla legge»)<sup>67</sup>.

I principi del governo *per leges* (che, come abbiamo visto, portano con sé certi diritti e una certa libertà; *supra*, § 2.2) si traducono dunque, nello Stato di diritto, in questo: sui diritti e la libertà dei consociati può incidere soltanto la legge. Nello Stato di diritto «vigono congiuntamente»: (1) «principio di libertà» («ai privati cittadini è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato») e principio di legalità (in senso stretto) («ai pubblici poteri è vietato tutto ciò che non è espressamente permesso»)<sup>68</sup>.

elementi del governo *per leges* indicati *supra*, n. 59: il principio *nullem in crimen, nulla poena sine lege* (e l'esigenza che le fattispecie penali siano ben definite), il *due process*.

<sup>67</sup> R. Guastini, *La sintassi del diritto*, pp. 146-147. Lo Stato di diritto è caratterizzato dalla separazione-divisione dei poteri (in una delle tante forme 'miste' possibili; *supra*, § 1.3), con la (parziale) garanzia di diritti e libertà che essa, come abbiamo visto (*supra*, par. 1.3, 2.2), comporta. «Il principio di legalità non avrebbe senso se uno stesso organo disponesse del potere di fare le leggi e, insieme, del potere di applicarle» (R. Guastini, *Un soggetto, un diritto, un giudice*, p. 3 [inizio § 2]).

<sup>68</sup> R. Guastini, *La sintassi del diritto*, pp. 336-337. Il principio di legalità (in senso stretto) si presenta in due varianti (G. Zagrebelsky, *Il diritto nudo*, pp. 24-32): (1) predeterminazione dell'amministrazione da parte della legge: in assenza di leggi attributive di poteri all'amministrazione, impossibilità, per quest'ultima, di operare. (2) Limitazione dell'amministrazione da parte della legge: in assenza di leggi delimitative dei poteri dell'amministrazione, libertà, per quest'ultima, di operare per i fini propri. Elemento comune alle due varianti anche quando (seconda variante) si annette «l'esistenza presso l'esecutivo di poteri autonomi per la cura degli interessi unitari dello Stato», «ciò poteva valere solo fin dove non si determinassero contrasti con le esigenze di protezione dei diritti dei privati, la libertà e la proprietà»: le determinazioni relative a questo punto «erano oggetto di una "riserva di legge", che escludeva l'autonomia dell'amministrazione». Dunque, compito tipico della legge è «la disciplina dei punti di collisione fra interessi pubblici e interessi privati attraverso la misura rispettiva del potere pubblico e dei diritti privati, dell'autorità e della libertà». Da ciò, una diversa posizione, nei confronti della legge, rispettivamente dell'amministrazione e dei privati: «i poteri dell'amministrazione, in caso di collisione con i diritti dei privati» sono «non espressione di autonomia, ma - «esecuzione di autorizzazione legislativa»; per i privati, di contro, vale il principio di autonomia, sino a quando non si incontri il limite della legge (la legge come «una norma non da eseguire, ma semplicemente da rispettare come limite "esterno" della "autonomia negoziale"; gli interventi autoritativi sono ammessi soltanto «come eccezione, cioè solo quando previsti dalla legge»). Insomma: «per gli organi dello Stato [...] tutto ciò che non era ammesso, era vietato; per i privati, la cui autonomia [...] era presupposta come regola, tutto ciò che non era vietato era permesso»: «libertà del singolo in linea di principio, potere dello Stato limitato in linea di principio». («La libertà - in mancanza di leggi - dei cittadini come regola, l'autorità dello Stato - in presenza di leggi - come eccezione»). Il principio di legalità, prosegue Zagrebelsky, traduce in termini costituzionali «l'egemonia della borghesia

Due aspetti di questo modello di organizzazione giuridico-politica vanno sottolineati.

(1) È la legge, non la costituzione, ad avere il carattere di fonte suprema: il vertice dell'ordinamento giuridico è occupato dalle norme legislative. La legge è (concepita e rappresentata come) espressione della volontà dello Stato, e lo Stato ha l'attributo della sovranità. Dunque, il potere statale non può in alcun modo essere limitato dalla legge; né ha senso l'ipotesi di una 'legge superiore' - la costituzione - cui anche il sovrano, il legislatore, sia soggetto<sup>69</sup>.

