

LO "STRANO" MONDO  
DI MR. RULE OF LAW.  
LE VARIE FACCE  
DEL *RULE OF LAW*  
NELLE TRASFORMAZIONI  
DELLO STATO  
CONTEMPORANEO

LUCA **VESPIGNANI**



Lo “strano” mondo di Mr. Rule of Law.  
Le varie facce del *rule of law* nelle trasformazioni  
dello Stato contemporaneo

The “strange” world of Mr. Rule of Law.  
The different faces of the *rule of law* in the changes  
of the contemporary State

LUCA VESPIGNANI

Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia  
Email: [luca.vespignani@unimore.it](mailto:luca.vespignani@unimore.it)

#### ABSTRACT

Attraverso l'analisi dei diversi saggi raccolti in un volume collettaneo di recente pubblicazione sul *rule of law*, il contributo isola alcune linee tematiche rilevanti specialmente in un'ottica costituzionalistica. In tal senso, posta la distinzione tra il concetto formale e quello sostanziale di *rule of law*, si segnala il collegamento della seconda nozione col modello dello Stato costituzionale, specialmente in ordine all'utilizzo della tecnica del bilanciamento, per svolgere infine alcune considerazioni sul ruolo del potere giurisdizionale in rapporto al principio di diritto certezza del diritto.

Through the analysis of the various essays collected in a recently published volume about the *rule of law*, the contribution highlights some issues in particular in the perspective of constitutional legal thinking. In this respect, given the distinction between the formal and the substantial concept of the *rule of law*, it is pointed out the connection of the second one with the Constitutional State model, especially with regard to the use of the balancing test. Finally, some considerations are carried out on the role of the judiciary in relation to the principle of legal certainty.

#### KEYWORDS

Principio di legalità, Stato costituzionale, bilanciamento, certezza del diritto

Rule of law, Constitutional State, balancing test, legal certainty

# Lo “strano” mondo di Mr. Rule of Law. Le varie facce del *rule of law* nelle trasformazioni dello Stato contemporaneo

LUCA VESPIGNANI

1. *La concezione formale del rule of law* – 2. *La concezione sostanziale del rule of law* – 3. *Il rule of law e lo Stato costituzionale* – 4. *La giustizia costituzionale tra difficoltà contromaggioritaria e certezza del diritto.*

## 1. *La concezione formale del rule of law*

Gli autori presenti nel volume collettaneo sul *rule of law* curato da Giorgio Pino e Vittorio Villa sono in prevalenza teorici del diritto, ma i saggi che compongono il libro offrono stimolanti spunti di riflessione anche per chi articoli le proprie analisi adottando in via prioritaria il punto di vista del “giurista positivo”, e segnatamente dello studioso giuspubblicista. Su uno sfondo del genere si cercherà quindi di evidenziare alcuni temi che attraversano orizzontalmente numerosi contributi e possono risultare utili per una migliore comprensione dei movimenti e delle tendenze in atto nell’universo costituzionale.

In tal senso, si pone innanzitutto un problema definitorio. Come rileva Aldo Schiavello, infatti,

«la nozione di *rule of law* non è soltanto indeterminata e controversa, ma è anche una nozione che, sia per la sua indeterminatezza sia per l’aura positiva che sprigiona, appare dotata di una forza espansiva che contribuisce alla complessità e, non raramente, anche alla confusione dei discorsi e dei dibattiti che se ne occupano»<sup>1</sup>.

In particolare, lo stesso Schiavello individua due modelli ai quali possono essere ricondotte le diverse concezioni sul campo. Il primo si risolve essenzialmente in una serie di contrassegni formali del diritto, che, secondo Lon Fuller,

«deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicono le une con le altre; 6) che non richiedano l’impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine è

\* Nota su PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 392 ss.

<sup>1</sup> SCHIAVELLO 2016, 109.

necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che la legge dichiara e il modo in cui essa viene, di fatto, amministrata»<sup>2</sup>.

Nel secondo, invece, «il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano», poiché «il *gubernaculum* [...] trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi suoi propri i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria “ragione giuridica” i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi»<sup>3</sup>. Dicotomia, questa, rispetto alla quale Jeremy Waldron introduce un’ulteriore prospettiva incentrata sui profili procedurali, sostenendo che la lista di Fuller debba essere integrata prevedendo una serie di elementi riguardanti la dimensione giurisdizionale della tutela dei diritti, peraltro per molti versi riscontrabili nella disciplina sul giusto processo introdotta nell’art. 111 della Costituzione italiana con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2<sup>4</sup>.

