

Anni 2000
Studi di Politica e Diritto

1/2025

ESTRATTO



Jovene

Collana: ANNI 2000 STUDI DI POLITICA E DIRITTO

© Copyright 2025 JOVENE EDITORE - www.jovene.it / volume 1/2025 ISBN 978-88-243-2911-8

A cura del Circolo Diritto e Democrazia e dell'Unione dei Privatisti

Direttori: Fabio Addis e Luca Nivarra

Comitato di Direzione: Silvia Albano, Ferruccio Auletta, Gaetano Azzariti, Mario Barcellona, Paolo Benvenuti, Luigi Birritteri, Bruno Bises, Claudio Bruno, Daniele Cappuccio, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Emanuele Conte, Giovanni D'Angelo, Filippo Danovi, Pasquale De Sena, Pasquale Femia, Giovanni Fiandaca, Lillo Giuseppe Fiorello, Claudia Galoppi, Giuseppe Grisi, Antonio Iannarelli, Antonio Iannuzzi, Cesare Imbriani, Mario Libertini, Alberto Lucarelli, Francesco Lucrezi, Ugo Mattei, Marco Mazzamuto, Salvatore Mazzamuto, Aldo Mazzola, Bruno Montanari, Roberto Natoli, Andrea Nicolussi, Paola Paoloni, Giovanni Patrone, Tommaso Pellegrini, Giovanni Pesce, Francesco Petrelli, Giorgio Pino, Fabrizio Piraino, Eligio Resta, Nello Rossi, Giuseppe Salmè, Cesare Salvi, Laura Santoro, Giorgio Spangher, Giovanni Tamburrino, Sara Tommasi, Tiziano Treu, Michele Vietti, Gerardo Villanacci

Redattore capo: Vittorio Jacinto

Comitato di Redazione: Anna Bettoni, Diletta Burzacca, Giorgia Coccozza, Raffaele Croce, Lorenzo D'Orazio, Luca Fruscione, Daniele Giglio, Arianna Giusti, Enrico Labella, Daphne Letizia, Claudia Mariani, Ersilia Nardone, Massimiliano Pinti, Alessandro Tacente, Clarissa Gola, Elena Lanterna, Serena Mirabello, Andrea Pontecorvi

Responsabile dei Revisori: Andrea Montanari

Comitato dei Revisori: Sergio Agrifoglio, Antonio Albanese, Giuseppe Amadio, Alberto Andronico, Elvira Autorino, Roberto Baratta, Eugenio Barcellona, Elena Bargelli, Alessandro Bellavista, Alberto Maria Benedetti, Carlo Bersani, Marta Bertolino, Giorgia Biferali, Francesco Bilancia, Emanuele Bilotti, Salvatore Bordonali, Pietro Boria, Valerio Brizzolari, Ernesto Capobianco, Paolo Cappellini, Bruno Capponi, Achille Carrabba, Francesco Castronovo, Raffaele Caterina, Aurora Cavallo, Marcello Clarich, Renato Clarizia, Paola Coletti, Claudio Consolo, Ulisse Corea, Ciro Corvese, Fabrizio Criscuolo, Vincenzo Cuffaro, Alessandro D'Adda, Giuseppe D'Angelo, Enrico Damiani, Maria Vita De Giorgi, Luis De Val Tena, Roberto Della Rocca, Francesco Di Ciommo, Giovanni Di Rosa, Filippo Dinacci, Giulio Fazio, Angelo Federico, Edoardo Ferrante, Arianna Finessi, Tommaso Edoardo Frosini, Enrico Gabrielli, Andrea Gemma, Daniele Giglio, Carlo Granelli, Laura Guffanti Pesenti, Antonio Iannarelli, Umberto Izzo, Alessio Lo Giudice, Fiorella Lunardon, Francesco Macario, Lucia Maldonato, Claudia Mariani, Antonella Massaro, Pierluigi Mazzamuto, Francesco Mezzanotte, Mariella Miceli, Alessandra Micozzi, Antonello Miranda, Salvatore Monticelli, Enrico Moscati, Laura Moscati, Francesco Maria Olivieri, Giuseppina Palmieri, Roberto Pardolesi, Alfonso Parziale, Giuseppe Portonera, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Andrea Proto Pisani, Michel Rainer, Vincenzo Ricciuto, Vincenzo Roppo, Renato Rordorf, Silvia Rusciano, Federico Giuseppe Russo, Ugo Salanitro, Marianna Scali, Claudio Scognamiglio, Roberto Senigaglia, Mario Serio, Michele Sesta, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone, Laura Tafaro, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Paolo Tosi, Mario Trapani, Giuseppe Trimarchi, Giuseppe Vecchio, Costantino Visconti, Giovanna Visintini, Josef Wittmann, Virginia Zambrano.

Struttura della Collana e Responsabili delle Sezioni

Sez. I: Politica: Cesare Salvi (pol. interna), Mario Libertini (pol. europea), Pasquale De Sena (pol. internazionale), Mario Barcellona (il dibattito culturale)

Sez. II: Diritto: Bruno Montanari (teoria e politica del diritto), Giovanni Pesce (legislazione), Tommaso Pellegrini (giurisprudenza), Andrea Nicolussi (il dibattito culturale)

Sezione III: Sara Tommasi (miscellanea)

Indice

1/2025

- 1 Fabio Addis - Luca Nivarra
Editoriale

PARTE PRIMA

POLITICA INTERNA

- 5 Pietro Grasso
Lo stato dell'antimafia
- 17 Cesare Salvi
A proposito del "premierato"
- 23 Luciano Violante
Le ragioni strutturali del conflitto tra magistratura e politica
- 29 Michele Vietti
Le ragioni della politica e le ragioni della giustizia

POLITICA EUROPEA

- 37 Guido Corso
La controversia sullo stato di diritto nell'Unione Europea
- 53 Mario Libertini
Sul valore dello stato di diritto nell'ordinamento europeo e sui poteri privati

POLITICA INTERNAZIONALE

- 61 Lucia Corso
Le ragioni di Israele dopo il 7 ottobre. La 'questione Israele' come nuova questione ebraica
- 93 Alessio Aringoli
Alla ricerca di una pace in Medio Oriente: le tesi congressuali di Sinistra per Israele
- 107 Luigi Daniele
Le derive antiggiuridiche del dibattito su Gaza

IL DIBATTITO CULTURALE

- 129 Salvatore Mazzamuto
La mancata epurazione della magistratura e una tardiva e discutibile caccia alle streghe

PARTE SECONDA

TEORIA E POLITICA DEL DIRITTO

- 161 *Diritto e democrazia: un appello ai giuristi*
- 165 Antonello Cosentino
Il progetto governativo di riforma del C.S.M.
- 193 Giovanni Tamburino
Carcere e rieducazione
- 211 Raffaele Caterina
Errore, inganno, manipolazione: il consumatore e la psicologia della decisione
- 223 Giorgio Pino
Legalità: lineamenti di una analisi teorica
- 249 Salvatore Costantino
Sul potere della tecnica nella società digitale e nel pensiero di Carl Schmitt interprete dell'“età delle Neutralizzazioni e delle spolicizzazioni”
- 273 Valentina Chiesi
Quale ‘tempo’ per il diritto del nostro tempo? La crisi delle fonti giuridiche tra accelerazione e contingenza

LEGISLAZIONE

- 303 Giovanni Fiandaca - Andrea Merlo
L'abrogazione dell'abuso d'ufficio: una vittoria simbolica nell'ambito di un'ostinata guerra tra poteri?
- 311 Bruno Bises
La tassazione dei trust: considerazioni di un economista

GIURISPRUDENZA

- 333 Leonardo Lenti
Lavoro, famiglia, convivenza

IL DIBATTITO CULTURALE

- 343 Bruno Montanari
Un libro sui giuristi italiani di fine millennio
- 369 Salvatore Mazzamuto
Un nuovo Trattato del diritto privato italiano

SOMMARIO: 1. L'ideale della legalità. – 2. Problemi di definizione. – 2.1. “Legge”. – 2.2. “Sottoposizione alla legge”. – 2.3. “Relazioni sociali”. – 3. Lo statuto normativo dell'ideale della legalità. – 3.1. Il valore della legalità. – 3.2. La legalità come principio. – 4. I corollari della legalità.

1. *L'ideale della legalità*

“Legalità” è un termine ampiamente diffuso e radicato, sia nel linguaggio comune sia nel linguaggio giuridico. In verità, per quanto riguarda il linguaggio giuridico, questo va inteso non tanto come linguaggio delle fonti, dove in verità il termine “legalità” è pressoché assente, ma piuttosto come linguaggio dei giuristi – i discorsi diffusi nella cultura giuridica. È inoltre un termine dotato di una pressoché auto-evidente carica valutativa, di segno positivo: il rispetto della legalità è una cosa buona, le offese alla legalità, le illegalità, sono cosa riprovevole.

