

Rule of Law, Stato di diritto, principio di legalità

Il *governo della legge* (o *del diritto*) fondamentale è la dottrina che considera l'assetto giuridico di uno stato "indipendente dai fini", neutrale, basato su procedure, non su decisioni arbitrarie, soprattutto dello Stato; e pretende che anche gli organi dello Stato siano sottoposti al diritto. È associato all'impostazione liberale e illustrato con la sbrigativa formula del "governo delle leggi", superiore rispetto al governo degli uomini ai fini della protezione della libertà degli individui¹. Il maggior teorico del *Rule of Law* è A. Dicey, che elabora e svolge questi principi: non vi deve essere sanzione senza crimine (e la circostanza deve essere verificata in un tribunale); ogni individuo deve essere soggetto al diritto ordinario del luogo e alla giurisdizione delle corti ordinarie; i principi generali della costituzione britannica sono il risultato di decisioni giudiziarie che determinano i diritti dei privati partendo da casi specifici².

Secondo E.C.S. Wade i principi del *Rule of Law* sono quattro: principio di legalità, potere esecutivo subordinato a regole, le controversie su quale sia la legge attribuite ai giudici e imparzialità della legge³. Del principio di legalità si tratterà più avanti. I poteri separati e bilanciati sono un altro elemento che viene quasi sempre associato al *Rule of Law*.

Le caratteristiche di un *Rule of Law* procedurale, puramente formale, sono state trattate con particolare dettaglio da F. Hayek in *The Constitution of Liberty* (1960). Le norme devono essere generali, astratte, stabili, conosciute in anticipo, pubblicate in sedi accessibili, applicate imparzialmente a tutti⁴, dunque non discriminatorie e non indirizzate a persone o gruppi specifici. Questa generalità è coerente con le operazioni del mercato, che è indifferente alle origini sessuali, razziali o religiose dei partecipanti. Secondo Hayek lo Stato, attraverso queste norme universali, deve solo (e riesce a) garantire la coesistenza degli individui, proteggendo la sfera di libertà di ciascuno. Dunque lo Stato deve essere il più possibile limitato, dalle leggi stesse (attraverso norme costituzionali rigide: Stato di diritto). Se esiste il *Rule of Law*, la coercizione è limitata al minimo e la libertà è garantita, perché gli individui possono stabilire i propri piani; quando obbediamo alle leggi, intese come norme generali e astratte, non siamo soggetti alla volontà di altri.

Tale impostazione ha ricevuto critiche anche da pensatori di orientamento liberale e libertario, come Bruno Leoni e Murray Rothbard. La generalità, si è osservato, di per sé non protegge da arbitri o da situazioni che colpiscono un gruppo specifico di persone. Ad esempio, il parlamento dell'Irlanda del Nord, all'epoca in maggioranza protestante, approvò una legge che vietava di praticare sport nei parchi pubblici di domenica. Pur senza nominare i cattolici, questa norma li penalizzava, perché essi per tradizione praticavano sport di domenica, a differenza dei protestanti. La legge tuttavia sarebbe stata perfettamente in linea con gli standard di Hayek. Un altro esempio è la nazionalizzazione dell'intera economia, un provvedimento senz'altro generale. L'uguaglianza davanti alla legge garantita dal *Rule of Law* non preserva necessariamente la libertà, anche se tale modalità consente di conoscere in anticipo la norma: se Tizio mi dice che mi ucciderà se acquisto un bene da Caio, tale azione è coercitiva, anche se è conosciuta prima ed evitabile; e lo stesso vale per la leva militare, che, in quanto conosciuta in anticipo, Hayek non considera una forma di coercizione.

¹ Il giurista libertario John Hasnas ha affermato che "il governo delle leggi anziché degli uomini" è un mito inesistente, utile a suscitare nei cittadini obbedienza verso il potere politico, percepito come il garante di un sistema giuridico impersonale e imparziale. Le norme giuridiche al contrario sono prodotte e interpretate da uomini, che hanno specifiche e spesso divergenti impostazioni culturali e politiche. Il diritto è intimamente politico, non un corpo di regole neutrali e oggettivamente e impersonalmente applicate dai giudici. J. Hasnas, *The Myth of the Rule of Law*, in "Wisconsin Law Review, 1995, pp. 199-233.

² A. Dicey, *The Law of Constitution*, 1885.

³ E.C.S. Wade, *Constitutional Law*, Longmans, Londra, 1955.

⁴ Con procedure giudiziarie che prevedono assenza di arresti arbitrari, giudici terzi, diritto alla difesa e buoni standard di prova, cioè un "giusto processo" (*fair trial*).