Con la nozione formale di *rule of law* risulta in larga misura convergente il principio di legalità della cultura giuridica continentale, a cominciare dal riferimento al carattere generale e astratto delle norme legislative, considerato un elemento determinante per la sua ottimizzazione pur non essendone un requisito necessario<sup>5</sup>. Ma se in entrambi i contesti tale carattere funge da garanzia contro l’esercizio arbitrario del potere, nel caso della legalità questo aspetto si collega strettamente col

«principio della sovranità popolare e il principio della divisione dei poteri [...]. Principio di legalità vuol dire che ogni potere è legittimo (è ammesso) solo se fondato sulla legge, in quanto espressione della volontà popolare (ma nello stesso tempo la divisione dei poteri chiarisce che una

<sup>2</sup> SCHIAVELLO 2016, 110.

<sup>3</sup> SCHIAVELLO 2016, 112.

<sup>4</sup> Segnatamente, si ritiene che debbano essere previsti: «A) una udienza da parte di un tribunale imparziale [...]; B) un organo giudiziario con specifica preparazione giuridica, di cui sia garantita l’indipendenza rispetto ad altri organi statali; C) un diritto all’assistenza legale e a disporre del tempo e dell’opportunità idonei per preparare la difesa; D) un diritto a essere presente a tutti i passaggi cruciali della procedura; E) un diritto a esaminare i testimoni a sfavore; F) un diritto a che si assicuri che le prove presentate dallo Stato siano state raccolte in una maniera opportunamente controllata; G) un diritto a presentare prove a proprio favore; H) un diritto a presentare argomenti giuridici [...]; I) un diritto a conoscere le ragioni che hanno fondato la decisione del tribunale in merito alle prove e agli argomenti presentati davanti a esso; J) un qualche diritto di appello» (WALDRON 2016, 361 s.).

<sup>5</sup> Osserva RESCIGNO 1995, 264 che «la legge (nota bene: l’atto che formalmente è legge) è tanto più vicina al principio di legalità quanto più è generale e astratta, e la legge è tanto più lontana dal principio di legalità quanto meno generale e meno astratta essa è». E nella medesima prospettiva CARLASSARE 1990, 1, rileva che il principio di legalità «può ricollegarsi alla “isonomia” dei greci ed è sicuramente presente nelle democrazie italiane dove i magistrati dell’età comunale erano tenuti a conformare la loro azione alle norme, generali e astratte, previamente poste a garanzia di certezza, di eguaglianza, di eliminazione dell’agire arbitrario».

cosa è fondamento, altra cosa è esercizio: alla legge, e cioè alle assemblee rappresentative, va impedito di esercitare ogni potere; nello stesso tempo il principio di sovranità popolare rende chiaro che la legge spetta solo ad assemblee rappresentative del popolo, e cioè elette dal popolo)»<sup>6</sup>.

Si tratta di un concetto lucidamente ricostruito nelle sue diverse implicazioni da Riccardo Guastini, il quale ne segnala nel contempo pure la crisi dovuta al declino della legge nell'ordinamento vigente a seguito dell'introduzione di una Costituzione rigida, dell'attribuzione della competenza residuale alla legge regionale dopo la riforma dell'art. 117 Cost. realizzata nel 2001, della prevalenza dei regolamenti europei sulle fonti primarie interne e del ruolo crescente del potere esecutivo<sup>7</sup>.

Nondimeno, «se il destino del principio di legalità appare segnato»<sup>8</sup>, Roberto Bin evidenzia come la sua sostituzione con la nozione di *rule of law* possa mettere in discussione i risultati conseguiti – proprio sotto il profilo del collegamento col principio democratico – attraverso l'evoluzione dello Stato di diritto nello Stato costituzionale moderno, «segnata – in conseguenza dell'affermarsi del suffragio universale [...] – dall'inclusione dei diritti sociali nel catalogo dei diritti fondamentali e dall'affermazione dell'eguaglianza sostanziale accanto a quella formale»<sup>9</sup>. Più nel dettaglio,

«il *global rule of law* è ancora ben lontano da offrirci – a noi cittadini sforniti di cittadinanza nella comunità globale, che è ancora essenzialmente composta da grandi operatori economici – neppure l'apparenza del sistema di garanzie dei diritti a cui siamo stati abituati dai nostri Stati sovrani. Anzi, si può ben dire che a causa della globalizzazione noi abbiamo visto arretrare in misura impressionante il livello di tutela dei nostri diritti e non solo di quelli sociali»<sup>10</sup>.