(2) I diritti degli individui non costituiscono un che di indipendente (né, tanto meno, prioritario) rispetto alla legge, ossia: rispetto alla volontà sovrana dello Stato. Il legislatore è competente a incidere, senza essere soggetto ad alcun vincolo giuridico, su libertà e diritti dei consociati. Se coloro che sono soggetti all'ordinamento giuridico abbiano diritti, e quali diritti abbiano, è cosa che dipende, in ultima istanza, dalla legge. I diritti degli individui sono, in questo senso, il riflesso del diritto statale: il frutto di una autolimitazione, nella forma di legge, della volontà dello Stato.

Se i diritti hanno il loro fondamento (nel senso appena precisato) nella legge, espressione della volontà sovrana e fonte suprema di diritto, e se gli organi della pubblica amministrazione, nel loro operato, sono soggetti alla legge (principio di legalità), diviene in linea di principio possibile la tutela dei diritti dei consociati nei

autonomi ad apparati subordinati alla legge». In particolare: (1) giurisdizione: sanzione dell'«avvenuto declassamento dei corpi giudiziari ad apparati di mera applicazione di un diritto da loro stessi non elaborato [ed] eliminazione di qualunque loro funzione di contrappeso attivo»; (2) esecutivo: subordinazione dell'amministrazione alla legge. Resta però viva l'esigenza di conservare il cosiddetto «privilegio dell'amministrazione», «conforme alla sua natura di attività autoritativa per la cura di interessi pubblici» (resta dunque difficile pensare «che essa, come regola, scendesse su un piano di parità con altri soggetti non pubblici, e con questi si legasse in veri e propri rapporti giuridici»). Da qui le difficoltà attinenti alla determinazione di controlli efficaci del rispetto del principio di legalità da parte dell'amministrazione. Negli Stati di diritto europeo-continentali ottocenteschi la tutela dei privati nei confronti dell'amministrazione sulla base del principio di legalità è affidata, in linea di massima, a un giudice speciale, il giudice amministrativo, che è esso stesso parte dell'amministrazione. E ciò è fonte di perplessità (ivi, pp. 34, 54). Si può plausibilmente argomentare che il giudice amministrativo, in quanto giudice speciale, non possiede i tratti di terzietà e imparzialità che devono essere propri della giurisdizione, e che, di conseguenza, un'autentica, efficace, tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione, sulla base del principio di legalità, sia possibile solo là dove il controllo di legalità è affidato, non a un giudice speciale, ma ai giudici ordinari.

<sup>69</sup> Non che negli Stati di diritto europeo-continentali ottocenteschi non vi siano costituzioni: si tratta, per lo più, di monarchie costituzionali. Ma, si suole dire, le costituzioni dell'epoca sono costituzioni, non rigide ma, flessibili. È vero: questa qualificazione («costituzioni flessibili») è, in letteratura, controversa. Ma non v'è dubbio, comunque sia, che le costituzioni degli Stati di diritto ottocenteschi hanno, in generale, uno statuto e un valore molto diversi rispetto a quelle settecentesche (e novecentesche). Nelle monarchie costituzionali, la Costituzione-documento è declassata a Costituzione *actroyée*: grossa concessione del monarca. Non solo: queste costituzioni sono per lo più considerate «mere dichiarazioni di intenti politici, prive di qualsivoglia effetto giuridico» (R. Guastini, *La sintassi del diritto*, p. 167).

confronti di atti o decisioni imputabili a organi della pubblica amministrazione – qualora tali atti o decisioni violino la legge. Nello Stato di diritto, i diritti dei consociati sono in linea di principio opponibili, possono essere fatti valere, nei confronti degli organi della pubblica amministrazione. Ma non ha senso, in questo contesto, l'ipotesi che essi possano essere fatti valere nei confronti del legislatore medesimo.

Lo Stato di diritto, insomma, si presenta come «un meccanismo di pronta e sicura, e uniforme, applicazione della legge da parte dei giudici».<sup>70</sup> Ma resta «sempre e comunque aperta la domanda»: «chi impedisce allo Stato sovrano di ritirare oggi ciò che aveva concesso ieri, nel momento in cui aveva fondato con la sua norma i diritti degli individui?»<sup>71</sup> Ossia, «come impedire che il legislatore, con un proprio atto sovrano, violi i diritti individuali, magari quei medesimi diritti che esso stesso aveva precedentemente costituito?»<sup>72</sup>

#### 2.4. Dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale di diritto

Cerchiamo di tirare le somme. In una prima accezione, generica, la locuzione 'Stato di diritto' fa riferimento, semplicemente, al principio guida del costituzionalismo: governo delle leggi, anziché degli uomini. Lo Stato di diritto ottocentesco è una particolare realizzazione storica di questo ideale. In esso, come abbiamo visto, assume rilievo centrale uno dei due aspetti costitutivi dell'ideale costituzionalistico: la dimensione del governo *per* legge, l'esigenza che i poteri pubblici esplichino la propria attività mediante la produzione e l'applicazione di regole (principio di legalità).

