

IV PRINCIPIO DI LEGALITÀ E STATO DI DIRITTO

MAURIZIO FIORAVANTI *

In questo contributo si discuterà molto di storia. Più precisamente si discuterà di quelle che io chiamo *tradizioni costituzionalistiche*, che sono all'incirca raffigurabili – per dirla in sintesi – come quei complessi di convinzioni medie ricevute che in ogni tempo predeterminano l'interpretazione della costituzione, muovendola in una direzione piuttosto che nell'altra. Non v'è dubbio, a questo proposito, che una delle più potenti e decisive tradizioni costituzionalistiche europee sia quella dello «Stato di diritto». Si tratta anzi di una tradizione che proprio in questi ultimi decenni sembra vivere una nuova fiorentissima stagione. Tutti abbiamo presente il vero e proprio recentissimo dilagare degli appelli allo «Stato di diritto», così intenso da far quasi pensare che l'intero dover essere delle nostre democrazie torni di nuovo – all'incirca come un secolo fa, al tempo dello Stato liberale di diritto – ad essere racchiuso nel cerchio magico dello Stato di diritto. Intendiamoci: non che lo «Stato di diritto» sia mai stato dimenticato. Ma negli anni della Costituente, e nei decenni immediatamente successivi, esso era stato correntemente e puntualmente aggettivato, per lo più con «democratico», o con «sociale». Certo, quegli aggettivi non valevano come abbandono secco dello «Stato di diritto», ma muovevano comunque dalla consapevolezza che la tradizione contenuta in quella formula aveva per lungo tempo sorretto, nel corso dell'Ottocento, un suffragio ristretto ed una scarsa tematizzazione costituzionale dei diritti e del principio di uguaglianza. Cosicché, «democratico», o «sociale», non potevano dirsi aggettivi di mera specificazione, e risultavano invece essere, per lo meno per una parte della nostra dottrina, intensamente qualificativi, tali quasi, in certi casi, da significare che lo «Stato di diritto» poteva ancora dirsi la nostra tradizione *a condizione che* esso fosse «democratico», o «sociale», o comunque conforme al superiore metro di giudizio dato dai principi costituzionali. Ciò che oggi francamente impressiona, proprio in rapporto a questo recentissimo

* Professore di Storia delle costituzioni moderne nell'Università di Firenze.

passato, è il fatto che lo Stato di diritto, questa volta senza aggettivi, sembra tornare al centro della riflessione – nella pubblicistica corrente, se non nella stessa dottrina – sulle democrazie contemporanee, sembra tornare a rappresentare il dover esser di fondo dei nostri regimi politici.

Su questo vero e proprio *ritorno allo Stato di diritto* vi sarebbe molto da dire, e non è questa la sede. Certo è che molti, nel propugnare questo «ritorno», muovono dalla amara constatazione delle promesse non mantenute che erano e sono contenute nelle Costituzioni democratiche, dalla percezione sempre più evidente di uno Stato assistenziale e burocratico più che sociale e democratico, che agli occhi di molti ha generato nuovi privilegi e benefici, più che garantire nuovi diritti. Ma quali sarebbero gli aspetti positivi e le virtù dello «Stato di diritto», i suoi principii-cardine su cui far leva per riformare i sistemi politici esistenti? È qui, a questo punto, che s'innesta la nostra problematica del principio di legalità.

Di fronte, ed anche contro, i sistemi politici contemporanei, ormai corrosi dalla febbre del provvedimento, della misura amministrativa, dello *ius singulare*, si erge la figura classica e maestosa, consegnata dalla tradizione, dello Stato di diritto quale unica forma politica capace di operare secondo il principio di legalità, di promuovere un effettivo dominio delle regole, un'effettiva riduzione dell'arbitrio.

Non si tratta naturalmente di problematiche nuove. Basti pensare a questo proposito a quella linea di pensiero esemplarmente rappresentata da Ernst Forsthoff che aveva a lungo contrapposto proprio le virtù tradizionali dello Stato di diritto alla pretesa delle Costituzioni democratiche contemporanee di contenere un univoco sistema di principii direttamente capace di normazione. Ma la novità sta nel fatto che questo ideale classico e tradizionale dello Stato di diritto sembra esercitare oggi una carica di attrazione sempre più forte ed estesa, in dipendenza di una situazione delle democrazie contemporanee che si va facendo sempre più incerta e frammentata. È insomma il momento, come sempre accade in questi casi, di rivolgersi alla storia, perché solo per questa via si possono forse capire le ragioni più profonde e riposte di questo perdurante fascino del binomio Stato di diritto-principio di legalità.