Tutto ciò sebbene, con puntuale riferimento all'ordinamento interno ed all'ambito della legalità penale, Giorgio Pino ritenga che al progressivo indebolimento del versante democratico garantista del principio in questione debba corrispondere

<sup>6</sup> RESCIGNO 1995, 259 ss. Negli stessi termini si veda pure CARLASSARE 1990, 1, mentre, per un approccio più decisamente orientato a rinvenire il fondamento positivo del principio, cfr. FOIS 1973, le cui conclusioni al riguardo sono condivise da GUASTINI 1994.

<sup>7</sup> GUASTINI 2016, 151.

<sup>8</sup> PINO 2016, 177.

<sup>9</sup> BIN 2016, 43 s.

<sup>10</sup> BIN 2016, 46. «Con l'uso dell'espressione *rule of law* il linguaggio giuridico sembra voler ripristinare la separazione tra istituzioni politiche e regole pubbliche, da un lato, e società civile e la sua regolamentazione, dall'altro. Il libero mercato, d'altra parte, si è instaurato ben oltre i confini nazionali – e della stessa Unione europea – e impone agli Stati di astenersi dall'interferire con le loro leggi nella regolazione “spontanea” del mercato stesso; al contrario, i diritti individuali – e ancor più i diritti sociali, ovviamente – si sono affermati dentro i confini nazionali, attraverso la democratizzazione delle strutture politiche dello Stato, dalle quali dipende la loro effettività. È vero che sin dalle origini la tutela dei diritti è parte inseparabile del *rule of law*, così come lo è stata del *Rechtsstaat*. Ma di quali diritti si sta trattando?» (BIN 2016, 50).

«un ruolo di primo piano affidato all’aspetto della conoscibilità e dell’accessibilità delle norme penali da parte dei destinatari»<sup>11</sup> tipico del *rule of law*, nell’ottica di assicurare quanto più possibile la certezza del diritto. Infatti,

«i requisiti formali del *rule of law* presuppongono una certa concezione del destinatario delle norme giuridiche, come soggetto autonomo e razionale, e sono finalizzati a predisporre un ambiente in cui il destinatario delle norme possa formarsi delle ragionevoli aspettative sulle conseguenze giuridiche delle proprie azioni e possa anche controllare e criticare l’esercizio del potere pubblico nella misura in cui quest’ultimo deluda arbitrariamente quelle aspettative. Non solo: i requisiti del *rule of law*, ove rispettati in misura adeguata, producono nel destinatario delle norme un effetto di stabilizzazione delle aspettative anche relativamente alle condotte *degli altri cittadini*»<sup>12</sup>.

## 2. La concezione sostanziale del *rule of law*

Come si è accennato, a quella formale, che si risolve essenzialmente nel *rule by law*<sup>13</sup>, si contrappone una concezione del *rule of law* per la quale «il diritto non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l’esito dell’equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*»<sup>14</sup>. Il che non implicherebbe l’esistenza di un “*rule of the good law*” di matrice giusnaturalistica, ma semplicemente una duplicazione delle fonti, in virtù della quale esisterebbe un livello normativo in grado di limitare il rischio dell’arbitrio legislativo, nella convinzione che «un *rule of law* delle procedure potrebbe forse contribuire al progresso del diritto verso le aspirazioni delle minoranze e delle parti deboli, ma certo meno di un diritto positivo, anche sostanziale, inteso ad incarnare direttamente quello scopo»<sup>15</sup>. Dopodiché, mentre alcuni tendono a contrapporre la prima alla seconda concezione, altri ritengono, viceversa, che

«fra legislazione e diritto, e fra dottrina illuminista della legalità e dottrina evoluzionista del *rule of law*, i rapporti non vanno impostati in termini di opposizione bensì di integrazione [...]. La differenza principale fra i due ideali, forse, riguarda l’interpretazione:

<sup>11</sup> PINO 2016, 227.