Come spesso accade per i termini di amplissima utilizzazione e dotati di carica valutativa positiva, la “legalità” viene spesso invocata in accezioni e in contesti alquanto eterogenei, e ciò ha talvolta ingenerato il dubbio che sia realmente possibile individuarne un contenuto univoco e abbastanza determinato, o comunque sufficientemente condiviso¹. Inoltre, come spesso accade per i termini la cui carica valutativa positiva è data abbondantemente per scontata, non sempre è chiaro *perché* la legalità sia una cosa buona: non sempre è chiaro che cosa di buono, esattamente, ci si aspetti dalla realizzazione dell'ideale della legalità, e in che

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

** Professore Ordinario presso Università degli Studi Roma Tre.

¹ V. ad es. M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO e A. BARBERA, Bologna, 1994 (1^a ed. 1984), 699 ss. («su questo principio sono state scritte intere biblioteche e ancor oggi si controverte circa il suo significato e anche circa la sua esistenza», 721); A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pub.*, 1995, 92; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, 85, 88. Un dubbio analogo si è posto anche per il concetto di *rule of law*, che per molti versi può essere considerato un *anàlogon* di “legalità” nella cultura giuridica anglo-americana: cfr. J. WALDRON, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, in *Law and Philosophy*, 2002, 137 ss.

senso l'attuazione dell'ideale della legalità realizzi uno stato di cose migliore rispetto alle possibili alternative – rispetto alle situazioni, cioè, in cui la legalità non sia assicurata, o non sia coltivata come ideale². Infine, nemmeno è del tutto chiaro che cosa richieda, esattamente, l'ideale della legalità – che cosa sia necessario affinché l'ideale della legalità possa svolgere le sue prestazioni, e realizzare le sue promesse.

I dubbi che ho appena espresso non devono essere intesi in una chiave scettica, come un invito da parte mia ad abbandonare il termine “legalità”, o a mettere in questione l'ideale della legalità. Sia il termine sia l'ideale hanno un posto troppo centrale nel discorso giuridico (oltre che nel discorso ordinario) per potersene disfare a cuor leggero³. E una certa dose di complessità interna è propria, probabilmente, di tutti i concetti più importanti del nostro lessico giuridico-politico (uguaglianza, libertà, dignità, democrazia...). Piuttosto, in questo contributo mi propongo l'obiettivo di delimitare il campo dell'ideale della legalità, esplorandone il significato (§ 2), il fondamento assiologico (le ragioni per cui la legalità è, o può essere, un ideale dotato di valore: § 3), e i principali corollari (§ 4).

Una sola precisazione preliminare. In questo contributo, la mia prospettiva sarà quella della teoria del diritto, anziché ad esempio quella della filosofia politica o del diritto costituzionale (anche se saranno inevitabili alcuni marginali sforamenti anche in questi ambiti). Il mio obiettivo, cioè, è primariamente esplicativo e di analisi concettuale – dipanare il groviglio di elementi che compongono l'ideale della legalità, al fine di permetterne una comprensione quanto più possibile perspicua.

2. *Problemi di definizione*

La legalità, abbiamo detto poco sopra, è un concetto centrale del nostro lessico giuridico e politico. E abbiamo anticipato anche che la legalità è un ideale dotato di una certa complessità interna. Per apprezzare meglio tale complessità, proviamo a partire da una nozione minima e pressoché intuitiva di legalità, per poi vedere come tale nozione si arricchisca e si complichino man mano che si cerchi di specificarne le componenti.

² Che la legalità non sia un ideale realmente desiderabile è stato sostenuto, recentemente da un autore come Paolo Grossi, in nome di un recupero della dimensione sociale o addirittura “carnale” del diritto (qualunque cosa ciò significhi): P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

³ Per N. BOBBIO, la legalità è una delle «idee cardini della teoria politica» (*Legalità*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO, Torino, 2014, 1^a ed. 1976, 503).

Ecco la nozione minima: l'ideale della legalità consiste nell'esigenza che 1) "qualcosa" (certe "relazioni sociali") 2) sia "sottoposto a" (o "conforme a") 3) "le leggi".

In questo senso, ancora alquanto generico e provvisorio, il concetto di legalità appare già strettamente imparentato con vari altri concetti (a loro volta imparentati tra di loro, e a loro volta oggetto di interpretazioni eterogenee), quali: stato di diritto (*Rechtsstaat*, *état de droit*), *rule of law*, costituzionalismo, governo delle leggi (in contrapposizione al governo degli uomini), *nomos basileus*, potere legale-razionale. Tutti questi concetti, che hanno attraversato la storia della cultura giuridica e politica occidentale, sembrano esprimere infatti, in vario modo, una comune esigenza: l'esigenza che certe relazioni sociali (tra cittadini, e tra cittadini e potere politico) siano governate dal diritto, siano sottoposte al diritto.

Ebbene, proviamo a guardare più da vicino le tre componenti di questa definizione, procedendo in un ordine inverso rispetto a quello in cui esse vi compaiono.

2.1. "Legge"

Per quanto riguarda la componente 3), fin dal nome la "legalità" rimanda palesemente alla nozione di "legge". Ma cosa dobbiamo intendere, qui, per "legge"?

Alla precomprensione del giurista contemporaneo, la nozione di legge rimanda ad un concetto tecnico, ad un certo atto tipico prodotto esercitando il potere legislativo: un atto prodotto dal soggetto che detiene il potere legislativo, e secondo le procedure specificamente previste per esercitare validamente tale potere. In altre parole, la nozione di legge rimanda intuitivamente alla legge parlamentare, prodotta dall'organo rappresentativo della volontà (della maggioranza) del popolo. Ma l'accostamento tra legalità e legge parlamentare, pur per molti aspetti descrittivamente corretto e ideologicamente pregnante (in quanto coglie uno dei profili qualificanti del valore della legalità), sarebbe in definitiva riduttivo, frutto di un errore di prospettiva. L'ideale della legalità, infatti, non rinvia in via esclusiva e automatica all'istituto della legge parlamentare.

In primo luogo, infatti, da un punto di vista storico l'ideale della legalità, e il suo nesso con la "legge", appaiono ben prima che la legge arrivi ad essere identificata solo con la legge parlamentare. Nel pensiero classico così come in quello medievale e moderno, l'esigenza della legalità – e l'idea di "legge" ad essa sottesa – veniva solitamente risolta nell'esistenza di norme "oggettive", cioè preesistenti e sottratte alla libera

disponibilità del detentore del potere politico: si trattava tipicamente di norme consuetudinarie, e spesso di norme di diritto naturale o di diritto divino (nella misura in cui queste diverse “fonti” del diritto fossero state effettivamente distinguibili tra loro)⁴. È solo a partire dalla Rivoluzione francese che l’idea di legge si salda e si identifica solo con la legge parlamentare, sommando così in quest’ultima alle virtù della legge in senso atecnico (un insieme di norme generali, stabili, e soprattutto preesistenti rispetto alle condotte che devono regolare) anche il crisma della legittimazione democratica dell’organo che la produce.

In secondo luogo, una identificazione *esclusiva* tra legalità e legge parlamentare sarebbe certamente corretta nel contesto dello Stato ottocentesco (che infatti è solitamente definito come Stato *legislativo* di diritto)⁵. In *quel* contesto, infatti, la legge assurge al ruolo di fonte primaria e suprema del diritto, e l’ideale della legalità rimanda, tendenzialmente senza residui, alla legge parlamentare. Ma l’identificazione tra legalità e legge parlamentare diventa problematica nel contesto dello Stato contemporaneo (o Stato *costituzionale* di diritto)⁶. Quest’ultimo è infatti caratterizzato dal fatto di articolarsi in *plurimi* livelli di legalità: vi è ovviamente il livello della legalità costituzionale, immediatamente sovrapposto a quello della legalità legislativa⁷; e vi è inoltre il livello sovranazionale, verso il quale la struttura normativa dello Stato costituzionale presenta tipicamente una forte apertura⁸. Di conseguenza, nello Stato costituzionale la legalità legislativa si trova a coesistere, e di fatto a competere, con la legalità costituzionale e con la legalità sovranazionale (in particolare, quella

⁴ Si veda l’ampio *excursus* storico di G. FASSÒ, *Legge (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 783 ss.; e, più vicino al tema che ci interessa, N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?* (1983), in *Id.*, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 173-174.

⁵ Sul ruolo della legalità nello Stato moderno, v. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 2 (la legalità «non è semplice parte, ma nucleo qualificante ed essenziale» della dottrina dello Stato di diritto); G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, cap. II; M. FIORAVANTI, *Principio di legalità e Stato di diritto*, in *Associazione studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 5*, 1994, 25 ss.; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 1 ss. («il nuovo tempio dello Stato di diritto poggia sull’architrave della legalità», 9); M. LUCIANI, *L’eclissi della certezza del diritto*, in *Libero osservatorio del diritto*, 1, 2015 (la legalità è «principio fondativo dello Stato di diritto»).

⁶ Per una articolata ricostruzione teorica della distinzione tra Stato legislativo e Stato costituzionale, L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, Roma-Bari, 2021.

⁷ Per un primo inquadramento della questione, M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell’ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 501 ss. V. anche Corte cost. 206/2014, dove parla di un «sistema caratterizzato dal principio di legalità a sua volta ancorato al principio di costituzionalità».

⁸ In proposito, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2016, 26-27, 45-46.

proveniente dal diritto dell'Unione europea e dalla CEDU). È una questione aperta se l'interazione tra questi diversi strati di legalità produca maggiori garanzie (ovvero: se i benefici che ci si attende dalla legalità *si accrescano* al sommarsi di questi vari strati di legalità), o se invece tra questi vari strati di legalità vi siano inevitabilmente frizioni, attriti, dimodoché l'operatività di qualcuno di questi strati finisca con l'incidere negativamente su qualcuno degli altri in una specie di gioco a somma zero.