E veniamo finalmente alla storia, con un'ulteriore considerazione preliminare: quando un binomio come quello Stato di diritto-principio di legalità ha avuto, ed ha – come abbiamo visto –, così tanta fortuna e successo, è perché è capace di contenere in sé più esigenze, di assumere più significati. In particolare, quali esigenze può soddisfare il concetto denominato «principio di legalità»? In sintesi, si può dire che il principio di legalità ha una necessaria doppia faccia, come il dritto ed il rovescio della stessa medaglia. Più precisamente, se immaginiamo la storia delle Costituzioni moderne come una vicenda che si dipana lungo l'asse

libertà-autorità, ci accorgiamo che il principio di legalità opera costantemente, ed in modo decisivo, sia sul primo che sul secondo termine di quel fondamentale rapporto. Nessuno dei due può essere adeguatamente pensato – come subito vedremo – senza il principio di legalità.

Iniziamo dal primo corno del dilemma: principio di legalità e principio di libertà. Qui l'immagine prevalente è quella del passaggio storico dallo Stato assoluto allo Stato di diritto come un passaggio che si risolve a favore delle libertà e dei diritti proprio grazie al principio di legalità. Tale principio opera nel senso di ridurre gradualmente, di corrodere, i margini di arbitrio del sovrano, nel senso di fondare sempre più *diritto oggettivo*, che come tale s'impone anche ai detentori del potere, ed allo stesso sovrano. Il principio di legalità sostituisce sempre più ad una mera *voluntas*, che pretende di porre diritto per il fatto puro e semplice di essere la volontà sovrana, una *lex*, che nella sua oggettività vincola tutti i destinatari del precetto normativo, ivi compreso il medesimo sovrano. Su questo piano ha scritto cose insuperabili Max Weber: la storia del principio di legalità è la storia della modernizzazione occidentale, della razionalizzazione, della progressiva sconfitta di quei sistemi politici di ceto che in quanto fondati su una mera *voluntas* non offrivano la fondamentale prestazione della calcolabilità, non erano affidabili per tutte quelle nuove forze – pensiamo al ruolo dei mercanti – che avevano bisogno di un diritto oggettivo, certo, uniforme, prevedibile. È chiaro che laddove la *lex* sostituisce la mera *voluntas*, lì si forma il nucleo originario dei diritti e delle libertà in senso moderno, che corrisponde al diritto ad essere trattati conformemente alle leggi vigenti, lì si forma l'idea che i singoli atti di potere possano essere sottoposti a giurisdizione in quanto non conformi alle leggi vigenti, lì si forma il principio di uguaglianza in senso formale, perché al posto di uno *ius singulare* si pone il criterio oggettivo e formale, e per ciò stesso tendente ad operare in senso ugualitario, del principio di legalità. È questa, per dirla in sintesi, la tradizione del principio di legalità come principio di limitazione del potere.

Ora, se il principio di legalità fosse solo quello che sopra abbiamo sommariamente descritto, esso sarebbe forte solo in nome delle libertà e dei diritti, solo per coloro che in modo particolare temono gli arbitrii del potere, e solo in quelle fasi storiche in cui è necessario difendere in modo altrettanto particolare quelle libertà e quei diritti da quegli arbitrii. In realtà non è così, perché la grande e straordinaria forza del principio di legalità sta nel fatto – come sopra si diceva – che esso è elemento decisivo e costitutivo anche dell'altro corno del nostro dilemma, del principio di autorità.

Spostiamoci dunque sul rovescio della nostra medaglia, ed il nostro problema diverrà allora il seguente: principio di legalità e principio di autorità. Qui la rappresentazione del passaggio dal medievale al moderno è sostanzialmente diversa da quella precedente: l'aspetto prevalentemente messo in rilievo come carattere