<sup>12</sup> PINO 2016, 216.

<sup>13</sup> «Si tratta, nelle parole di un suo autorevole teorico, il giudice della Corte suprema statunitense Antonino Scalia, del “*rule of law as a law of rules*”. Questo atteggiamento di “protezione” del diritto da presunte “discrezionali” innovazioni si suppone produca positive conseguenze: serve la “certezza” del diritto, sottopone i poteri pubblici a regole prestabilite, tutti presupposti necessari di uno Stato liberale, e del suo pilastro, la separazione dei poteri» (PALOMBELLA 2016, 66).

<sup>14</sup> SCHIAVELLO 2016, 112.

<sup>15</sup> PALOMBELLA 2016, 86.

attività estranea alla dottrina illuminista della legalità, ma ingrediente necessario della dottrina evolutivista del *rule of law*»<sup>16</sup>.

Un simile schema viene poi riferito pure alla dimensione sovrastatale, in modo da superare le critiche rivolte al fenomeno della globalizzazione in un'ottica interna, sostenendo che

«un diritto della comunità internazionale ha arricchito i contenuti del diritto internazionale tradizionale, con una sorta di *super partes law*, e consolidato il principio che possono ben darsi norme che non presuppongono il consenso di ciascuno. Tutto ciò costituisce appunto un “altro” diritto, e prefigura un aspetto non strumentale alla legalità»<sup>17</sup>.

Con un parallelo ridimensionamento del principio democratico, la cui centralità sembrerebbe per converso presupposta da chi si oppone all'abbandono della dimensione statale, sulla base della considerazione che

«la ragione del *rule of law* come un principio e come un ideale nella nostra civiltà giuridica (accanto a democrazia e diritti umani), ha a che fare con la prestazione del diritto, della legalità in sé e per sé, con la sua autonomia, la sua funzione non strumentale e la sua distinzione/separabilità concettuale rispetto al pur legittimo esercizio del potere normativo sovrano. E ciò, peraltro, indipendentemente dal fatto che il suo titolare possieda o meno credenziali “democratiche”»<sup>18</sup>,

tenuto conto di come nelle Costituzioni europee contemporanee sia stato assicurato «ai diritti fondamentali e ad altri concorrenti principi rango equipollente al principio democratico, escludendo così che il secondo detenesse il potere giuridico di determinare a propria discrezione il destino dei primi»<sup>19</sup>.

Cosicché il *rule of law* finisce per iscriversi nel perimetro del c.d. Stato costituzionale, inteso quale superamento dello Stato legislativo (di diritto) attraverso l'introduzione nel quadro delle fonti di un livello super primario, dove si aggiungono ai limiti procedurali dello Stato di diritto «anche limiti “sostanziali”, di “contenuto”, che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. Nello Stato costituzionale, la dialettica tra *gubernaculum* e *jurisdictio* appare ineludibile»<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> BARBERIS 2016, 34.

<sup>17</sup> PALOMBELLA 2016, 77.

<sup>18</sup> PALOMBELLA 2016, 64.

<sup>19</sup> PALOMBELLA 2016, 72.

<sup>20</sup> SCHIAVELLO 2016, 114.

### 3. *Il rule of law e lo Stato costituzionale*

Più nello specifico, nel lessico del neocostituzionalismo, che ne rappresenta la dimensione teorica<sup>21</sup>,

«l'espressione "Stato costituzionale" non indica solo il dato esteriore dell'esistenza di una Carta fondamentale dotata di forza giuridica maggiore di quella riconosciuta alle comuni leggi del Parlamento; e nemmeno solo la presenza di un sistema di garanzie esercitate dai giudici o da una Corte costituzionale *ad hoc*, contro le deliberazioni politiche contrarie alla Costituzione. Di queste Carte e di queste garanzie si avverte l'esigenza nelle condizioni storico-sociali in cui un'unità sociale non è data ma è problematica e l'accentuata distanza politica, economica e culturale delle componenti della società richiede di essere riconosciuta e garantita costituzionalmente contro la forza della maggioranza. I principi costituzionali riflettono questa situazione storica. Essi non producono un'unità staticamente realizzata, ma un'unità da realizzarsi dinamicamente. I principi entrano in gioco attraverso le loro possibilità combinatorie e la scienza giuridica è sfidata a un compito [...] che richiede strumenti concettuali duttili, [...] tra i quali principalmente il "bilanciamento"»<sup>22</sup>.