In terzo luogo, una identificazione per così dire *biunivoca* tra legalità e legge parlamentare non sarebbe corretta perché, a ben vedere, non ogni legge (parlamentare) è tale da realizzare l'ideale della legalità. Affinché possa effettivamente svolgere le prestazioni che ci si attende dall'ideale della legalità, è necessario che la legge abbia certi contenuti, che si presenti in un certo modo, che soddisfi certi requisiti⁹. Pertanto, non sarebbe affatto una contraddizione in termini affermare, in ipotesi, che pur in presenza di leggi parlamentari il principio di legalità non sia soddisfatto, o che le leggi esistenti non siano all'altezza dell'ideale della legalità.

In sintesi, dunque, per un verso il caso paradigmatico di legalità è soddisfatto – qui e ora, cioè nella cultura giuridica degli Stati costituzionali contemporanei, specialmente europei-continentali – dalla presenza di una legge parlamentare, e specialmente dalla presenza di una legge parlamentare *che abbia certe caratteristiche*: possiamo chiamare questo caso paradigmatico la “legalità in senso stretto”. Per altro verso, però, e in modalità meno paradigmatiche, l'ideale della legalità può in teoria essere soddisfatto da norme o da atti normativi *diversi* dalla legge parlamentare, come ad esempio: principi costituzionali, altri principi generali del diritto (non necessariamente costituzionali)¹⁰, orientamenti giurisprudenziali consolidati¹¹, norme di fonte sovranazionale. Ebbene, che l'ideale della legalità si presenti, in un certo ordinamento, nella modalità paradigmatica della “legalità in senso stretto”, oppure in qualcuna delle modalità meno paradigmatiche, è una questione contingente che deriva dalle scelte di politica del diritto, e dalla cultura giuridica, presenti all'interno di un dato ordinamento.

⁹ In proposito v. *infra*, § 4.

¹⁰ Così, ad es., per G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 244 ss., la legalità amministrativa richiede al tempo stesso una autorizzazione di tipo legislativo per l'esercizio di un certo potere da parte della pubblica amministrazione, e il rispetto da parte di quest'ultima dei limiti sostanziali promananti (da una legge, o, in sua assenza) dai principi generali del diritto. In senso analogo anche SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 88-90.

¹¹ Come è noto, la Corte EDU ritiene soddisfatto il requisito della legalità, perfino in materia penale, anche dalla presenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati.

Realisticamente, comunque, come abbiamo già notato e come vedremo ancora in seguito, non ci si dovrebbe aspettare che, all'interno di un dato ordinamento, l'ideale della legalità si presenti esclusivamente in un'unica modalità; più probabilmente, in uno stesso ordinamento si potrà spesso notare che la legalità opera sia nella forma della legalità in senso stretto sia in forme diverse, a seconda delle materie rilevanti.

Da qui in avanti, salvo che non sia specificato altrimenti, quando parlerò di (principio di) "legalità" mi riferirò a quella che abbiamo chiamato "legalità in senso stretto", la legalità che è soddisfatta da una *legge* (in senso tecnico), *dotata di certe caratteristiche*.

2.2. "Sottoposizione alla legge"

Per quanto riguarda la componente 2) della nostra definizione, si tratta di capire in che senso e in quali modi "qualcosa" (certe "relazioni sociali", di cui ci occuperemo nel prossimo paragrafo) possa essere *sottoposta* alla legge. L'ideale della legalità esprime l'esigenza della supremazia della legge: l'esigenza che la legge "domini", "governi", certe "relazioni sociali". Ma ovviamente ci possono essere molti modi diversi di soddisfare questa esigenza, e gradi diversi di intensità con cui questo "dominio" può attuarsi.

In primo luogo, "sottoposizione alla legge" può significare che la legge è un *limite negativo* rispetto alle relazioni sociali rilevanti (*legalità negativa*, o *legalità come limite*). Ciò significa che, nello svolgersi di quelle relazioni sociali, la legge disegna un quadro normativo che non può essere violato: le relazioni sociali rilevanti sono conformi all'ideale della legalità, in questo senso, quando non sono in contrasto con le prescrizioni dettate dalla legge. La legalità negativa è soddisfatta, dunque, da una relazione di "compatibilità" tra la legge e la relazione sociale rilevante: una assenza di contrasto, in senso ampio, riferendosi sia al contrasto tra una azione e una norma, sia alla contraddizione logica tra due norme (per esprimere questa idea si è parlato dunque di "compatibilità"¹², o di "non contrarietà"¹³, o di "rispetto"¹⁴).

¹² C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 11, 1957, 30; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 666; M. TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, in *Droits*, 1992, 61-62; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubb.*, X, 1994).

¹³ S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1976, 1363; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1988, 49; CARLASSARE, *Legalità*, cit., 2.

¹⁴ FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 89.

In secondo luogo, “sottoposizione alla legge” può significare che la legge è il *fondamento* rispetto alle relazioni sociali rilevanti (*legalità positiva*)¹⁵. A sua volta, la funzione di fondamento svolta dalla legge può realizzarsi in due modi diversi.

Per un verso, può darsi il caso che la legge *autorizzi* lo svolgimento di una certa relazione sociale: in questo senso, l’ideale della legalità richiede che sia una legge ad indicare quali soggetti possano svolgere un certo tipo di attività, ed eventualmente anche *come* debbano svolgerla – cioè, con quali forme, con quali procedure (*legalità formale*)¹⁶. La legalità formale, dunque, può essere più o meno intensa, più o meno esigente, a seconda che la legge:

a) si limiti ad indicare quale soggetto possa svolgere una certa attività; oppure

b) indichi anche le modalità (formali, procedurali, ecc.) con le quali il soggetto in questione è autorizzato a svolgere quella attività – e ovviamente, anche questa indicazione di modalità potrà essere più o meno dettagliata, realizzando così un vincolo più o meno intenso, a seconda dei casi, sulla relazione sociale rilevante.

Così, la legalità formale è soddisfatta quando, nell’ambito delle relazioni sociali rilevanti, una certa attività è svolta proprio dal soggetto a ciò autorizzato dalla legge, e secondo le forme e procedure eventualmente previste dalla legge per quel tipo di attività. E per esprimere questa idea si è parlato di “conformità formale”¹⁷, o di “applicazione formale”¹⁸. (In tal caso, se la relazione sociale rilevante comporta la produzione di atti giuridici, il rispetto della legalità formale darà luogo ad atti formalmente validi, atti dotati di validità formale)¹⁹.

Per altro verso, può darsi il caso che la legge indichi i *contenuti* degli atti che l’attività in questione andrà a produrre (*legalità sostanziale*)²⁰.

¹⁵ Per Luigi FERRAJOLI, la “legalità positiva” consiste nella «capacità del diritto di vincolare gli attori giuridici e le fonti di produzione normativa sia a regole formali [...], sia a limiti e a vincoli sostanziali [...]» (*Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giust. civ.*, 2014, 31). Concordo con questa definizione, salvo che per il riferimento ai “limiti”, che mi sembra preferibile ricondurre alla nozione di legalità negativa.

¹⁶ MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1363; ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 51; FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 91.

¹⁷ MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1363; GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit.

¹⁸ FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 88-89.

¹⁹ Per la distinzione tra validità formale e validità materiale, v. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 102 ss.

²⁰ MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1363; ZAGREBELSKY, *Manuale di di-*

Se, come spesso accade, la relazione sociale rilevante non consiste in meri comportamenti, ma comporta la produzione di certi atti, la legalità sostanziale richiederà che il contenuto di quegli atti sia in qualche modo derivato da ciò che prescrive la legge. Anche nel caso della legalità sostanziale, il vincolo tra la legge e le relazioni sociali (gli atti) in questione può essere più o meno intenso, più o meno esigente, a seconda che la legge:

a) stabilisca delle prescrizioni rispetto alle quali il contenuto degli atti rilevanti dovrà essere derivato in via deduttiva, o quantomeno in via di “concretizzazione”; oppure

b) indichi dei fini o obiettivi più o meno specificati, lasciando ai destinatari un certo margine discrezionale di apprezzamento sul modo in cui realizzarli.

Così, la legalità sostanziale è soddisfatta quando, nell’ambito delle relazioni sociali rilevanti, il contenuto di un certo atto sia deducibile da una prescrizione di legge, o realizzi un obiettivo indicato dalla legge. E per esprimere questa idea si è parlato di “conformità”²¹, o di “conformità sostanziale”²², o di “conformità materiale”²³, o di “applicazione sostanziale”²⁴. (In tal caso, il rispetto della legalità sostanziale farà sì che l’atto in questione sia materialmente valido, un atto che esprime norme dotate di validità materiale).

Le diverse modalità di sottoposizione alla legge fin qui passate in rassegna sono concettualmente distinte tra loro e, proprio per questo, è possibile tanto che si presentino *separatamente* le une dalle altre, quanto che si presentino variamente *integrate* tra loro.