I critici concludono che, per garantire la libertà, è necessario qualcosa di più della correttezza formale di una norma; è necessario probabilmente qualcosa di *sostantivo*, una razionalistica indicazione dei diritti da non violare: il “governo della legge” deve essere subordinato ai diritti⁵.

La maggior parte della dottrina sovrappone *Rule of Law* e ‘Stato di diritto’. Per Hayek il *Rechtsstaat*, lo Stato di diritto tedesco, è l’equivalente continentale del *Rule of Law* inglese. Alcuni autori dissentono, evidenziando che il primo designa un tipo particolare di organizzazione giuridico-politica, quella degli Stati dell’Europa continentale (paradigmaticamente Germania e Francia; *Rechtsstaat*, *État de droit*) nell’Ottocento, caratterizzata dall’idea del governo *mediante leggi* (regole generali), dunque un diritto scritto di origine statutale, e con la legge collocata al vertice, dunque rifiutando il primato della costituzione, cui i poteri pubblici devono essere soggetti. Lo Stato di diritto è dunque ‘Stato legislativo’. In questa concezione lo Stato è concepito e rappresentato come una persona dotata di volontà e scopi, e del quale è enfatizzato il potere supremo, o *sovranità*. Da ciò una tensione costante con i diritti degli individui, che non costituiscono più un che di indipendente e di prioritario rispetto alla legge; quali diritti riconoscere e il contenuto di ognuno di essi dipende in ultima istanza dalla legge, cioè dalla volontà sovrana dello Stato. Invece il *Rule of Law* inglese, fino all’Ottocento, è un diritto giurisprudenziale focalizzato sulla tutela della libertà individuale e sul piano teorico riluttante a unificare Stato e diritto. Nella visione del tedesco G. Jellinek, i diritti dei cittadini hanno consistenza solo in quanto frutto di una *autolimitazione* da parte dello Stato. Secondo Dicey, invece, le norme non scritte della costituzione inglese non vanno ritenute – come è portato a pensare un giurista formato alla dottrina del *Rechtsstaat* – la fonte dei diritti soggettivi dei cittadini, ma piuttosto la loro conseguenza; il diritto non deriva dalla costituzione, è la costituzione a derivare dal diritto.

Nel pensiero contemporaneo, il *Rule of Law* è stato esaminato all’interno delle democrazie. Le analisi della Scuola della Scelta Pubblica hanno evidenziato l’influenza dei gruppi di interesse e delle lobby nelle democrazie rappresentative moderne: i provvedimenti a favore di gruppi specifici sono quanto di più lontano dall’interpretazione originaria del *Rule of Law*.

Il principio di legalità

L’espressione è stata utilizzata per intendere concetti o meccanismi giuridici diversi, e interseca concetti come il *Rule of Law* e lo “Stato di diritto”, sovrapponendosi a volte con questi.

In una prima, più diffusa, accezione il principio di legalità esprime l’esigenza che tutti i membri di una comunità, compresi i rappresentanti degli organi dello Stato, siano sottoposti alle norme giuridiche; con lo scopo di garantire 1) i soggetti dall’arbitrio dei pubblici poteri (che non sono più *legibus soluti*) e 2) la stabilità della comunità. In virtù del principio di legalità, al singolo è permesso tutto ciò che non è vietato (in materia penale *nullum crimen, nulla poena sine lege*), mentre ai pubblici poteri è vietato tutto ciò che non è espressamente permesso. Un’altra conseguenza del principio di legalità è l’uguaglianza giuridica (davanti alla legge).

La soggezione qui è intesa al diritto in generale, comprese le norme costituzionali: questa legalità è stata definita *stretta* o *sostanziale* o *costituzionale*⁶; ed è alla base dello (confluisce nello) *stato costituzionale di diritto* (L. Ferrajoli, R. Guastini).

⁵ B. Leoni, *La libertà e la legge* (1961), Liberilibri, Macerata, 1995; M. Rothbard, *L’etica della libertà* (1982), Liberilibri, Macerata, 1996, cap. 28. Inoltre, la struttura giuridica basata su norme generali e astratte è in contraddizione con la visione evolucionistica di Hayek, quando essa è applicata alle norme. Per Hayek, infatti, una caratteristica fondamentale dei processi evolutivi è l’incertezza del risultato; dunque anche l’ordinamento giuridico, che egli inserisce nei processi evolucionistici e spontanei, può avere caratteristiche diverse da quelle da lui menzionate (generalità, astrattezza ecc.).

⁶ Una derivazione di questo è il principio di legalità come comune rispetto delle regole del gioco, che nelle democrazie moderne significa accettazione delle decisioni prese a maggioranza.