Si arriva, così, ad un ulteriore filone tematico, rinvenibile sullo sfondo di diversi contributi e svolto frontalmente nei saggi di Timothy Endicott e Juan Ruiz Manero, concernente appunto la problematica del bilanciamento, sulla compatibilità del quale col *rule of law* esiste in dottrina un ampio dibattito.

Al riguardo, un primo orientamento lo configura come una procedura razionale sottoposta alla c.d. "legge del bilanciamento", in virtù della quale «quanto più alto è il grado di non soddisfazione o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio»<sup>23</sup>. E ne rafforza l'attendibilità con una "formula del peso" ottenuta attribuendo un valore quantitativo espresso numericamente ai diversi fattori da prendere in considerazione<sup>24</sup>. Fino ad arrivare a sostenere che

<sup>21</sup> «Il neocostituzionalismo si presenta spesso e volentieri come la teoria del diritto dello Stato costituzionale, in opposizione al giuspositivismo come teoria del diritto dello Stato legislativo» (BARBERIS 2012, 31).

<sup>22</sup> ZAGREBELSKY 2002, 880. La letteratura sul bilanciamento è vastissima, soprattutto dagli anni Novanta, quando ha, tra l'altro, trovato uno dei primi contributi di taglio monografico in BIN 1992. Tra gli studi più recenti ci si limita pertanto a rinviare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a MORRONE 2014, cui ora *adde* ITALIA 2016.

<sup>23</sup> ALEXY 2012, 185.

<sup>24</sup> ALEXY 2012, 617 ss. Cfr., però, in proposito i rilievi di PINO 2010, 196-197, il quale, oltre a porre in dubbio che esista in ogni caso la possibilità di tradurre in termini numerici il conflitto tra diritti, ritiene «impossibile fissare l'importanza di un diritto per un verso, e il grado di interferenza con un altro diritto per altro verso, con una valutazione svolta in astratto, e un passo alla volta» per cui risulterebbe «difficilmente distinguibile la fase dell'ascrizione di un peso da quella della conciliazione/armonizzazione: una distinzione che forse è legittimamente sostenibile solo a fini di semplicità ricostruttiva *ex post* della decisione di



«le diverse varianti della teoria standard del bilanciamento hanno come nucleo comune la tesi secondo cui è possibile conciliare i differenti principi in conflitto in una gerarchia armonica che stabilisca l'ordine di prevalenza di ciascuno di essi rispetto ad altri eventualmente concorrenti, non in relazione a qualunque caso possibile, ma in relazione a classi di casi (o, se si preferisce, in relazione a casi generici)»<sup>25</sup>.

Altri, invece, pongono l'accento sulla circostanza che, specialmente nell'ambito dei diritti umani, ci si trova frequentemente a dover conciliare entità non commensurabili, non essendo possibile pesare i relativi interessi privati né in sé e per sé, né in relazione agli interessi pubblici, i quali «coinvolgerebbero la realizzazione di beni complessi che sono di un tipo profondamente differente»<sup>26</sup>. Sicché, «se non c'è alcuna base per decidere in un senso o nell'altro, allora il risultato sembra rappresentare una deviazione dal *rule of law*, favorendo un governo arbitrario dei giudici»<sup>27</sup>, salvo riconoscere che non vi sarebbe arbitrio «nei casi in cui è necessario, per legittimi fini giuridici, che i giudici abbiano quel potere»<sup>28</sup>, e cioè quando sussista la premessa istituzionale in forza della quale

«il rispetto che tutte le autorità pubbliche debbono avere per certi interessi umani può essere assicurato nel modo migliore attribuendo a un tribunale indipendente dello Stato (o perfino, in Europa, a una corte internazionale) il potere di giudicare sulla giustizia dei modi in cui sono perseguiti obiettivi pubblici e che interferiscono con quegli interessi»<sup>29</sup>.