Così, è possibile che un certo ambito di relazioni sociali sia soggetto *solo* alla legalità negativa: in tal caso, la legge indica ai soggetti interessati solo cosa non fare, lasciandoli del tutto liberi di regolarsi come credono, e senza attribuire loro poteri o funzioni particolari. Parimenti, è possibile che un certo ambito di relazioni sociali sia soggetto *solo* alla legalità (positiva) formale: in tal caso, la legge attribuisce un certo potere ad un soggetto, lasciandolo libero di esercitarlo nei modi che ritiene più opportuni. E infine, è possibile che un certo ambito di relazioni sociali sia sog-

ritto costituzionale, cit., 53; FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 91. V. anche Corte cost. 115/2011.

²¹ EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, cit., 30; TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, cit., 61-62.

²² MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1363.

²³ GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit.

²⁴ FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 88-89.

getto *solo* alla legalità (positiva) sostanziale: in tal caso, la legge individua degli obiettivi da perseguire, senza indicare precisamente chi e come debba farlo (art. 3 Cost.: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale...»).

Parimenti – e queste sono probabilmente le modalità più frequenti in cui di fatto opera l'ideale della legalità – è possibile che un certo ambito di relazioni sociali sia soggetto contemporaneamente alla legalità negativa e alla legalità (positiva) formale; o alla legalità (positiva) formale e alla legalità (positiva) sostanziale; o a tutte e tre queste forme di legalità allo stesso tempo. In questi casi, essendo ciascuno dei tre profili della legalità distinto e indipendente dagli altri, è del tutto possibile che un certo atto violi una dimensione della legalità ma non anche un'altra: banalmente, un soggetto debitamente autorizzato dalla legge a svolgere una certa attività (conformemente alla legalità positiva formale) potrebbe svolgere quella attività in modo da violare un divieto legislativo (violando la legalità negativa), o potrebbe produrre atti il cui contenuto non è derivabile da un precetto legislativo (violando la legalità positiva sostanziale).

2.3. “Relazioni sociali”

Per quanto riguarda, infine, la componente 1) della nostra definizione, finora abbiamo utilizzato l'espressione generica e assai poco informativa “relazioni sociali” come punto di riferimento dell'ideale della legalità – ciò su cui la legge deve dispiegare la propria “supremazia”. È ora il momento di precisare questa nozione.

Un punto di partenza generalmente condiviso da chi si occupa dell'ideale della legalità – specialmente se si tratta di studiosi di diritto, o di teoria politica – consiste nel riferire tale ideale esclusivamente al potere politico, e in particolare al potere statale. Così, si dice, la legalità «è attributo e requisito del potere»²⁵, e il principio di legalità richiede che «i pubblici poteri» siano soggetti alla legge²⁶. Spesso i giuristi circoscrivono ulteriormente la prospettiva, e affermano che la legalità riguarda non il potere politico *tout court*, o il complesso dei pubblici poteri, ma solo

²⁵ BOBBIO, *Legalità*, cit., 502 (che precisa di riferirsi all'accezione diffusa «nel linguaggio politico»).

²⁶ GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit.; una affermazione solo lievemente più sfumata in ID., *Legalità*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. PINO e V. VILLA, Bologna, 2016, 137 (dove si precisa che il discorso è riferito alla «teoria costituzionale»).

certe sfere interne alla macchina statale, quale tipicamente è quella della pubblica amministrazione²⁷.

Ora, in questo punto di partenza c'è del vero, ovviamente: per un verso o per l'altro, quando si parla di legalità il potere pubblico ha un ruolo da giocare. È vero che la legalità in qualche modo "riguarda" il potere pubblico e, quantomeno nell'Europa continentale, la riflessione sull'ideale della legalità è stata posta storicamente con riguardo all'agire della pubblica amministrazione. Ma allo stesso tempo confinare il raggio di azione della legalità *solo* all'azione dei pubblici poteri, o perfino all'azione di solo alcuni di essi, sembra essere una prospettiva indebitamente riduttiva: ed è per questo che fin qui si è scelta la più neutra e generica espressione "relazioni sociali": espressione che ora si tratta di sciogliere.

Iniziamo allora da una distinzione di massima tra azione dei pubblici poteri e azione dei soggetti privati²⁸. Ebbene, in linea di principio, nulla sembra ostare alla possibilità di riferire l'ideale della legalità ad *entrambi* gli ambiti. Nel modo tradizionale di raffigurare la dialettica tra "autorità" e "libertà" in un ordinamento di tipo liberale, infatti, si suole dire che, per quanto riguarda i privati, vale il principio secondo cui tutto ciò che non è dalla legge espressamente vietato è permesso; mentre, per quanto riguarda i poteri pubblici, e in particolare l'amministrazione, vale il principio, opposto, secondo cui tutto ciò che non è espressamente autorizzato è vietato²⁹. Ebbene, pur nella sua schematicità, questa rappresentazione mostra agevolmente che nel rapporto tra libertà e autorità, così come la tradizione liberale ha concepito tale rapporto, vengono in rilievo *due* delle accezioni della legalità introdotte nel paragrafo precedente. In particolare, secondo questo modo di vedere: per quanto riguarda i privati, l'ideale della legalità opera come limite negativo (legalità

²⁷ Ovviamente, questa diffusa precomprensione poggia su forti basi storiche: nello Stato di diritto ottocentesco, infatti, e più in generale nella cultura giuridica moderna, il principio di legalità si presenta «essenzialmente nella veste di "amministrazione sub lege"» (COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, cit., 119); v. anche ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 29.

²⁸ La distinzione indicata nel testo, si noti, non coincide con la tradizionale *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto. Infatti, riguardo alle azioni dei soggetti privati, nel senso qui rilevante, vengono in considerazione non solo il diritto privato, ma quantomeno anche il diritto penale, e il diritto processuale: il diritto penale peraltro è la sede di una delle manifestazioni più intense dell'ideale della legalità, quale si esprime nell'adagio *nulla poena sine lege* (in proposito, G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, cit., pp. 177-233).

²⁹ GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 42; ID., *Legalità*, cit., 147-148; G. CORSO, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2019, 74-75.

negativa)³⁰; per quanto riguarda i pubblici poteri l'ideale della legalità opera come fondamento del potere (legalità – positiva – formale e sostanziale).

Non è tutto. L'immagine delle attività private che viene restituita dall'adagio liberale "tutto ciò che non è vietato è permesso" sembra davvero troppo semplicistica. Sembra infatti rimandare ad un'irrealistica condizione di libertà "naturale", all'interno della quale i soggetti privati si muovono liberi, intrattenendo tra loro interazioni di tipo "pregiuridico", e in cui lo Stato interviene solo a statuire divieti a garanzia della libertà di tutti. Ma sappiamo bene che le cose non stanno *solo* così: per condurre i loro affari "privati", i soggetti hanno bisogno non solo di una cornice di divieti a tutela delle loro reciproche sfere di libertà, ma anche di una serie, spesso alquanto fitta e complessa, di norme che conferiscono poteri (poteri privati, s'intende): il potere di stipulare contratti, di fare testamenti, di creare società commerciali, ecc.³¹; e questi poteri vengono approntati da norme promananti dai poteri pubblici – tipicamente, norme di tipo legislativo. Ed ecco dunque che anche rispetto ai privati l'ideale della legalità si presenta non solo come legalità negativa (cioè come puro limite), ma anche come legalità positiva, quantomeno nella modalità "autorizzatrice" della legalità formale. (Banalmente: se non ci fosse il Codice Civile, i cittadini non potrebbero stipulare contratti, fare testamenti, costituire società commerciali...).

Passiamo adesso al campo del diritto pubblico, alla sfera dei pubblici poteri: il campo di elezione dell'ideale della legalità. Qui, a dire il vero, ci sono alcune importanti distinzioni da fare. "Potere pubblico" può significare tante cose, e l'ideale della legalità si può presentare – per certi aspetti, *non può non presentarsi* – in forme diverse nei diversi ambiti in cui si articola il potere pubblico. E, se si guarda all'articolazione interna dei poteri statali, con la classica distinzione tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario, occorre verificare come (e se) l'ideale della legalità operi su ciascuno di questi piani.

Ebbene, nessun dubbio che l'ideale della legalità operi sul piano del *potere giudiziario*: dopotutto, i giudici sono soggetti alla legge (e soltanto

³⁰ CORSO, *Tra legge e fattispecie*, cit. 74-75, parla a questo riguardo di legge come «limite esterno» nel diritto privato. E d'altronde, la stessa Costituzione italiana, all'art. 54, co. 2, proclama solennemente che «tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi».

³¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1994 (1^a ed. 1961), sulle norme secondarie "di mutamento" (*rules of change*).

alla legge), la funzione dei giudici è di applicare la legge³², salvo che la legge stessa non li autorizzi a fare altrimenti (come nel caso delle leggi che autorizzano il giudice a fare ricorso all'analogia, ai principi generali, o al giudizio di equità). Che la legalità sia destinata ad "inverarsi" tipicamente nella giurisdizione appare fuori di dubbio, e questo *allo stesso tempo* nelle forme (viste nel paragrafo precedente) della legalità formale e della legalità sostanziale. I giudici esercitano la funzione giudiziaria in quanto a ciò autorizzati dalla legge, e secondo modalità dettagliatamente individuate dalla legge (legalità formale); ed esercitano la funzione giudiziaria applicando la legge (legalità sostanziale). Non che il rapporto tra ideale della legalità e funzione giudiziaria sia del tutto scevro da complicazioni, e perfino aporie³³. Ma che l'ideale della legalità riguardi, anche e forse soprattutto, la funzione giudiziaria è fuor di dubbio.