dominante dell'antico regime non è tanto l'arbitrio del sovrano, quanto il particolarismo, il privilegio, il diritto differenziato a seconda dell'appartenenza di ceto, l'ordine cetuale del diritto. Certo, anche in questo caso alla fine il principio che emerge è il principio di uguaglianza in senso formale, perché ad un diritto differenziato per ceto si vuole sostituire un diritto uguale fondato su un soggetto unico ed astratto, che è l'individuo, la persona, il cittadino. Ma il fatto che l'obiettivo polemico sia mutato, non più l'arbitrio del sovrano, ma il particolarismo di ceto, non è senza conseguenze. Infatti, da questo secondo punto di vista il principio di legalità richiama molto di più l'immagine di un legislatore forte ed autorevole, capace d'imporre la sua volontà, tradotta in legge, alla scomposta moltitudine degli interessi frazionali e di gruppo. Le due principali virtù della legge, la generalità e l'astrattezza, sono possibili prima di tutto perché si è riusciti a costruire un legislatore di quel tipo, che sa porsi al di là delle spinte in senso frazionale e particolaristico. In questa tradizione, il principio di legalità genera sì diritti, ma nella sua radice prima è soprattutto un principio di autorità, rappresenta il dominio dell'interesse generale sugli interessi e sulle volontà particolari. Il principio di legalità, più che essere lo strumento principe di tutela dei diritti è la rappresentazione prima della sovranità politica, della esistenza stessa di *un ordine politico*: ciò che viene negato con esso, più ancora che l'arbitrio del sovrano, è l'arbitrarietà che è insita in quelle mille volontà particolari e frazionali che sono prima di tutto nella società. C'è in questa tradizione del principio di legalità il segno di Hobbes più che quello di Locke, e c'è anche – come vedremo più avanti – un certo modo d'intendere il primato della volontà generale nel corso della rivoluzione francese.

Ecco dunque, per arrivare ad una prima provvisoria conclusione, il segreto del principio di legalità: esso non è invocato solo da un punto di vista liberal-garantistico, contro i possibili arbitrii del potere, ma anche da un punto di vista apparentemente opposto, che esalta il momento della unità e della sovranità, contro ogni forma di particolarismo. Quel principio è dunque al centro dell'attenzione, non solo quando sono forti i timori per la libertà, ma anche quando – come si diceva all'inizio – è ampia e diffusa l'insoddisfazione verso sistemi politici deboli e frammentati, che sembrano incapaci di provvedere se non per la via della pura mediazione tra interessi distinti. Se volessimo essere ancora più sintetici, si potrebbe dire che il principio di legalità, come lo stesso Stato di diritto, è storicamente legato all'idea fondamentale della limitazione del potere, ma anche, ed inscindibilmente, alla grande tradizione europea della sovranità politica.

Volendo ora procedere ancora un piccolo passo in avanti, si potrebbe dire che il principio di legalità si definisce, nella nostra tradizione storica europea, all'interno di un campo che è a sua volta determinato dall'azione di due forze concorrenti e contrastanti, che nient'altro sono che il principio di autorità ed il

principio di libertà. Se assumiamo per vero che il principio di legalità sia la risultante dell'azione di queste due forze, ne deriverà che quel principio sarà tanto più forte quanto più quelle due forze riusciranno a trovare un punto di equilibrio ottimale.

Ora, non v'è dubbio che proprio una ricerca di questo genere animi quel grande evento, di straordinaria rilevanza sul piano costituzionale, che fu la rivoluzione francese. È sotto questo profilo che è possibile rileggere, con un certo profitto, la Dichiarazione dei diritti dell'89. Ed in effetti, a ben guardare, nella Dichiarazione troviamo entrambe le vocazioni del principio di legalità, sia quella orientata in senso garantistico, sia quella più propriamente figlia del principio di autorità. Sotto il primo profilo è possibile accorpere i primi due articoli della Dichiarazione, che da soli attribuirebbero alla associazione politica, ed al suo maggiore prodotto, ovvero alla legge, una funzione di mera garanzia dei diritti, addirittura di «conservazione» (articolo secondo) dei diritti medesimi, come per sanzionare l'assoluta priorità della società civile degli individui, nella linea giuridicalistica inaugurata da John Locke; gli articoli settimo, ottavo e nono, che sul principio di legalità in senso garantistico fondano il moderno sistema di tutela dei diritti in ambito penalistico, con i classici principii di tassatività delle ipotesi di reato, d'irretroattività della legge penale, di presunzione di non colpevolezza; e l'articolo sedicesimo che individua nella separazione dei poteri e nella garanzia dei diritti il «nucleo fondamentale» ed irrinunciabile delle Costituzioni moderne.

Ma nella Dichiarazione dei diritti dell'89 c'è anche – come sopra si diceva – il secondo lato del principio di legalità, quello direttamente connesso alla dimensione della sovranità politica. Basterà qui ricordare – per ragioni di brevità – l'articolo sesto, che afferma senza mezzi termini che la legge è l'espressione della volontà generale, introducendo così una dimensione della legge stessa che non è più quella della sua mera funzionalità a prestare una serie di garanzie, ma piuttosto quella dell'atto normativo e politico *in sé dotato di valore* per il fatto di corrispondere necessariamente al bene comune denominato «volontà generale»; o l'articolo terzo, che attribuendo la sovranità alla nazione in verità vuole soprattutto rappresentare la rivoluzione come il risultato di uno straordinario processo storico di accentramento delle funzioni d'*imperium*, che al posto di mille sovranità particolari ha alla fine imposto l'unica sovranità tollerabile, quella della legge.