Tuttavia, è evidente che si tratta di una modalità di decisione in cui emerge un'ulteriore caratteristica distintiva dello Stato costituzionale, rinvenibile nel rafforzamento della giurisdizione rispetto agli altri poteri e soprattutto nei confronti di quello legislativo<sup>30</sup> in virtù di una giurisprudenza divenuta – sotto la spinta dei principi –

bilanciamento, ma che rischia di mettere in ombra un aspetto importante, ossia il carattere reciproco e bilaterale dell'ascrizione di peso ai diritti in conflitto».

<sup>25</sup> RUIZ MANERO 2016, 340 s.

<sup>26</sup> ENDICOTT 2016, 294.

<sup>27</sup> ENDICOTT 2016, 295.

<sup>28</sup> ENDICOTT 2016, 306.

<sup>29</sup> ENDICOTT 2016, 308.

<sup>30</sup> «Introducendo nel sistema normativo un fattore permanente di virtuale invalidità e intaccando la presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere, queste riscritture del principio di legalità giurisdizionale – che del resto sono l'esplicitazione di quanto avviene nei tribunali – hanno, com'è ovvio, ricadute di grande rilievo sul ruolo dei giudici: posti in diretto contatto con la Costituzione e con i suoi principi ad alta densità politica (oltre che con le norme sovranazionali), essi sono chiamati a prestazioni interpretative complesse, che ne fanno la *bouche du droit* (dell'intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *loi*, così divenendo tutti, in senso profondo e lato, giudici costituzionali. È quello che chiede loro, del resto, la Corte costituzionale italiana quando li spinge a valutare, insieme con la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la possibilità di addivenire a un'interpretazione conforme a costituzione, sulla base dell'assioma secondo il quale “le leggi non si dichiarano incostituzionali, perché è possibile darne un'interpretazione

sempre più “creativa”. Discorso, questo, che vale anche per i giudici comuni (si pensi, ad esempio, alla prassi dell’interpretazione conforme<sup>31</sup> a Costituzione delle norme ordinarie), ma si applica nella sua massima estensione alle Corti costituzionali relativamente al giudizio sulla legittimità delle leggi, posto che

«in una società con una dichiarazione dei diritti di rango costituzionale e una pratica di controllo giudiziario “forte” di costituzionalità delle leggi, il *rule of law* richiederà di accettare un ruolo molto più ampio per le corti, nell’adozione di decisioni di interesse pubblico»<sup>32</sup>.

#### 4. La giustizia costituzionale tra difficoltà contromaggioritaria e certezza del diritto

Tale processo di giudizializzazione è stato criticato facendo leva sul principio democratico e ponendo l’accento sulla c.d. “difficoltà contromaggioritaria”, con cui

«si allude al fatto che le scelte legislative adottate dalle assemblee elettive secondo la regola democratica della maggioranza siano sindacate da giudici non elettivi sulla base di parametri costituzionali la cui interpretazione è controversa (come è il caso delle formulazioni di principio sui diritti fondamentali) ovvero sulla base di parametri che sono tratti dalla costituzione solo in modo indiretto (come è il caso del *diritto costituzionale vivente*, cioè del corpo normativo dei *precedents* elaborati nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale)»<sup>33</sup>.

Ma ciò, di per sé, non sembra inconciliabile col *rule of law*, che – lo si è evidenziato sopra – rispetto alla legalità della tradizione continentale tende a rendere meno stringente il legame col principio democratico. Atteso che, comunque, in un’ottica neocostituzionalistica si ritiene possibile ed anzi costituzionalmente necessario «conciliare gli imperativi dell’autodeterminazione e della sovranità popolare con i limiti al potere democraticamente investito», accantonando «concezioni puramen-

incostituzionale, ma perché non è possibile darne un’interpretazione costituzionale” (sentenza n. 356 del 1996)» (DI GIOVINE 2010, 36). Analogamente, LUCIANI 1999, 882, rileva che «una Costituzione per valori, anche quando affida il compito della propria difesa ad uno specifico giudice (un tribunale costituzionale), chiede anche al giudice comune prestazioni prima sconosciute. Poiché, corrispondentemente alla sua natura, il valore costituzionale assume significato entro il contesto giuridico-costituzionale in cui opera, e poiché una componente essenziale di tale contesto è la giurisprudenza, questa non può sfuggire al compito di commisurare le proprie decisioni al valore».

<sup>31</sup> Sulla quale si veda, da ultimo, LUCIANI 2016.

<sup>32</sup> WALDRON 2016, 388.