Nessun dubbio, parimenti, che l'ideale della legalità operi sul piano del *potere esecutivo* e in particolare della funzione amministrativa. Anzi, come abbiamo già osservato, quello dell'esercizio dei poteri amministrativi (e in particolare di poteri amministrativi autoritativi, in grado di incidere sulle libertà dei cittadini) è storicamente l'ambito privilegiato di operatività dell'ideale della legalità – fino al punto che talvolta, con evidente forzatura, si arriva a rappresentare la legalità come un ideale non solo *tipico*, ma anche *esclusivo* della funzione amministrativa. Ovviamente, l'ideale della legalità nell'ambito della pubblica amministrazione può operare in vari modi. Così, e tenendo anche conto che l'esigenza della legalità non ha necessariamente la medesima intensità per tutte le numerose ed eterogenee funzioni svolte dalle pubbliche amministrazioni, talvolta si è ritenuto sufficiente che l'amministrazione semplicemente non agisca contro la legge: l'amministrazione, in tal modo, agirebbe liberamente per perseguire i propri fini statutari, trovando solo il limite del rispetto della legge (legalità negativa)³⁴. Talvolta, si è richiesto che i poteri

³² Secondo R. GUASTINI, *Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione*, in ID., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 186, il principio di legalità nella giurisdizione comporta le seguenti conseguenze: a) il divieto (o incompetenza) per i giudici di creare nuovo diritto; b) il principio *iura novit curia*; c) il divieto di disapplicare le leggi; d) l'obbligo di applicare *solo* le leggi; e) l'autonomia di giudizio dei giudici, rispetto al potere politico e agli altri giudici. V. anche ID., *Legalità, (principio di)*, cit., § 9.

³³ Delle quali mi sono occupato specificamente in *Poteri interpretativi e principio di legalità*, in *Enc. dir., I tematici* vol. V. *Potere e costituzione*, a cura di M. CARTABIA e M. RUOTOLO, Milano, 2023, pp. 960-985; e in *Il paradosso del giudice (im)politico*, in *Questione giustizia*, 2024, 206-214.

³⁴ Questo tipicamente è il modo in cui è stato concepito il principio di legalità nella cultura giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento, in cui l'amministrazione era considerata porta-

dell'amministrazione – oltre a muoversi all'interno di un quadro normativo stabilito dalla legge – siano espressamente attribuiti dalla legge, *eventualmente* anche con una specificazione delle modalità dell'azione amministrativa (legalità negativa e legalità positiva formale)³⁵. E talvolta, si è richiesto che la pubblica amministrazione sia non solo autorizzata dalla legge, ma che altresì attui obiettivi stabiliti dalla legge e con modalità prefissate dalla legge (legalità positiva formale e sostanziale)³⁶. Infine, la legge può operare nei confronti dell'esecutivo anche in maniera speculare: non già *autorizzandolo* al compimento di certi atti, ma piuttosto *sottraendogli* la possibilità di operare in certe materie: come accade tramite l'istituto della riserva di legge³⁷.

Veniamo al *potere legislativo*. Ovviamente, che l'esercizio del potere legislativo possa essere una delle “relazioni sociali” governate dall'ideale della legalità è una affermazione in odor di paradosso: se è il potere legislativo a creare la legge, come è possibile che esso sia a sua volta soggetto alla legge? Il paradosso, se è davvero tale, si presentava in maniera parti-

trice di una propria autonoma fonte di legittimazione, e pertanto trovava nella legge solo un limite esterno; in Italia, la tesi della riduzione della legalità amministrativa a sola legalità negativa è stata sostenuta da Ranelletti (in proposito, F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1973, 128; CARLASSARE, *Legalità*, cit., 3).

³⁵ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, 86-87 («Legalità vuol dire solo necessità di previa attività legislativa che [...] autorizzi [l']attività amministrativa»); MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1381 ss. (relativamente alle materie in cui non vi è riserva di legge; in queste ultime, invece, la legalità opererebbe in senso sostanziale); SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., 245.

³⁶ Questa tesi (inaugurata verosimilmente da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. it. dir. pub.*, 1924, I, 281 ss.) sembra rappresentare ad oggi l'opinione dominante tra gli studiosi di diritto pubblico: v. ad es. FOIS, *Legalità*, cit., 696; CARLASSARE, *Legalità*, cit.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pub.*, 1995, 289-291; CORSO, *Tra legge e fatti-specie*, cit., 76-77. V. anche Corte cost. 115/2011, 69/2017.

³⁷ È discusso, specialmente tra gli studiosi di diritto pubblico, se la riserva di legge sia un aspetto, una manifestazione particolare, del principio di legalità, o se invece sia qualcosa di diverso (per questa seconda posizione cfr. ad es. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit.). La questione, in effetti non semplicissima, può forse essere chiarita in questi termini. Nel caso della riserva *assoluta* di legge, la disciplina di una certa materia (ad es., il diritto penale) è sottratta all'esecutivo e ricondotta esclusivamente alla legge; pertanto, in quella materia vige evidentemente il principio di legalità (la materia penale, nel nostro esempio, è la “relazione sociale” assoggettata alla legge). Nel caso della riserva *relativa* di legge, invece una certa materia è sottoposta alla legge e anche alla disciplina che può provenire dall'esecutivo sviluppando i principi fissati dalla legge per quella materia; in questo caso, ad essere sottoposti alla legalità sono per un verso la materia disciplinata, e per altro verso l'attività normativa dell'esecutivo, che per quella materia potrà solo sviluppare i principi posti dalla legge. In entrambi i casi, come si vede, la riserva di legge risulta legata al principio di legalità. (D'altronde, in materia penale la riserva di legge è solitamente considerata come uno degli aspetti specifici del principio di legalità penale: art. 25 Cost.).

colarmente acuta nel contesto della modernità giuspolitica occidentale, con la formazione dello “Stato di diritto” – lo Stato che monopolizza le fonti del diritto, che non riconosce alcun diritto al di fuori di quello prodotto dallo Stato stesso, e che pone al vertice delle fonti del diritto la legge (in senso tecnico: la legge parlamentare)³⁸. In tale contesto, l’ideale della legalità non può che operare *esclusivamente* ai livelli inferiori alla legislazione: verso la giurisdizione e verso l’amministrazione; ma non può operare anche al livello della legislazione stessa. Nello Stato legislativo ottocentesco, la legge (parlamentare), quale manifestazione esteriore della sovranità dello Stato, è giuridicamente illimitata (il potere sovrano è un potere *per leges*, ma non *sub lege*): non vi è altra “legalità” se non quella che si esprime nella legge stessa.

Ora, il paradosso in questione si può dissolvere in due modi, peraltro non in contrasto tra loro.

La prima possibilità consiste nel ritenere che l’ideale della legalità operi nei confronti del legislatore come prescrizione di un modello normativo di “buona legge”: l’ideale della legalità non richiederebbe leggi purchessia, ma leggi “ben fatte”, leggi dotate di certe caratteristiche. In questo senso, il legislatore rispetta il principio di legalità se la funzione legislativa è esercitata tramite leggi che hanno certe caratteristiche – ad esempio, leggi che siano generali, astratte, pubbliche, stabili, non retroattive, “ben scritte”, ecc. (torneremo sul punto più avanti, al § 4).

La seconda possibilità per far venire meno il paradosso consiste nella presenza, nella struttura dell’ordinamento giuridico, di uno strato normativo di diritto positivo superiore alla legge: e questo, ovviamente, è proprio ciò che è accaduto nella maggior parte degli ordinamenti giuridici contemporanei (occidentali, ma non solo) nei decenni successivi alla fine della Seconda guerra mondiale, con l’introduzione di costituzioni rigide e garantite da un controllo giudiziario di costituzionalità³⁹. Da questo punto di vista, lo Stato costituzionale contemporaneo assoggetta lo stesso legislatore all’ideale della legalità – alla legalità costituzionale⁴⁰. Per

³⁸ Per un inquadramento generale di questa forma di Stato di diritto, v. M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, Torino, 2021, 106-121.

³⁹ Benché la diffusione del modello dello Stato costituzionale sia avvenuta su scala sostanzialmente planetaria, e con numerose variazioni interne, per comodità e per non dover introdurre troppe precisazioni e distinzioni farò qui implicitamente riferimento ad una immagine ideal-tipica di Stato costituzionale, ricalcata principalmente sull’esperienza italiana.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 39: nello Stato costituzionale, la legge «viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione».

certi versi, peraltro, lo Stato costituzionale assoggetta all'ideale della legalità perfino il legislatore *costituzionale*: infatti, in presenza di una costituzione rigida, il potere di revisione costituzionale è disciplinato da regole (legalità positiva formale); e spesso il potere di revisione costituzionale incontra anche limiti sostanziali, che nel caso italiano consistono nel rispetto della forma repubblicana e dell'insieme, abbastanza indeterminato, dei principi costituzionali supremi (legalità negativa).