I pubblici poteri coinvolti sono l'esecutivo, il giudiziario⁷ e, se la costituzione è rigida, il legislativo, perché anche la legge è sottoposta a limiti e a vincoli sostanziali stabiliti da norme a essa superiori.

C'è poi un'accezione più ristretta, come soggezione alle leggi ordinarie (e basta), le leggi prodotte dall'organo rappresentativo che possiede la funzione legislativa (es. il parlamento). È la legge intesa in senso stretto, che, prima dell'avvento delle costituzioni rigide, nei paesi di tradizione giuridica continentale (*civil law*)⁸ godeva dello statuto di fonte suprema e primaria⁹, era il paradigma delle fonti del diritto, in quanto espressione della volontà generale, del potere sovrano. Questa legalità è stata definita *mera* o *formale* o *ordinaria*; e sta alla base dello *stato legislativo di diritto* (a differenza del precedente *stato costituzionale di diritto*).

In questo caso i pubblici poteri coinvolti sono il potere esecutivo e il potere giudiziario, ma ovviamente non il potere legislativo, che è quello che produce le leggi.

Una seconda definizione aggiunge la generalità, cioè il fatto che i soggetti, anche pubblici, siano sottoposti alle *stesse* leggi ed è volto a esecrare le norme eccezionali, che inquinano le auspiccate generalità e astrattezza (ma anche stabilità e coerenza) dell'ordinamento. Ciò impedirebbe prevaricazioni da parte dei soggetti che intendessero avvalersi della condizione di assenza normativa o di disuguaglianza giuridica.

Tale accezione fa parte di un contesto più ampio, in cui i "principi di legalità" sono fatti coincidere con i criteri che garantiscono la certezza del diritto, la situazione in cui il destinatario della norma è in grado di prevedere con precisione le conseguenze giuridiche associate a una determinata fattispecie, il che consente di progettare il corso delle proprie azioni. I fattori sono i seguenti:

determinatezza: esistenza di norme chiare (non vaghe, ambigue, contraddittorie, incomprensibili e interpretabili arbitrariamente)¹⁰;

snellezza: non pretendere di regolare con pervasività l'intera realtà sociale ed economica;

economicità: assenza di ridondanze: la ridondanza si ha quando un ordinamento giuridico fornisce troppe soluzioni per uno stesso caso; ad esempio, (almeno) due norme disciplinano nello stesso modo lo stesso caso (le norme si ripetono);

adempimento non impossibile;

facile *accessibilità* alle norme; cioè la conoscibilità da parte principalmente dei destinatari

stabilità: norme non modificabili con frequenza e arbitrariamente dagli organi della produzione¹¹;

effettività secondaria: le norme vengono fatte rispettare; con congruenza fra enunciazione e applicazione (applicazione non infedele).¹²

⁷ Il principio di legalità fonda la soggezione dei giudici alle leggi; essi non solo non creano norme come nel *common law*, ma, dopo le codificazioni, il positivismo giuridico post-illuministico e la scuola dell'Esegesi, non devono avere nemmeno libertà interpretativa; sono "bocca della legge", la natura della giurisdizione è solo cognitiva.

⁸ Soprattutto dopo la Rivoluzione francese.

⁹ Nel senso di anteriore, originaria: tutti i poteri dello stato erano conferiti dalla legge, che quindi non applicava norme preesistenti.

¹⁰ Questo requisito è stato definito (L. Ferrajoli) principio di *stretta legalità* o di *legalità sostanziale*, in quanto impone limiti e vincoli di contenuto alla legge, in particolare la precisione e determinatezza semantica delle disposizioni, l'uso di termini dotati di connotazione empirica esattamente determinata; in modo che, soprattutto nella delicata materia penale, sia determinata la verificabilità e la falsificabilità, in sede di giudizio, delle ipotesi di reato. L'uso di termini vaghi o valutativi (come "atti osceni"), infatti, compromette la tassatività delle figure normative di reato e rende opinabili e infalsificabili le ipotesi accusatorie, trasformando il giudizio da cognitivo in potestativo. Il *principio di stretta legalità* dunque è rivolto al legislatore.

¹¹ Le eventuali modifiche non devono essere retroattive (dunque è incorporato qui il principio di *non retroattività*) e devono minimizzare le ipotesi di abrogazione tacita.