<sup>33</sup> CHESSA 2014, 435, al quale si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina statunitense. «La questione fondamentale è la seguente: posto che le norme della costituzione sono – o vengono intese – quali criteri altamente flessibili, o in larga misura espansibili, come ci si può fondare su di esse per dichiarare l’incostituzionalità degli atti subcostituzionali? Non rischiamo forse di lasciare al giudice delle leggi un margine enorme di discrezionalità, quasi sovrana, su aspetti cruciali della nostra vita pubblica e dell’intero sistema giuridico?» (LUZZATI 2012, 198).

te rappresentativo-maggioritarie della democrazia» e valorizzando la «vocazione antimaggioritaria (non antidemocratica) del costituzionalismo, in nome di limiti assiologici alla sovranità popolare, così marcando la differenza fra la democrazia *tout court* e la democrazia costituzionale»<sup>34</sup>.

Viceversa, assai più rilevante è l'impatto dei fenomeni descritti sulla certezza del diritto<sup>35</sup>, nella misura in cui

«non si può negare che le teorie che mettono grande enfasi sulla certezza del diritto, sulla prevedibilità e sulla stabilità, sulla determinatezza e l'intelligibilità delle norme che sono fatte valere nella società, e sul carattere relativamente coerente della loro amministrazione da parte dello Stato siano tra le concezioni più influenti del *rule of law*. In base a queste concezioni, l'aspetto più importante del diritto per le persone a esso soggette è la certezza e la prevedibilità del modo in cui condurre le proprie vite e i propri affari»<sup>36</sup>.

Per cui si afferma che

«la Corte costituzionale, per salvaguardare le esigenze sottese alla legalità penale intesa in chiave di *rule of law*, dovrebbe attenersi a un ruolo di puro "legislatore negativo": ove ravvisi una lesione del principio di legalità penale (secondo i parametri accennati poco sopra, cioè l'intelligibilità valutata dal punto di vista del destinatario del precetto penale) non dovrebbe consigliare interpretazioni migliori o avventurarsi in manipolazioni e correzioni del testo legislativo, ma dovrebbe semplicemente pronunciare una sentenza di accoglimento»<sup>37</sup>.

Con una conclusione non molto distante da quella a cui altra dottrina perviene, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sulla scorta di un'analisi rigorosa del solo dato giuridico positivo (costituito dalle disposizioni costituzionali e legislative) sul ruolo e sulle funzioni della Corte costituzionale<sup>38</sup>, inquadrando il fenomeno

<sup>34</sup> DI GIOVINE 2010, 38-39. «Quello che a prima vista può apparire un limite all'esplicarsi del principio democratico si rivela una garanzia nei confronti della democrazia: garanzia che le sue estrinsecazioni maggioritarie non minino le fondamenta dell'edificio e in particolare non alterino il delicato equilibrio fra potere e libertà» (DI GIOVINE 2010, 40). Sul punto, invece, CHESSA 2014, 445 ss., pone l'accento «sulle differenze strutturali, istituzionali, tra procedimento legislativo e processo giurisdizionale» per osservare che «il legislatore non potrebbe mai svolgere un controllo di costituzionalità negli stessi termini dei giudici. Questi possono accedere a qualcosa che è precluso al legislatore: la conoscenza empirica del caso concreto controverso, dell'*hard case* in quanto caso imprevisto», per cui «alla domanda perché l'interpretazione *giudiziale* della costituzione debba prevalere su quella *legislativa*, si può dare una sola risposta veramente sensata: perché è *giudiziale*».

<sup>35</sup> Cfr., al riguardo, ITALIA 2016, 87 ss.

<sup>36</sup> WALDRON 2016, 383.

<sup>37</sup> PINO 2016, 232.