In maniera abbastanza simile a quanto accade nel caso della sottoposizione dell'amministrazione alla legge, anche il rapporto di sottoposizione della legislazione alla costituzione può presentarsi in forme diverse e con diversi gradi di intensità. Così, e dato per pacifico che la costituzione autorizza e disciplina le *forme* del potere legislativo (legalità positiva formale), la costituzione può essere vista o come un mero "limite" all'esercizio della funzione legislativa (il legislatore è libero, fintantoché non viola una norma costituzionale: legalità negativa); oppure come un "fondamento" della legislazione, cioè come un insieme di principi e valori che il legislatore deve concretizzare e attuare (legalità positiva sostanziale)⁴¹. Beninteso, nessuno di questi possibili modelli di rapporti tra legge e costituzione è il modello "vero" (se non, in ipotesi, in un senso puramente descrittivo, di sociologia della cultura giuridica) o il modello in assoluto "giusto": l'opzione per l'uno o l'altro modello dipende per un verso da fattori contestuali, e per altro verso da scelte di valore di tipo etico-politico.

3. *Lo statuto normativo dell'ideale della legalità*

Finora ho qualificato la legalità, genericamente, come un "ideale". In tal modo ho inteso dare atto del valore solitamente positivo che viene associato alla legalità, lasciando allo stesso tempo aperta la questione del suo statuto normativo – in generale (come valore in sé), e poi in particolare nel contesto di uno Stato costituzionale (come ad esempio quello italiano).

È adesso il momento di affrontare entrambe queste questioni: perché (e se) la legalità è dotata di valore; e quale posto essa occupi nel "contenuto etico sostanziale" dello Stato costituzionale.

⁴¹ Per una presentazione e analisi di modelli di questo tipo, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 335 ss.; G. PINO, *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 2017, 91-120.

3.1. *Il valore della legalità*

Cominciamo dalla prima questione: la legalità è un valore? Che cosa c'è di meritevole, se c'è, nell'assoggettare alla legge alcune relazioni sociali (in particolare, ma non solo, quelle che includono l'esercizio di poteri pubblici)?

Una prima risposta può essere la seguente: nella misura in cui la legge, come di norma accade, ha carattere "generale e astratto", la legalità assicura l'uguaglianza tra i cittadini – quantomeno tra i cittadini che ricadono all'interno della classe di volta in volta individuata dalla legge. In altre parole, se una certa materia, una certa relazione sociale, è soggetta alla legalità, allora in tale materia vigerà una certa eguaglianza di trattamento.

Inoltre, l'ideale della legalità può essere messo in relazione al valore della certezza: la legalità serve ad introdurre, in relazione ad un ambito di "relazioni sociali", un quadro certo di requisiti normativi (siano essi di tipo autorizzatorio, o dei limiti da non violare, dei presupposti da rispettare, ecc.), fissati appunto dalla legge. Il rapporto tra legalità e certezza è sicuramente un dato interessante, ma è ancora poco informativo: per un verso, infatti, non è del tutto evidente in che modo la legalità assicuri certezza (questo punto, al momento, verrà dato quasi per scontato: ci torneremo più avanti, § 4); per altro verso, se la legalità assume valore in quanto crea certezza, allora il valore della legalità dipende dal valore della certezza – la legalità è una cosa buona se la certezza è a sua volta una cosa buona. Su quest'ultimo aspetto (che cosa vi sia di buono nella certezza del diritto) il discorso va necessariamente articolato, e a tal fine continueremo a seguire il filo della divisione pubblico/privato – o, se si vuole, il filo della distinzione tra governo *sub lege* e governo *per leges*.

Nell'ambito dei rapporti privati, in cui come abbiamo visto la legalità si presenta principalmente, anche se non esclusivamente, come legalità negativa e governo *per leges*, la legalità – e la certezza che essa dovrebbe assicurare – serve a far sì che gli individui possano determinarsi razionalmente o comunque autonomamente sul corso di azione che ritengono tutto considerato preferibile (cioè, preferibile considerando da una parte i benefici e i sacrifici derivanti dall'*osservanza* del precetto legale, e dall'altra il possibile svantaggio derivante dall'*inosservanza* del precetto stesso).

Da questo punto di vista, l'ideale della legalità serve a creare, per certe relazioni sociali, un ambiente "calcolabile", in cui i precetti giuridici funzionano come elementi "oggettivi", prevedibili, al pari – *mutatis*

mutandis – dell'ambiente naturale, delle risorse economiche disponibili, ecc.⁴². Più in particolare, *che cosa*, qui, diventa prevedibile da parte del cittadino?

Per un verso, ovviamente, la realizzazione dell'ideale della legalità fa sì che per il cittadino sia prevedibile la reazione dell'ordinamento giuridico (concretamente: degli organi dell'applicazione) alle sue condotte: il cittadino potrà sapere in anticipo a quali conseguenze giuridiche va incontro se tiene o non tiene certe condotte).

Ma per altro verso e questa è cosa forse meno evidente, l'attuazione dell'ideale della legalità produce nei destinatari delle norme un effetto di stabilizzazione delle aspettative anche relativamente alle condotte *degli altri cittadini*: se la legalità è attuata, i cittadini sono posti nella condizione di poter prevedere la reazione dell'ordinamento anche alle eventuali trasgressioni compiute dagli altri cittadini, e di poter prevedere che gli altri cittadini si comporteranno in certi modi proprio perché questi ultimi, a loro volta, verosimilmente programmeranno i propri piani di vita assumendo le stesse regole, lo stesso quadro normativo; di conseguenza, il quadro giuridico "certo" prodotto dalla legalità permette ai cittadini, nella formazione delle loro scelte e piani di vita, di tenere in considerazione anche il prevedibile comportamento *altrui* in quanto soggetto a certe norme giuridiche, e la prevedibile reazione dell'ordinamento al comportamento altrui in caso di trasgressioni di quelle norme giuridiche⁴³. Così, ad esempio, nella mia scelta se aderire o meno ad un certo contratto, entreranno *sia* i costi e i benefici economici che mi attendo dal contratto in questione, *sia* la mia conoscenza delle possibili conseguenze di un mio inadempimento delle prestazioni contrattuali, *sia*, infine, la mia aspettativa che la mia controparte contrattuale adempia a sua volta le sue obbligazioni, e questa aspettativa si formerà anche sulla base della mia conoscenza del quadro legale di riferimento (e sulla mia rappresentazione della conoscenza che ne ha la mia controparte). In sintesi, dunque, dal punto di vista dei rapporti privati la certezza prodotta dalla legalità

⁴² Le norme pubblicamente promulgate e comunemente conosciute dai membri della società si presentano come «settled and calculable features of the social landscape»: J. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in *Georgia L.R.*, 2008, 27. Cfr. anche F.A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, 2011 (1st ed. 1960), 221: «Like the laws of nature, the laws of the state provide fixed features in the environment in which [the individual] has to move». Cfr. anche A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.

⁴³ H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law* (1967), in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, 115; B. CELANO, *Publicity and the Rule of Law*, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 2, ed. by L. GREEN, B. LEITER, Oxford, 2013, 122.

serve ad assicurare ai destinatari delle norme giuridiche⁴⁴ un grado di autonomia personale, grazie alla possibilità di formarsi stabili aspettative rispetto ai comportamenti altrui.

Nell'ambito dell'esercizio del potere pubblico, di contro, la legalità si presenta essenzialmente come governo *sub lege*. Qui, e specialmente nell'ambito delle funzioni pubbliche che involgono l'esercizio di poteri coercitivi (poteri sanzionatori, limitazione della libertà o della proprietà dei cittadini), la legalità – e la certezza che essa dovrebbe assicurare – serve a minimizzare il rischio che i poteri pubblici siano esercitati in maniera arbitraria: serve a prevenire l'abuso di potere⁴⁵. E questo, nuovamente, dovrebbe tutelare la libertà e l'autonomia dei cittadini: non solo perché (legalità negativa) ci saranno cose che i pubblici poteri non potranno (non dovranno) fare; ma anche perché i cittadini, conoscendo a quali condizioni e in quali modalità i poteri pubblici eserciteranno le proprie funzioni, saranno messi nella condizione di determinare in anticipo le proprie scelte di azione. Inoltre il pubblico potere, se esercitato in maniera non arbitraria, è imparziale, tratta tutti allo stesso modo: e ciò assicura, nuovamente, l'uguaglianza tra i cittadini (quantomeno rispetto all'esercizio del potere pubblico).

Oltre a queste funzioni garantistiche, infine, la legalità svolge anche una più neutra funzione di “accentramento” e di controllo sulla distribuzione dei poteri pubblici: se l'ideale della legalità richiede la sottoposizione alla legge dei poteri pubblici, allora chi produce la legge governa l'organizzazione e il funzionamento degli altri poteri pubblici. La legalità, in questo senso, opera almeno in prima battuta nell'interesse del sovrano, non del cittadino: sotto l'insegna del principio di legalità il sovrano può unificare il panorama delle fonti del diritto, mettendo la legge al vertice del sistema delle fonti e sottoponendo ad essa (e dunque a sé stesso) le ulteriori articolazioni del potere statale⁴⁶.

⁴⁴ Intesi come destinatari “primari”, cioè i cittadini. In realtà le norme giuridiche hanno anche un'altra categoria di destinatari, gli organi dell'applicazione (destinatari “secondari”), e questa complicazione condiziona il funzionamento della legalità (v. PINO, *Poteri interpretativi e principio di legalità*, cit., sez. II).

⁴⁵ BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, cit., 176; GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit. (la legalità «adempie una evidente funzione garantista»); A. PINTORE, *Stato di diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2011, 876.