¹² L'inflazione legislativa dell'epoca contemporanea compromette tale requisito. Il diritto positivo ha sottomesso via via tutti i campi della vita sociale, aumentando sia le materie prima lasciate all'autonomia individuale sia il numero di fattispecie. L'introduzione di fattispecie nuove, come il mobbing o il cyberbullismo, che potrebbero essere perseguiti con le norme già esistenti, estendono in modo confuso l'area del reato anziché determinarla in modo preciso. Si aggiunge poi l'indeterminatezza di alcune fattispecie: ad esempio, in Italia molte perplessità suscitano reati quali il concorso esterno in associazione mafiosa, il traffico di influenze o il disastro ambientale, la cui vaghezza o genericità consentono un'ampia discrezionalità interpretativa a magistrati e corti, moltiplicandone il potere. Circa la quantità delle norme, in Italia il

In questa accezione il principio di legalità è sovrapponibile al concetto di Stato di diritto.

In una terza accezione il termine “legalità” ha un’intonazione di segno più “educativo”, vuole rappresentare una suggestione virtuosa, e suggerisce il rispetto delle leggi in funzione di deterrenza verso qualunque devianza che comprometta la pace sociale e la coesione di una comunità. È in questo terzo significato, che enfatizza il lato dei doveri e degli obblighi da parte del cittadino, che il vocabolo, teoricamente neutro, indipendente dal contenuto delle regole, assume a volte un’intonazione giacobina e sottilmente autoritaria: l’obbedienza alle leggi dello Stato acquisisce una natura quasi sacrale¹³.

numero di leggi non è facilmente conoscibile. La pubblicistica corrente propone in genere la cifra di 150.000. Alla fine del 1998 il ministro Bassanini diffuse una ricerca ministeriale che stimava in circa 38000 le leggi in senso stretto, cioè la normativa primaria, così suddivise: 10.845 leggi ordinarie, 20.000 leggi regionali, 659 decreti legislativi, 5.267 atti dalla natura ambigua, a metà strada fra legge e regolamento. Se si considera anche la normativa secondaria, gli atti regolamentativi complessivi sono centinaia di migliaia. In Francia le norme primarie sarebbero circa 7000. In Germania circa 10000. Negli Stati Uniti nel 2013 il totale delle leggi federali raggiungeva i 235 volumi per un totale di 175.496 pagine; nel 1925 era composto da un solo volume, nel 1950 da 14. I volumi di norme sull’ambiente sono 16, quelli sull’agricoltura 19, quelli sul lavoro 2. «Ogni cosa alla luce del sole viene regolata da qualche disposizione di legge: da come devono apparire i cinturini degli orologi a come preparare gli anelli fritti di cipolla nei ristoranti. [...] Molti disegni di legge portati in discussione al Congresso sono così complicati che i parlamentari non si curano neanche di leggerli prima del voto di approvazione» (F. Karsten, K. Beckman, *Oltre la democrazia*, Usemlab, Massa, 2012, pp. 29-30). L’economista americano Thomas D. Hopkins ha stimato che le regolamentazioni costano all’economia americana circa 600 miliardi di dollari all’anno in termini di prodotto perso (dati 2001). Una stima successiva, effettuata nel 2012 dalla Small Business Administration, ha calcolato la somma in 1750 miliardi.

L’inflazione legislativa è frutto di una degradazione della legislazione ad amministrazione, essendo venuta meno la distinzione tra le due funzioni sia a livello di fonti del diritto sia a livello di contenuti. Un diritto elefantico diventa inconoscibile. Si aggiunga che le leggi non solo sono molte, ma sono anche involute, scritte in maniera sciatta, in un linguaggio spesso oscuro, a volte vago, dando luogo a inestricabili labirinti normativi, che ingenerano incertezza del diritto e consentono arbitrarietà a chi le applica. In conseguenza di tale patologia, in Italia la Corte costituzionale, con una celebre sentenza, la n. 364 del 1988, ha dovuto addirittura archiviare come irrealistico il classico principio della non scusabilità dell’*ignorantia legis* in materia penale allorché questa appare inevitabile.

¹³ Spesso, nella forma dell’educazione civica o della cittadinanza, è oggetto di programmi o unità didattiche nelle scuole. Se ne evidenzia in tale contesto l’obiettivo della esortazione morale, della virtù insegnabile, del prescrittivism etico, fino a elevarsi al rango di religione civile sincretica, i cui contenuti, dietro il ricatto della “solidarietà”, rivelano la loro natura dirigista: la moralità dell’imposizione fiscale, l’uguaglianza sostanziale come dogma indimostrato, lo sviluppo sostenibile, l’imposizione dei consumi “giusti”, l’accoglienza indiscriminata, i regimi alimentari coercitivi, la correttezza politica nel linguaggio, il civismo come sacrificio di sé per la realizzazione di un bene superiore.