Dunque, alle origini delle Costituzioni liberali e democratiche, nella Dichiarazione dell'89, troviamo entrambi gli aspetti del principio di legalità, troviamo la *legge-garanzia*, ma anche la *legge-autorità*. Ora, il compito che in teoria avremmo di fronte sarebbe quello di mostrare, al di là del testo, come i due aspetti si combinino nella pratica costituzionale dei decenni successivi, ed in particolare nel contesto dello Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo. Ovviamente non abbiamo qui il modo ed il tempo di procedere in questa direzione. Si può

dire però sommariamente che nel corso del diciannovesimo secolo si assiste ad una profonda alterazione dell'equilibrio, insito nella radice storica prima del principio di legalità, tra l'aspetto della garanzia e quello della autorità.

In un clima culturale complessivo di tipo positivistico ed antigiusnaturalistico, che tende a ridurre tutto il diritto a legge dello Stato, è evidente che ancor più che al tempo della rivoluzione il principio di legalità è sentito essenzialmente come principio di autorità, è ciò che consente allo Stato sovrano di ergersi al di sopra dei particolarismi e degli interessi frazionali. Il rifiuto liberale di ogni forma di sindacato di costituzionalità è appunto motivato sul versante culturalmente e praticamente dominante del principio di legalità come principio di autorità: la sottoposizione a giurisdizione della legge in nome dei diritti, a fini di garanzia, rappresenterebbe da quel punto di vista la premessa della necessaria distruzione della legge medesima come manifestazione di autorità e di sovranità.

Ovviamente non si vuole in tal modo dire che il diciannovesimo secolo dimentichi del tutto la funzione garantistica del principio di legalità, la legge come luogo in cui i diritti vengono affermati. Si vuol dire invece che tale funzione non è più pensabile autonomamente, come *una* delle due forze che determinano il campo entro cui s'inscrive il principio di legalità: l'aspetto garantistico è semplicemente *un risultato* della essenza più profonda di quel principio, che è di tipo autoritativo. La legge è così prima di tutto ciò che rappresenta l'unità politica di un popolo, o di una nazione, personificata dallo Stato, che di quella legge è autore, e solo su questa base riesce ad essere *anche*, e successivamente, strumento di affermazione dei diritti.

Se accettiamo che queste brevi note servano ad illustrare il significato prevalente del principio di legalità nel corso del diciannovesimo secolo, possiamo forse pervenire a qualche sommaria conclusione circa la «tradizione costituzionalistica» dello Stato di diritto, e del principio di legalità a questo associato, da cui eravamo partiti. Non v'è dubbio che quando il modello dello Stato liberale di diritto si rompe, e prendono forma le Costituzioni democratiche contemporanee, la tradizione prevalente in materia di principio di legalità sia quella costruita nel corso del diciannovesimo secolo valorizzando il principio di autorità ben più che quello di libertà.

Ebbene, da questo punto di vista è come se le nostre Costituzioni dell'ultimo dopoguerra rappresentassero il tentativo di *rimettere in equilibrio* il principio di legalità, recuperando nella sua autonomia la dimensione garantistica di quel principio, e restituendo così ad esso la sua classica configurazione di risultante dell'azione concorrente di entrambe le forze agenti, sia sul piano dell'autorità che su quello delle libertà. Accanto alla legge-autorità torna ad apparire, nella sua autonomia, la legge-garanzia, che in questa seconda veste ha la sua ragione d'essere profonda nel fatto che la Costituzione può indicarla come luogo privilegiato, o necessario, di disciplina dei diritti. Le conseguenze di questa opera-

zione sono assai concrete. È possibile ora fondare i diritti direttamente nella Costituzione, riscrivendo tutto il sistema delle riserve di legge, è possibile sindacare il contenuto della legge, quando questa dimentichi la sua necessaria doppia natura: di atto in cui si esprime la sovranità politica, ma anche di strumento di disciplina di quei diritti che sono affermati nella Costituzione, e che dunque essa non può violare.