⁴⁶ Questo aspetto della legalità è messo efficacemente in rilievo da PINTORE, *Stato di diritto*, cit., 875; e da F. RICCOBONO, *I lati oscuri della legalità. Spunti per una riflessione*, in *Materiali per una storia della legalità*, a cura di G. ACOCELLA, Torino, 2018, 19 ss.; v. anche ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 25, dove si indica questo aspetto della legalità come «il compimento della tradizione assolutistica dello Stato». È in particolare su *questo* aspetto del

Come si vede, la garanzia approntata dalla legalità è, sotto molti punti di vista, una garanzia affatto minimale. La legalità porta uguaglianza (parità di trattamento), certezza, e quest'ultima a sua volta crea calcolabilità, spazi di autonomia. La legalità è dunque un valore solo *strumentale*: nel senso che i benefici promessi dalla legalità sono realmente dotati di valore solo a condizione che la *sostanza* del quadro normativo di riferimento sia, a sua volta, moralmente apprezzabile⁴⁷. Ad esempio, che una legge ingiusta (una legge che contenga gravi discriminazioni tra classi di cittadini, o che introduca sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità dei reati, o pene inumane, ecc.) sia comunque applicata in maniera uniforme e prevedibile a tutti i suoi destinatari, è probabilmente solo una magra consolazione: l'applicazione uniforme e il carattere generale di una legge ingiusta non bastano a redimere quella legge dalla sua ingiustizia. La virtù della legalità, dunque, non trasforma automaticamente l'applicazione di una legge ingiusta in un che di moralmente accettabile. La legalità è compatibile con varie forme di ingiustizia, anche gravi⁴⁸. E anche la funzione di "accentramento" nel controllo della distribuzione del potere è dotata di valore solo se il potere politico è sua volta legittimo, ad esempio perché si tratta di un potere democratico, che rispetta i diritti umani ecc. – viceversa, non si vede cosa vi sia di moralmente apprezzabile nel fatto che un potere dispotico, tirannico, accentri su di sé il controllo dell'organizzazione dei poteri pubblici e l'ordinamento delle fonti del diritto.

È in *questo* senso che è corretta la qualificazione, per altri versi fuorviante, della legalità come valore solo *formale*⁴⁹. E inoltre, la legalità è un

principio di legalità che sono rivolti gli strali critici di GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 3 ss. (che però, si noti, sembra ridurre il principio di legalità *esclusivamente* a questa funzione di accentramento sul legislatore del potere di produzione giuridica).

⁴⁷ Considerare la legalità come un valore in sé (anziché un valore solo strumentale) porta a quella particolare concezione della giustizia chiamata "legalismo": l'idea che la giustizia consista esclusivamente nell'obbedire alla legge, qualunque contenuto essa abbia: cfr. N. BOBBIO, *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), in ID., *Studi sulla teoria generale del diritto*, a cura di G. PINO, Torino, 2025, 145 ss.

⁴⁸ Questo è un dato ormai consolidato nella riflessione filosofica sul *Rule of Law*: cfr. ad es. HART, *Problems of the Philosophy of Law*, cit. 115-116; J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue* (1977), in ID., *The Authority of Law*², Oxford, 2009, 224-225; B. CELANO, *Law as Power: Two Rule of Law Requirements*, in *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, ed. by W. WALUCHOW, S. SCIAFFA, Oxford, 2013, 149.

⁴⁹ Come vedremo *infra*, § 4, molti dei desiderata che discendono dall'ideale della legalità attengono in realtà al *contenuto* della legge: e per questa ragione non sembra *del tutto* corretto qualificare la legalità come un valore puramente formale. Contro il carattere formale della legalità argomenta a lungo M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali VI*, 2013, 371 ss.

valore *in negativo*: la legalità non crea, di per sé, libertà: piuttosto, è finalizzata a far sì che le limitazioni della libertà causate dal diritto non siano arbitrarie (imprevedibili, capricciose, ecc.). Detto in estrema sintesi, la legalità è un modo per correggere o prevenire certi “mali” che possono essere creati dal diritto, e che tipicamente consistono in modalità arbitrarie di esercizio dei poteri attribuiti dal diritto stesso⁵⁰. Così, ad esempio, l’uguaglianza perseguita dalla legalità non è una uguaglianza “sostanziale”, o un trattamento “giusto”, ma piuttosto una parità di trattamento *rispetto all’applicazione di norme giuridiche* (qualunque cosa queste ultime prescrivano). La libertà assicurata dalla legalità è semplicemente una libertà ricavata *all’interno dei meccanismi coercitivi del diritto*⁵¹. E gli arbitri o soprusi che la legalità intende prevenire sono solo quelli perpetrati *dai titolari di poteri giuridici*, non da parte di chiunque si trovi in una posizione di potere (fisico, economico, psicologico, ecc.). Il rispetto della legalità, *di per sé*, non assicura che il diritto sia anche giusto (l’arbitrarietà non è l’unica possibile fonte di ingiustizie), e non assicura che i rapporti sociali si svolgano all’insegna della pari dignità e del mutuo rispetto.

3.2. *La legalità come principio*

Quanto detto nel paragrafo precedente aiuta a rispondere alla domanda circa lo *status* dell’ideale della legalità nella struttura normativa dello Stato costituzionale. Abbiamo infatti qualificato la legalità come un “valore” (strumentale, e formale). Un “valore” (o un “ideale”), di per sé, è solo una nobile aspirazione sul piano etico o politico. Quando un valore è anche riconosciuto dal diritto positivo – quando un valore è (anche) un valore giuridico, e non solo un valore morale o politico – esso di solito assume le fattezze di un “principio”: un principio, in altre parole, è la prima traduzione di un valore in termini di diritto positivo, è il primo modo in cui un valore si incarna nel diritto positivo. (Ovvero, invertendo la prospettiva: se l’ordinamento giuridico contiene un certo principio, ciò vuol dire che ha inteso incorporare, dare rilievo giuridico, ad un valore.) Un principio, a sua volta, potrebbe essere oggetto di espressa proclamazione testuale, a livello costituzionale o legislativo (e in questo caso il principio in questione sarebbe un principio “esplicito” o “espresso”),

⁵⁰ Sulla legalità come valore “in negative”, RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, cit., 224-225.

⁵¹ HART, *Problems of the Philosophy of Law*, cit., 115.

oppure potrebbe essere un principio non testualmente formulato, ma derivabile da altre norme dell'ordinamento (un principio "implicito").

Nell'ordinamento italiano, il principio di legalità non ha una chiara formulazione testuale, né a livello costituzionale né a livello legislativo. Tuttavia, è possibile affermare la "presenza" di un principio (implicito) di legalità, argomentando *contemporaneamente* in due modi, che corrispondono alle due ordinarie modalità di individuazione dei principi impliciti⁵².

Per un verso, il principio di legalità può essere individuato *a partire* da una serie di norme costituzionali, tra le quali gli artt. 23 (nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge), 25 (legalità penale), 97 (i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge), 101 (soggezione del giudice alla legge), ecc.⁵³: mettendo insieme, e dando un senso unitario, alle varie norme costituzionali, relative ad ambiti particolari, in cui è evocata la necessità di un quadro normativo predeterminato per legge, si può ricavare l'esistenza di un più ampio e trasversale principio (implicito) di legalità: il principio di legalità è ciò che spiega e giustifica la presenza di queste norme costituzionali, e dunque è a sua volta dotato di rilevanza costituzionale.

Per altro verso, come notato nel paragrafo precedente, il principio di legalità è un principio *strumentale* alla realizzazione di altri principi, a loro volta dotati di rilevanza costituzionale e in vario modo collegati tra loro, quali: la certezza del diritto⁵⁴, l'uguaglianza, l'autonomia personale...; e anche da questo punto di vista, dunque, la legalità assume i connotati di un principio (implicito) di rango costituzionale. Da questo punto di vista, il principio di legalità risulta essere un principio (implicito) intermedio, o principio "di medio livello"⁵⁵: è un principio richiesto

⁵² In proposito, G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, XIV, 2009, 131.

⁵³ Elencazioni più o meno dettagliate delle varie disposizioni costituzionali che adombrano il principio di legalità si possono leggere in CARLASSARE, *Legalità*, cit.; CORSO, *Tra legge e fattispecie*, cit.

⁵⁴ Sulla certezza come valore giuridico fondamentale, e anzi *costitutivo* della giuridicità, v. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150; P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 259; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1986), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 84; FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, cit. Sulla certezza come principio costituzionale implicito, v. R. GUASTINI, *Ignorantia juris*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 401-402.

⁵⁵ Sui *mid-level principles*, v. M. BAYLES, *Mid-Level Principles and Justification*, in *Nomos*, 1986, 49 ss.; K. HENLEY, *Abstract Principles, Mid-Level Principles, and the Rule of Law*, in *Law and Philosophy*, 1993, 121 ss.; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, 1996, 36-38; J.J. MORESO, C. VALENTINI, *In the Region of Middle Axioms: Judicial Dia-*

da (strumentale a) altri principi, più importanti, e che è destinato ad incorporarsi a sua volta in una serie di istituti e requisiti normativi più specifici (alcuni dei quali vedremo nel prossimo paragrafo).

Ora, in generale, le norme che chiamiamo “principi” sono caratterizzate dall’essere norme (a) di particolare importanza, e (b) non dotate di contenuto e di conseguenze normative precisamente determinate (diversamente dalle “regole”, che invece sono dotate di fattispecie e conseguenze giuridiche tendenzialmente precise e determinate)⁵⁶.