<sup>38</sup> In tal senso, si fa riferimento innanzitutto alla stessa Carta costituzionale, con particolare riguardo all'«espressa indicazione dell'art. 134 Cost., che sancisce per la Corte il ruolo di giudice di "legittimità costituzionale", laddove l'espressione "legittimità": 1) non ha alcuna connotazione etica; 2) presuppone la

delle c.d. sentenze “paralegislative” nei termini di una «“deviazione” dall’originario modello di legalità costituzionale»<sup>39</sup>. E la consonanza tra i due autori si estende pure alla scelta del metodo interpretativo da utilizzare, nella convinzione che

«certamente la Corte costituzionale, per poter svolgere il suo compito di custode della legalità costituzionale come sopra descritto, deve necessariamente *interpretare il testo* della Costituzione ed *applicare le norme* così desunte nel giudizio di costituzionalità, mettendole a confronto con le norme di legge della cui conformità a Costituzione si dubita. Quel che viceversa la Corte, secondo il diritto (costituzionale e legislativo) vigente, *non può e non deve fare*, sono ulteriori attività – nient’affatto necessarie e diverse dall’interpretazione e dall’applicazione in senso proprio – costituite dalla *modifica*, dall’*integrazione* e dall’*attuazione* delle norme costituzionali direttamente riconducibili agli enunciati costituzionali»<sup>40</sup>.

corrispondenza ad un parametro normativo, costituito qui dalla legge (costituzionale); 3) si definisce per contrapposizione al giudizio di “merito”» (VIGNUDELLI 2016, 96). E poi alle leggi attraverso le quali si è dato seguito alle riserve di legge previste dall’art. 137 Cost. per quanto concerne, da un lato, «le condizioni, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte» (legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1) e, dall’altro lato, «la Costituzione e il funzionamento della Corte» (legge ordinaria 11 marzo 1953, n. 87).

<sup>39</sup> VIGNUDELLI 2016, 111. Circa le sentenze paralegislative, invece, cfr. 123 ss.

<sup>40</sup> VIGNUDELLI 2016, 113. In termini non molto distanti, Pino afferma che «le esigenze del *rule of law* richiedono una adesione quanto maggiore possibile al significato letterale della disposizione legislativa (quale sarebbe ragionevolmente compreso da un parlante medio, nel senso sopra chiarito), e la tendenziale esclusione del ricorso a tecniche interpretative e argomentative ad alto tasso di tecnicismo giuridico, come per esempio certe forme di interpretazione sistematica, adeguatrice, teleologica» (PINO 2016, 231).

### Riferimenti bibliografici

- ALEXYS R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012.
- BARBERIS M. 2012. *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012.
- BARBERIS M. 2016. *Possono governare, le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 13 ss.
- BIN R. 1992. *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992.
- BIN R. 2016. *Rule of Law e ideologie*, in PINO G., VILLA V. (eds.) 2016. *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 37 ss.
- CARLASSARE L. 1990. *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990.
- CHESSA O. 2014. *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 2014, 411 ss.
- DI GIOVINE A. 2010. *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in SICARDI S. (ed.), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, Esi, 2010, 36 ss.
- ENDICOTT T. 2016. *Proporzionalità e incommensurabilità*, in PINO G., VILLA V. (eds.) 2016. *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 287 ss.
- FOIS S. 1973. *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 659 ss. Ora anche in ID., *La crisi della legalità*, Milano, Giuffrè, 2010, 383 ss.
- GUASTINI R. 1994. *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, UTET, 1994, 84 ss.
- GUASTINI R. 2016. *Legalità*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 137 ss.
- ITALIA V. 2016. *Il bilanciamento nelle leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.
- LUCIANI M. 1999. *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in PACE A. (ed.), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, 873 ss.
- LUCIANI M. 2016. *Interpretazione conforme*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391 ss.
- LUZZATI C. 2012. *Principi e princìpi*, Torino, Giappichelli, 2012.
- MORRONE A. 2014. *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014.

- PALOMBELLA G. 2016. *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il Rule of Law*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 61 ss.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione*, Bologna, il Mulino, 2010.
- PINO G. 2016. *Legalità penale e Rule of Law*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 177 ss.
- RESCIGNO G.U. 1995. *Sul principio di legalità*, in «Diritto pubblico», 1995, 247 ss.
- RUIZ MANERO J. 2016. *Rule of Law e bilanciamento. Un limite del bilanciamento e una insufficienza della sua teoria standard*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 333 ss.
- SCHIAVELLO A. 2016. *Il Rule of Law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 109 ss.
- VIGNUDELLI A. 2016. *Il fantasma della legalità*, in «Lo Stato», 7, 2016, 85 ss.
- WALDRON J. 2016. *Il Rule of Law e l'importanza della procedura*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 2016, 357 ss.
- ZAGREBELSKY G. 2002. *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini», XXXI, 2002, 865 ss.