Ebbene: si può affermare che nello Stato di diritto ottocentesco ogni potere – il governo, in ogni suo aspetto – sia assoggettato a regole (che, cioè, il *nomos* sia compiutamente *basileus*)? In altri termini: c'è, nello Stato di diritto ottocentesco, un potere non soggetto a vincoli giuridici, giuridicamente illimitato, sovrano? La risposta è, come abbiamo visto, affermativa: il potere legislativo. Lo Stato di diritto ottocentesco non è, nel suo vertice, governo *sub lege*.<sup>73</sup>

In particolare, si può affermare, nel quadro dello Stato di diritto ottocentesco,

<sup>70</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, p. 125. Quanto questa tutela giurisdizionale sia «davvero efficace» è altra questione (*ibidem*). Come si è detto (*supra*, n. 68), si può ritenere che un'autentica ed efficace tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti dell'amministrazione sia possibile solo là dove il controllo sulla legalità degli atti di quest'ultima è affidato ai giudici ordinari, e non (come invece accade nello Stato di diritto europeo-continentale ottocentesco) a un giudice speciale, esso stesso parte dell'amministrazione, com'è il giudice amministrativo.

<sup>71</sup> *Ivi*, pp. 126-127.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 128.

<sup>73</sup> Certo, la supremazia della legge (soggezione alla legge degli organi giurisdizionali e della pubblica amministrazione) comporta che anche nello Stato di diritto ottocentesco gli organi dello Stato siano di norma soggetti alla legge: il governo è pressoché interamente *sub lege*. (Per questo si è detto, *supra*, § 2.1, che le due dimensioni, sebbene distinte, non sono irrelate.) Ma non interamente: non lo è il legislativo (e forse anche il vertice dell'esecutivo).

che coloro che sono soggetti all'ordinamento giuridico abbiano dei diritti – diritti fondamentali (inalienabili, inviolabili, imprescrittibili) – indipendenti dall'autorità del legislatore, che essi possono, se del caso, opporre come barriere – barriere giuridiche insormontabili – nei confronti di tale autorità? No. I principi del governo *per* legge, considerati in astratto, sono sì condizione necessaria del rispetto dei diritti tradizionalmente reputati fondamentali, ma non condizione sufficiente (*supra*, § 2.2). E, nello Stato di diritto ottocentesco, i diritti di coloro che sono soggetti all'ordinamento giuridico dipendono, in ultima istanza, dalla legge (*supra*, § 2.3). Tali diritti sono sì opponibili, in linea di principio, nei confronti della pubblica amministrazione (principio di legalità). Ma non lo sono nei confronti del legislatore, precisamente perché dipendenti, in ultima istanza, dalla legge stessa.<sup>74</sup>

Nello Stato di diritto europeo-continentale dell'ottocento, dunque, il 'governo delle leggi' non è compiutamente realizzato. Il *nomos*, per così dire, non è compiutamente *basileus*. E – per riprendere il nostro slogan (*supra*, § 2.1) – non può dirsi che, in esso, la legge sia integralmente 'al servizio dei diritti (e della libertà)'.<sup>75</sup>

Questa duplice aspirazione (governo integralmente *sub lege*; la legge 'al servizio dei diritti') sarà raccolta dallo Stato costituzionale di diritto novecentesco.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Come abbiamo visto (*supra*, § 1.3) il costituzionalismo rivoluzionario settecentesco e la cultura costituzionale americana elaborano uno strumento finalizzato a far sì che i diritti dei consociati possano essere fatti valere (non soltanto contro gli organi subordinati del governo, ma anche) nei confronti del legislativo e del vertice dell'esecutivo: l'idea della costituzione come 'legge suprema', gerarchicamente superiore a ogni altra norma o decisione, idea che trova la sua concretizzazione istituzionale nella combinazione di rigidità costituzionale e controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi. Questo strumento verrà ripreso, sul continente europeo, dal costituzionalismo novecentesco.