Ebbene, è agevole vedere che tali caratteristiche sono chiaramente presenti anche nel principio di legalità: (a), la legalità è considerata come dotata di particolare importanza, al punto da essere implicita in, o presupposta da, diverse norme e principi costituzionali (anche se, come abbiamo mostrato nel paragrafo precedente, si tratta fondamentalmente di una importanza strumentale e “in negativo”). E (b), la legalità non ha contenuto e conseguenze normative rigidamente predeterminate – piuttosto, il principio di legalità è destinato ad irradiarsi, a concretizzarsi in modalità differenti (e non esaustivamente predeterminabili) per diversi tipi di “relazioni sociali”. Relativamente a settori diversi dell’ordinamento, dunque, il principio di legalità, in quanto principio, si atteggerà in maniere diverse, assumerà contenuti diversi, e opererà con gradi diversi di intensità⁵⁷: in alcuni contesti si potrà presentare nella forma, paradigmatica, di “legalità in senso stretto”, mentre in altri contesti si potrà presentare in qualche variante rispetto a quest’ultima.

Nel prossimo paragrafo vedremo, tra le altre cose, alcune conseguenze del fatto che la legalità è (e opera come) un principio. Al momento è opportuno precisare (ma si tratta solo di un altro modo di formulare quanto detto poco sopra) che, come ogni principio, anche il principio di legalità non è assoluto e rigido, ma elastico e soggetto a bilanciamento con altri principi costituzionali. La legalità può entrare in tensione con altri principi costituzionali che spingono in direzione diversa, e non è detto che in tali occasioni essa sia sempre destinata ad essere il principio prevalente.

logue as Wide Reflective Equilibrium and Mid-Level Principles, in *Law and Philosophy*, 2021, 545 ss.

⁵⁶ In proposito, anche in chiave riassuntiva del ricco dibattito esistente, PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., cap. IV.

⁵⁷ Cfr. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1362, sul carattere “polisenso” del principio, che assume «contenuti dissimili nell’ambito di settori diversi dell’ordinamento giuridico». Sulla variabilità di contenuti del principio di legalità v. anche BOBBIO, *Legalità*, cit.; GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit. (che anzi sembra distinguere la legalità in tre principi diversi); RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 290.

4. I corollari della legalità

Abbiamo visto quali sono le “prestazioni” che ci si aspetta dalla legalità: assicurare, nel funzionamento dei meccanismi del diritto, uguaglianza, certezza e prevedibilità, garantire spazi di libertà, limitare il potere arbitrario, controllare la distribuzione del potere decisionale. Assoggettare il potere alle leggi (governo *sub lege*), e predisporre un ambiente in cui le possibilità di azione dei privati siano definite dalla legge (governo *per leges*) dovrebbe portare benefici, o comunque effetti, di questo tipo.

Tutto ciò, evidentemente, pone dei vincoli alla fenomenologia della legge: non *qualunque* legge può assicurare, magicamente e automaticamente, le prestazioni richieste dalla legalità. Per essere all'altezza delle promesse del principio di legalità, la legge deve avere certi requisiti: grosso modo, si tratta dei requisiti che sono stati distillati negli ultimi sessant'anni da parte delle c.d. concezioni formali del *rule of law*⁵⁸.

Innanzitutto, la legge deve consistere in una disciplina “per regole”: deve cioè contenere norme generali e astratte (norme che si riferiscono a *classi* di casi di individui), e dotate di fattispecie e conseguenze tendenzialmente precise e determinate⁵⁹.

Inoltre, queste regole devono essere facilmente conoscibili: sia nel senso che devono essere contenute in testi facilmente accessibili (codici, testi unici, leggi organiche); sia nel senso che il loro contenuto deve essere facilmente individuabile (chiarezza nella formulazione del precetto, predisposizione di definizioni dei termini impiegati nel testo, assenza di rimandi a catena da un testo all'altro); sia, infine, nel senso che le regole in questione non devono entrare in conflitto con altre norme (assenza di antinomie), o prescrivere comportamenti impossibili da realizzare⁶⁰.

⁵⁸ Si vedano ad es.: L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven (CT), 1963, cap. II (che a questo riguardo parla di “inner morality of law”, o “internal morality of law”); HART, *Problems of the Philosophy of Law*, cit. 114-116 (“principles of legality”); J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), 1971, 1999, 206-213; RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, cit.; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, 270-276; M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, 2007, cap. 2; B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in *Neutrality and Theory of Law*, ed. by J. FERRER BELTRÁN, J.J. MORESO, D. PAPAYANNIS, Dordrecht, 2013, § 3. Sulla distinzione tra concezioni “formali” e “sostanziali” del *rule of law*, v. P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, in *Public Law*, 1997, 467 ss.; R. SUMMERS, *A Formal Theory of the Rule of Law*, in *Ratio Juris*, 6, 1993, 12 ss.

⁵⁹ Per la nozione di regola impiegata nel testo, PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., capp. III e IV; la tesi che l'ideale della legalità richieda un “diritto per regole” (accompagnato da alcuni correttivi) è sviluppata in B. CELANO, *Rule of Law e particolarismo etico*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, cit., 237 ss.

⁶⁰ Per una rassegna impietosa dei vari modi in cui la legislazione italiana attuale si situa

Infine, le regole devono essere tendenzialmente stabili, e non soggette ad applicazione retroattiva.

Il nesso tra tutti questi requisiti e i valori sottesi alla legalità è abbastanza evidente: tutti, in un modo o nell'altro sono funzionali a mettere i destinatari delle norme giuridiche in grado di prendere decisioni autonome e informate sulla base del quadro normativo esistente (conoscibile, stabile, determinato, non contraddittorio...), senza “coglierli di sorpresa” o “metterli in trappola”; a porli su un piano di parità rispetto all'applicazione delle norme giuridiche; ad evitare che essi siano soggetti a un potere imprevedibile e capriccioso (arbitrario). Inoltre, un diritto per regole “lega le mani” al decisore, sia esso un giudice o una pubblica amministrazione; e consente di allocare efficacemente il potere decisionale⁶¹.

Oltre a ciò, la legalità richiede anche la predisposizione di un certo tipo di “ambiente istituzionale”, in assenza del quale essa avrebbe meno valore, o addirittura potrebbe rimanere lettera morta, un ideale puramente di facciata: da questo punto di vista, la legalità richiede un regime di separazione dei poteri, e un potere giudiziario indipendente (e agevolmente accessibile da parte degli interessati).

Ora, tutti i requisiti visti fin qui come corollari del principio di legalità (generalità, determinatezza, conoscibilità, stabilità...) hanno carattere graduale, possono essere realizzati in misura maggiore o minore, e peraltro quasi nessuno di essi può essere realizzato, o dovrebbe ragionevolmente essere realizzato, *in maniera assoluta* (ad esempio, la stabilità richiesta dalla legalità non richiede che le leggi non siano *mai* cambiate; e una precisione assoluta, oltre ad essere probabilmente inattuabile, darebbe comunque luogo a testi normativi sostanzialmente illeggibili). Di conseguenza, è pacifico che un ordinamento giuridico possa attuare il principio di legalità in misura maggiore o minore: sia perché *ciascuno* di quei requisiti può essere realizzato in misura maggiore o minore; sia perché è possibile che vengano realizzati *alcuni* di quei requisiti e non altri (o che vengano realizzati in misura maggiore alcuni di quei requisiti e in misura minore altri); sia, infine, perché è possibile che, in uno stesso ordinamento giuridico, i requisiti del principio di legalità siano attuati in misura maggiore in alcuni settori, e in misura minore in altri.

Da ciò deriva che il principio di legalità, come peraltro tutti i principi, ha carattere *graduale*, e *multidimensionale*: può essere realizzato in

clamorosamente al di sotto di questi standard, v. R. GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2013, 513 ss.; ID., *Ignorantia iuris*, cit.

⁶¹ Sulle regole come strumenti di allocazione del potere decisionale, F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford, 1991.

misura maggiore o minore, con gradi diversi di intensità, e ovviamente non vi sono rigide soglie prefissate per stabilire quando un basso livello di rispetto di quei requisiti diventi una *violazione* della legalità; e infine può essere realizzato in modi diversi in contesti diversi⁶².

Così, ad esempio, il requisito della determinatezza sarà più stringente per le norme penali sanzionatorie, e meno stringente per le norme penali che introducono cause di non punibilità, nonché per le norme che riguardano rapporti civilistici, e ancora meno per le norme costituzionali (che sono normalmente norme di principio). Il requisito della generalità sarà meno stringente, e in alcuni casi del tutto superfluo, nel caso del governo *sub lege* (organizzazione di poteri pubblici): la legge che istituisce un organo e ne disciplina le funzioni, proprio in quanto rivolta ad un organo specifico, non è affatto una legge generale. E il requisito dell'irretroattività sarà più stringente (e sostanzialmente indefettibile), nuovamente, per le norme penali sanzionatorie, ma è meno stringente per le norme che riguardano rapporti civilistici (relativamente alle quali la retroattività è solitamente ammessa, ma nei limiti della "ragionevolezza"), ed è addirittura escluso per le norme penali "di favore" (la cui applicazione è necessariamente retroattiva).

⁶² V. anche *supra*, nt. 57 e testo corrispondente.