Tutto bene, si potrebbe dire: sembra che la vicenda che abbiamo narrato abbia dunque un esito felice. Oggi ci accorgiamo però che le cose non stanno affatto così, o non sono comunque così semplici. Più in particolare, si va delineando una situazione in cui le Costituzioni democratiche contemporanee, per promuovere – come certo era nelle intenzioni – un recupero del significato garantistico del principio di legalità, per reagire in tale direzione ad una tradizione opposta, che troppo strettamente associava principio di legalità e principio di autorità, hanno finito per andare oltre, ed hanno corroso in modo forse irreversibile l'intero nucleo forte della grande tradizione europea del principio di legalità come principio di autorità, ben presente nelle dottrine giusnaturalistiche seicentesche e successivamente nella dottrina rivoluzionaria della volontà generale. Naturalmente, tutto questo non è senza conseguenze pratiche.

Se nei sistemi politici precedenti – per esempio nel corso del diciannovesimo secolo – la dominazione esclusiva del principio di legalità come principio di autorità impediva una forte tematizzazione dei diritti sul piano costituzionale, ed implicava perfino la negazione di ogni forma di sindacato di costituzionalità; ora, nei sistemi politici attuali, è evidente che si corre il rischio opposto – che per lo meno a me appare tale – di risolvere tutta la dinamica costituzionale lungo l'asse interpretazione della Costituzione-giurisprudenza costituzionale, lasciando al legislatore un ruolo marginale, o comunque ben più periferico di quello che è possibile esercitare lungo quell'asse, soprattutto nelle Corti. È evidente che di fronte ad un legislatore che ha perduto ogni connessione con il momento della sovranità politica, che opera quasi esclusivamente sul piano della mediazione occasionale e contingente tra gli interessi frazionari e di settore, tutto il sistema dei diritti tende a spostarsi sul piano giurisprudenziale e della interpretazione della Costituzione.

Ma si può davvero abbandonare questa trincea della legalità, e dare per scontato, quasi si trattasse ormai di una sorta di destino irreversibile, che la legge sia condannata ad essere puro atto di mediazione contrattuale tra interessi distinti? Io credo di no. Credo che la storia ci insegni – se così posso dire – che un buon principio di legalità è quel principio che realizza in sé un certo equilibrio tra la legge come espressione di autorità e la legge come strumento di consolidamento e di disciplina dei diritti. Che i nostri attuali sistemi politici siano in questo senso sbilanciati, a me non pare dubbio. Ed è per questo motivo che oggi si pone davvero il problema di un recupero di spazio a favore del legislatore e della legge.

L'importante è che tale recupero, che non può non avere la sua radice prima in una rivalutazione del principio democratico, non sia giocato contro le Costituzioni democratiche, non presupponga un'indebita ed improbabile rinnovata mitizzazione dell'interesse generale, facendo leva in modo indistinto sul diffuso malcontento nei confronti del disordine e della frammentazione. Ma che nel contesto, e non al di fuori, delle Costituzioni contemporanee, si ponga il problema di un recupero del significato storico pieno del principio di legalità, a me non pare dubbio. In un regime democratico la legge non può ridursi ad essere mero strumento di attuazione della Costituzione, esaurendo in ciò la sua funzione e la sua ragion d'essere. Non si tratta quindi di ritornare ad alcun «Stato di diritto», né certo è riproponibile l'identificazione ottocentesca tra principio di legalità e principio di autorità; si tratta piuttosto di comprendere come oltre un certo limite una piena ed assoluta dissociazione tra quei due principii, per cui nessuna autorità è più contenuta nell'atto del legiferare che non sia quella formale della vigenza, finisce per distruggere ogni principio di legalità, e per compromettere alla fine le stesse funzioni di disciplina e di garanzia dei diritti che a quel principio sono comunemente associate. Se è vero che certe versioni della legge-autorità sono definitivamente consegnate ad un passato destinato a non tornare più, è anche vero che una legge del tutto svincolata da ogni connessione con il momento della sovranità politica è destinata a disseccarsi anche come strumento privilegiato di disciplina dei diritti, rinviando così l'intera problematica della loro definizione, e della loro effettiva consistenza, ad un'attività interpretativa e giurisprudenziale variamente ispirata dalla Costituzione. Che tutto questo sia rappresentabile come un esito necessario, o come un bene in sé, è cosa ancora da discutere e da dimostrare. Si può anzi affermare che lo «Stato costituzionale» che oggi giustamente si auspica al posto del vecchio Stato di diritto d'impianto ottocentesco rappresenti nient'altro che la ricerca di un ideale punto di equilibrio tra *principio politico* e *principio costituzionale*, tra la legge-autorità ed il sistema delle garanzie che sono parte della Costituzione a protezione dei diritti. Pensare che il primo termine del rapporto possa essere eliso significa pensare che sia possibile uscire da una tradizione che, come abbiamo cercato di mostrare in queste brevi note, è ben più ampia e profonda di quella ottocentesca dello Stato-persona.