<sup>75</sup> Separazione-divisione dei poteri (*supra*, § 1.3) e principi del governo *per* legge forniscono solo la garanzia di alcuni diritti (alcuni fra i diritti tradizionalmente annoverati fra i diritti fondamentali) e garantiscono una certa misura di libertà (*supra*, n. 59). Lo stesso dicasi della congiunzione di principio di libertà e principio di legalità (*supra*, § 2.3). Non coprono, però, l'intera gamma dei diritti tradizionalmente concepiti come fondamentali.

<sup>76</sup> L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, pp. 847-848. Ma, ci si può ragionevolmente domandare, è (concettualmente) possibile che il *nomos* sia compiutamente, incondizionatamente, *basileus*? Che, cioè, tutti i poteri pubblici siano, in ultima istanza, soggetti alla legge (che ogni potere di esseri umani sia assoggettato, vincolato, limitato da regole)? In termini astratti, la risposta non può che essere negativa: non ci sono regole che si applicano o si fanno valere da sé (*supra*, § 1.2); data una regola, è necessario un potere che la faccia valere; dunque, non ogni potere potrà essere assoggettato a regole, pena un regresso all'infinito. In breve: *quis custodiet custodes*? Ma ciò non toglie che sia possibile differire, dilazionare, il momento dell'esercizio della decisione d'ultima istanza, sovrana. L'apparato ideologico e istituzionale dello Stato costituzionale di diritto comprende un insieme di tecniche volte a questo scopo.

## Riferimenti bibliografici

- Bobbio N., *Governo degli uomini o governo delle leggi?* (1983), in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.
- Comanducci P., *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, *Saggi storici*, Giuffrè, Milano, 1990.
- Costa P., *Diritti*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- Finnis J.M., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
- Fioravanti M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali* (1991) Giappichelli, Torino, 1995.
- Floridia R., *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1991.
- Fuller L.L., *La moralità del diritto* (1969), Giuffrè, Milano, 1986.
- Guastini R., "Un soggetto, un diritto, un giudice". *I fondamenti teorici di una giustizia non amministrativa*, in «Diritto pubblico», n. 1, 2008, pp. 29-57.
- ↳, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.
- Kelsen H., *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966.
- ↳, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* (1928), in Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981.
- ↳, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- Kramer M.H., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Matteucci N., *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica* (1976), Utet, Torino, 1983.
- McIlwain C.H., *Costituzionalismo antico e moderno* (1940), Il Mulino, Bologna, 1990.
- Raz J., *The Rule of Law and Its Virtue* (1977), in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- Santoro E., *Rule of Law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- Schauer F., *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), Il Mulino, Bologna, 2000.
- Tierney B., *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritti canonici 1150-1625* (1997), Il Mulino, Bologna, 2002.
- Tuck R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.
- Zolo D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

## Capitolo 2

## Passato e futuro dello stato di

## Sommario:

I. Due modelli di 'stato di diritto'. - 2. Stato legislativo di costituzionale di diritto e costituzionalismo rigido. - 4. stato di diritto. - 5. Il futuro dello stato di diritto: A) a li B) a livello degli ordinamenti sovranazionali. - Riferimen

## 1. Due modelli di 'stato di diritto'

Con l'espressione 'stato di diritto'<sup>1</sup> si intendi cose diverse che è opportuno tenere distinte. In di diritto' designa qualunque ordinamento in cui legge ed esercitati nelle forme e con le procedure corrispondente all'uso tedesco di 'Rechtsstaat', i menti giuridici moderni, anche i più illiberali, n fonte e una forma legale<sup>2</sup>. In un secondo senso, i diritto' designa invece quei soli ordinamenti ne soggetti alla (e perciò limitati o vincolati dalla) k anche quanto ai contenuti del loro esercizio. In i stati di diritto soltanto quegli ordinamenti in cu tivo, sono vincolati al rispetto di principi sostanz tuzionali, come la separazione dei poteri e i diritti

Questi due significati corrispondono a due c paleo-giuspositivista dello stato legislativo di diri nascita dello Stato moderno quale monopolio d

\* Capitolo di Luigi Ferrajoli.

<sup>1</sup> Cfr. anche B. Celano, *Stato di diritto* (in questo vo

<sup>2</sup> Cfr., per esempio, H. Kelsen, *La dottrina pura de*